



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

DESCONCENTRACIÓN SERVICIOS JUDICIALES CIUDAD BOLÍVAR

Área Penal



PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN PARA LA
DESCONCENTRACIÓN DE LOS SERVICIOS
JUDICIALES EN CIUDAD BOLÍVAR

Área Penal

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR

Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

RICARDO MONROY CHURCH

Magistrados

ESCUELA JUDICIAL

“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES

Directora



*Consejo Superior
de la Judicatura*
Sala Administrativa

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”

ORLANDO ENRIQUE PUENTES

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN PARA LA
DESCONCENTRACIÓN DE LOS SERVICIOS
JUDICIALES EN CIUDAD BOLÍVAR

Área Penal

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

ORLANDO ENRIQUE PUENTES , 2010
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2010

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: junio de 2010

Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

Contrato 217 de 2010

Composición: Autorun Diseño y Comunicación

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	15
Objetivo general de la unidad	27
Objetivos específicos de la unidad	27
1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU PROTECCIÓN PENAL	29
Objetivo general de la unidad	29
Objetivos específicos de la unidad	29
1.1. Los derechos y su protección penal	30
1.1.1. Los derechos fundamentales	31
1.2. Los derechos fundamentales y su clasificación	31
1.3. El Derecho Penal y la protección de los derechos fundamentales	32
1.4. El derecho a la vida	33
1.4.1. El homicidio	36
1.4.2. De las lesiones personales	39
1.5. Los derechos sexuales y reproductivos	41
1.5.1. El acceso carnal violento	44
1.5.2. El acto sexual violento	45
1.5.3. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir	45
1.5.4. Menores de edad	46
1.6. La propiedad privada	46
1.6.1. El hurto	48
1.7. La familia	50
Actividades pedagógicas	53
Autoevaluación	53
Jurisprudencia	54

2. LOS DERECHOS EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES	55
Objetivo general de la unidad	55
Objetivos específicos de la unidad	55
2.1. Necesidad de procesos penales especiales para juzgar adolescentes	56
2.2. Integración de la normativa internacional: bloque de constitucionalidad	57
2.3. Interés superior del niño	58
2.4. Ámbito de aplicación: ¿quiénes son adolescentes?	60
2.4.1. ¿Los adolescentes son niños?	61
2.5. Derechos de los adolescentes procesados	61
2.5.1. Derecho al debido proceso y a las garantías procesales mínimas	62
2.5.2. Juez natural	65
2.5.3. Derecho a la legalidad de los delitos y de las sanciones	65
2.5.4. Derecho a la aplicación de medios alternativos de solución de conflictos	66
2.5.5. Derecho a la defensa	66
2.5.6. Derecho a la presunción de inocencia	67
2.5.7. Derecho a la presencia de sus padres o tutores durante el proceso	67
2.5.8. Derecho a guardar silencio	67
2.5.9. Derecho a controvertir los testigos e interrogar a éstos	67
2.5.10. Derecho a la intimidad	67
2.5.11. Derecho a la presunción de edad	68
2.5.12. Derecho a ser juzgado conforme a su pertenencia étnica	68
2.5.13. Derecho a ser interrogados solo por el defensor de familia	69
2.5.14. Derecho a participar en el proceso y que su participación sea tomada en cuenta	69
2.5.15. Derecho al buen nombre	70

2.6.	Derechos del adolescente durante la ejecución de las sanciones	70
2.7.	Derechos del adolescente cuando se está privado de la libertad	71
2.8.	Estructura de los procesos de responsabilidad penal para adolescentes	72
2.9.	Estructura general del proceso penal	73
2.10.	Inicio del proceso	74
2.10.1.	Por la denuncia o querella	74
2.10.2.	De oficio	74
2.10.3.	Por la captura en flagrancia	75
2.11.	Procedimiento especial en caso de flagrancia: garantía de derechos de los adolescentes	76
2.12.	Indagación e investigación: actuaciones ante el juez de control de garantías	76
2.12.1.	Legalización de captura en flagrancia	78
2.12.2.	Solicitud, modificación o revocatoria de la medida de internamiento preventivo	78
2.13.	Aplicación del principio de oportunidad	80
2.14.	Audiencia de formulación de imputación	82
2.15.	Juicio y ejecución de la sanción	83
2.16.	Las audiencias: objetivos y roles	84
2.17.	Sanciones	90
	Actividades pedagógicas	93
	Autoevaluación	93
	Jurisprudencia	94

3. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS 95

	Objetivo general de la unidad	95
	Objetivos específicos de la unidad	95
3.1.	Verdad, justicia, reparación y no repetición	96
3.1.1.	El derecho a la verdad	96
3.1.2.	El derecho a la justicia	99

3.2.	Derecho a la reparación	104
3.3.	Los derechos de las víctimas en el proceso penal	109
3.4.	Tensión aparente entre derechos de la víctima y de los adolescentes en el proceso de responsabilidad penal para adolescente	111
	Actividades pedagógicas	113
	Autoevaluación	113
	Jurisprudencia	114
4.	JUSTICIA RESTAURATIVA	115
	Objetivo general de la unidad	115
	Objetivos específicos de la unidad	115
4.1.	Justicia restaurativa	116
	4.1.1. Justicia retributiva y justicia restaurativa	116
4.2.	Justicia restaurativa y desarrollo moral	120
	4.2.1. Nivel preconventional	121
	4.2.2. Nivel convencional	121
	4.2.3. Nivel posconventional	122
	4.2.4. La moral como base de la justicia restaurativa	125
4.3.	Marco constitucional de la justicia restaurativa	126
4.4.	Desarrollo legal de la justicia restaurativa	128
	4.4.1. La conciliación	128
	Actividades pedagógicas	131
	Jurisprudencia	131
5.	ANÁLISIS Y NEGOCIACIÓN DE CONFLICTO	133
	Objetivo general de la unidad	133
	Objetivos específicos de la unidad	133
5.1.	El conflicto y la negociación en asuntos penales	134
5.2.	El conflicto y la negociación en asuntos penales	134
5.3.	Clasificación del conflicto	135
	5.3.1. Conflictos intrapersonales	135

5.3.2. Conflictos interpersonales	135
5.3.3. Conflictos sociales	136
5.4. Modelos formales para análisis del conflicto	136
5.4.1. Dilema del prisionero	137
5.4.2. Dilema “Guerra de sexos”	138
5.4.3. Dilema conflictos suma cero	139
5.5. El regateo, una alternativa para la negociación de conflictos de pequeñas causas	139
5.6. Aplicación concreta	142
5.6.1. Análisis del conflicto	142
5.6.2. ¿Qué tipo de modelo analítico permite ver el conflicto?	143
Actividades pedagógicas	146
Autoevaluación	146
Bibliografía	147

PRESENTACIÓN

El Módulo del Área Penal forma parte del Programa de Formación para la Desconcentración de los Servicios Judiciales en Ciudad Bolívar del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas y la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo, bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la autoría del Doctor **ORLANDO ENRIQUE PUENTES**, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propuso responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El Programa de Formación para la Desconcentración de los Servicios Judiciales en Ciudad Bolívar tiene como antecedente “la generación de condiciones sociales, culturales, políticas e institucionales para que las comunidades que viven en condiciones de marginación y exclusión tengan la posibilidad de realizar un ejercicio efectivo de sus derechos ante las instituciones públicas, y especialmente, antes los organismos de la administración de justicia”, objetivo retomado por el Convenio Interadministrativo No. 245 de 2008, suscrito entre Consorcio EUROsociAL Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura y la Alcaldía Mayor de Bogotá, para el desarrollo de acciones conjuntas de las instituciones llamadas a facilitar y garantizar soluciones a los problemas de las comunidades junto a la pedagogía popular en derechos.

El propósito de la desconcentración de los servicios de justicia es acercar a los pobladores de la localidad de Ciudad Bolívar, lo cual implica que los Jueces, Juezas, empleados y empleadas judiciales conozcan y comprendan las realidades, reconozcan las dinámicas sociales de la comunidad y sean garantes de los derechos de los y las ciudadanos que habitan en la Localidad. De la misma manera, se busca que éstos adquieran los elementos

necesarios para realizar un ejercicio efectivo de sus derechos y desarrollen un proceso de educación en derechos, bajo el propósito de allanar las condiciones de la prevención y atención de los conflictos de manera adecuada.

El módulo del Área Penal que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron en la Localidad de Ciudad Bolívar, con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos. De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por el autor **ORLANDO ENRIQUE PUENTES** fue validado con los Funcionarios y Empleados de los Comités Académicos, quienes con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia.

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. ***Investigación Aplicada:*** Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.

2. **Plan de Formación:** Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.
3. **Proyección Social de la Formación:** Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuario/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna.

tuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje “learning societies”, organizaciones que aprenden “learning organizations”, y redes de aprendizaje “learning networks”*¹.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento*

1 Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

corporativo útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la nece-

sidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo de la Escuela, en donde los autores/as contaron con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados y Jueces, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa I. *Preparatoria. Reunión Preparatoria.* Con esta etapa se inicia el programa de formación; en ella la red de formadores/as con la coordinación de la Escuela Judicial, presenta los objetivos, la metodología y la estructura del curso; se precisan los módulos transversales y básicos que le sirven de apoyo, y se reitera el uso del Aula y Campus Virtuales. Así mismo, se lleva a cabo el *Análisis Individual* tanto de los módulos como del caso integrado e integrador cuyas conclusiones se comparten mediante su publicación en el Blog del Curso.

Etapa II. *Integración a la Comunidad Judicial.* Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que

se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos formativos. Esta etapa está conformada por cuatro fases claramente identificables:

La *Reunión Inicial del Módulo* en la cual se presentan los objetivos del módulo, la agenda, las guías didácticas y los materiales para su estudio y se fijan los compromisos pedagógicos por parte de los y las discentes con el curso de formación que inician.

El *Análisis Individual* que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, estudio y análisis del módulo, el desarrollo de los casos y ejercicios propuestos en el mismo, con apoyo en la consulta de jurisprudencia, la doctrina y el bloque de constitucionalidad, si es del caso.

El *Foro Virtual* constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es buscar espacios de intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial.

El *Conversatorio del Curso* que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión y dirección alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias y juego de roles, entre otras estrategias pedagógicas.

Etapa III. Aplicación a la Práctica Judicial: La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los servidores que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, se traduce en un mejoramiento permanente de la misma y por ende, una respuesta con calidad y más humana para los usuarios y usuarias. Esta etapa se desarrolla mediante tres fases:

La *Aplicación in situ* busca “aprender haciendo” de manera que la propuesta académica se convierta en una herramienta útil en el quehacer

judicial permitiendo identificar las mejores prácticas en los casos que se sometan al conocimiento de la respectiva jurisdicción o especialidad.

El *Seguimiento* a través de conversatorios presenciales o por videoconferencia que posibiliten a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a reforzar los contenidos de los módulos desarrollados y fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial mediante su participación en el Blog de Mejores Prácticas.

Las *Monitorias* en donde los formadores y formadoras se desplazan a los distintos distritos, con el fin de observar el funcionamiento de los despachos en cuanto a la aplicación de los contenidos de los módulos o reformas e intercambiar puntos de vista sobre dicha gestión; este ejercicio se complementa con los “conversatorios distritales” en los que participan todos los magistrados, magistradas, juezas y jueces de la sede, al igual que, otros intervinientes y usuarios involucrados en la problemática que se aborda. Todo lo anterior, con el fin de plantear nuevas estrategias de mejoramiento de la práctica, mediante la cualificación del programa formativo

Etapas IV. Evaluación del Curso: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo, con el fin de establecer el avance en la obtención de los logros alcanzados frente a los objetivos del programa, así como la aplicación de indicadores y su respectivo análisis y mediante la profundización sobre casos paradigmáticos de la especialidad o jurisdicción en el *Observatorio Académico* de la EJRLB cuyos resultados servirán de insumo para EJRLB futuros programas de formación.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces la República, Empleados y expertos juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial para prestar un buen servicio a las y los ciudadanos.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que está inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Civil, Agrario y Comercial**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como: La Ética Judicial, Igualdad de Género en la Administración de Justicia, Argumentación Judicial en Debates Orales y Escritos, Filosofía del Derecho, Estructura de la Sentencia, Prueba Judicial, Interpretación Constitucional, Interpretación Judicial, Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar

sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Judicial del Área de Desconcentración para los Servicios de Justicia que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico escuelajudicial@ejrlb.net los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación para la Desconcentración de los Servicios Judiciales en Ciudad Bolívar.

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Identificar al Derecho Penal como una herramienta para la protección de los derechos fundamentales.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Utilizar por partes de las personas de la localidad de ciudad la protección que proporciona el Derecho Penal a sus derechos fundamentales a través de las descripciones de las conductas que tienen sanción penal.
- Identificar las características legales de las conductas penales más usuales de la localidad de Ciudad Bolívar.

Unidad 1

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU PROTECCIÓN PENAL

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Identificar al Derecho Penal como una herramienta para la protección de los derechos fundamentales.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Utilizar por partes de las personas de la localidad de ciudad la protección que proporciona el Derecho Penal a sus derechos fundamentales a través de las descripciones de las conductas que tienen sanción penal.
- Identificar las características legales de las conductas penales más usuales de la localidad de Ciudad Bolívar.

1. Los derechos y su protección penal

Los inquilinos

El señor Carlos Castro tiene su vivienda en la localidad de Ciudad Bolívar, en la que vive con su esposa, dos hijos y su señora madre. Carlos Castro no tiene un empleo fijo y vive del rebusque para lo cual compra y vende objetos de cacharrería. Para ayudar en sus ingresos le arrendó una habitación a Lina Bermúdez quien laboraba en una cafetería, y sus ingresos mensuales eran variables pero en total gana alrededor de \$450.000,00, de los cuales paga un arriendo al señor Castro, sostiene a su anciano padre y a Wilber su hijo, joven de 16 años de edad.

Lina ha quedado sin empleo, pues la cafetería en la que trabajaba fue cerrada por sus dueños porque no daba los suficientes ingresos para sostener la nómina de empleados. Como consecuencia de la falta de trabajo y de ingresos Lina no puede pagar desde hace dos meses el arriendo a Carlos Castro, quien necesita el dinero para sostener a su familia. Carlos Castro reclama el valor del arriendo pero poco a poco pierde la paciencia y reclamándole de manera airada a Lina. Ante el fuerte reclamo el hijo de Lina tuerce en la discusión lo que termina en pelea en la que Wilber le fractura el tabique a Carlos Castro, quien procede a denunciarlo ante la Fiscalía por lesiones personales.

La anterior historia permite formular distintas preguntas: ¿qué relación existe entre los derechos fundamentales de Carlos Castro y Wilber Bermúdez y el Derecho Penal? ¿Qué derechos fundamentales se le afectaron a Carlos Castro? ¿Cómo protege el Derecho Penal los derechos fundamentales de Carlos Castro? ¿Cuáles son los derechos de las víctimas, en este caso de Carlos Castro? ¿Qué derechos tiene Wilber Bermúdez que es investigado y juzgado por lesiones personales, y cuáles los derechos específicos que tiene como adolescente que es investigado y juzgado por una infracción penal? De manera más general: ¿cuáles son los derechos fundamentales que se afectan con delitos como el homicidio, la violación, el hurto y la violencia intrafamiliar?

Las anteriores son preguntas recurrentes de las personas que tienen que acudir a la justicia penal, y de las que se ocupará este módulo.

Los derechos fundamentales

Las personas por el sólo hecho de existir, sin importar su raza, condición, sexo o religión, tienen una serie de derechos que todo el sistema jurídico y político deben respetar y promover. De ahí que los derechos fundamentales *“son derechos humanos que han adquirido la positivización necesaria, preferentemente en el orden constitucional, y que, por lo tanto, logran un alto grado de certeza y posibilidad garante efectiva, propias de lo que tradicionalmente se conoce como la expresión derecho subjetivo”*¹. Estos derechos son las libertades básicas inherentes a la persona por su condición de ser humano y que son necesarios para garantizar una vida digna a cualquier persona.

Estos derechos tienen unos rasgos distintivos que los diferencian de otros tipos. En efecto, los derechos fundamentales, como derechos humanos que son, tienen un carácter universal, absoluto, inalienable, y constituyen garantías individuales frente al Estado. Su universalidad se refiere a que los seres humanos tienen esos derechos y su reconocimiento debe darse por todos los ordenamientos jurídicos. Su carácter absoluto significa que el derecho fundamental tienen prevalencia sobre cualquier otro derecho o valor con el que entre en conflicto. Su inalienabilidad expresa que sus titulares no pueden renunciar a ellos, ni disponer de ellos, de ahí que sobre ellos no se admita ninguna forma de transacción, ni conciliación. Finalmente, una característica importante es que el Estado tiene obligaciones negativas frente a ellos, pues debe abstenerse de realizar cualquier acción que los pueda afectar. Los derechos fundamentales, son en últimas, el fundamento y límite de la acción del Estado en la medida en que nos constituimos como Estado para protegerlos, pero el Estado, a su vez, debe abstenerse de cualquier acción que los violente.

2. Los derechos fundamentales y su clasificación²

La clasificación que a continuación se presenta está construida desde el objeto de protección, y pueden ser clasificados en derechos de libertad, igualdad, seguridad y derechos políticos.

¹ Chinchilla, Tulio Eli. ¿Qué son y cuáles los derechos fundamentales? Temis. Bogotá, 1999, p. 58.

² En este punto se sigue de cerca la clasificación propuesta por la Defensoría del Pueblo en su texto: Derechos de libertad. Bogotá. 2003, p. 13.

- Los derechos de libertad son una serie de principios que le permiten al individuo organizar su existencia conforme a su propio plan y que constituyen un límite a la acción del Estado, como son el derecho a la libertad de pensamiento, a la libertad religiosa, la libertad personal, etc.
- Los derechos de igualdad significan que todas las personas tienen igual cantidad y calidad de derechos, por tanto, todos deben ser tratados de igual manera, y en caso de que exista un trato diferente para alguien, éste debe estar suficientemente justificado, y su sentido es que esa persona quede en igualdad de condiciones materiales frente a los demás para que pueda desarrollar su vida.
- Los derechos de seguridad se refieren a aquellas potestades del individuo que el Estado no puede afectar de ninguna manera, y que debe realizar acciones necesarias para protegerlos, como por ejemplo: el derecho a la vida, la integridad personal, manejo de información y el debido proceso.
- Los derechos políticos son los que le permiten a la persona participar en la vida de su comunidad, pues ese entorno resulta necesario para el desenvolvimiento de sus proyectos de vida. Se expresan en el derecho a elegir y ser elegido, a participar de cargos públicos, etc.

3. El Derecho Penal y la protección de los derechos fundamentales

Establecer derechos fundamentales y no crear los mecanismos para su respeto y garantía significaría que el Estado se contenta con una declaración bien intencionada pero ineficaz frente a los derechos fundamentales. Dada la importancia de estos derechos, el Estado ha creado distintos mecanismos para hacer efectivos esos derechos, garantizarlos y darles la protección necesaria para que se materialicen en la vida social. Es así como estableció, por ejemplo, la acción de tutela para que los derechos fundamentales contaran con un mecanismo expedito para lograr su eficacia y protección. No obstante, el Estado a través del Derecho Penal diseña una estrategia diferente para la protección de los derechos fundamentales. En efecto,

“... una concepción laica y democrática del Estado y del Derecho Penal puede justificar solamente prohibiciones dirigidas a impedir ofensas a los bienes fundamentales de la persona, entendiendo por ofensa no solo el daño sufrido sino también el peligro corrido. Obviamente el problema es qué entender por “bienes fundamentales de las personas”. Es claro que se trata de una noción que incluye todos los “derechos fundamentales”, no solo los clásicos derechos individuales y liberales sino también los colectivos y/o sociales, como los derechos al ambiente, a la salud, etc.”³.

Esta unidad se ocupará de las conductas penales más frecuentes en la localidad de Ciudad Bolívar, y su presentación se hará desde el derecho fundamental que se ve afectado y no desde la perspectiva tradicional del bien jurídico protegido que es la forma como los manuales de Derecho Penal especial lo muestran.

4. El derecho a la vida

El derecho fundamental a la vida y la integridad personal es el derecho afectado por delitos como el homicidio y las lesiones personales. La vida como derecho fundamental se encuentra en el artículo 11 de la Constitución Política de 1991 bajo la fórmula *“el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos con ocasión de un caso en que se afectaron los derechos de una persona con problemas mentales, en relación con el derecho a la vida, expresó que

“...el artículo 4º de la Convención garantiza no solo el derecho a todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino además, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar, y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las

³ Ferrajoli, Luigi. Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. Universidad de Camerino, Italia. traducción de Walter Antillón M. Costa Rica.

condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho⁴”.

El fallo de la Corte Interamericana es un paso adelante en la comprensión del derecho a la vida, no como el derecho a la existencia puramente biológica, sino que incorpora una noción de vida más rica en contenido. En efecto, la decisión incorpora la idea de “vida digna” que implica resignificarla como la posibilidad de elegir el curso de la propia existencia, es decir, que la persona humana pueda elegirse en sus planes de vida que comprende áreas tan diversas como el trabajo, el estudio, la vida sexual, la vida en sociedad, etc. Para elegirse en esos planos se requieren de unos mínimos frente al derecho a la vida que los Estados deben garantizar.

La vida digna es una existencia en la que su titular no puede ser instrumentalizado por ninguna organización o persona, sino que el individuo goza de la posibilidad de darse sus propias reglas a partir del uso de su razón. El Derecho Penal no protege la vida, sino el derecho a la vida, por lo tanto, esta protección no se circunscribe únicamente al fenómeno biológico sino que la garantía que entraña contempla otras dimensiones en sentido más bien cultural.

La dimensión constitucional ofrece una amplia gama de protecciones del derecho a la vida, fundamentalmente positivas, es decir, de afirmación de su existencia en dos líneas. En primer lugar, garantizando la asistencia médica de las personas por nacer, en el sistema de protección social en salud. En segundo lugar, ordenando que se dispongan todas las condiciones y circunstancias que impidan que se extinga la vida cuando ella está en grave riesgo.

A tono con esta posición, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia sobre la eutanasia⁵ considera que es conforme a la Constitución que el médico ayude a su paciente a tener un buen morir, siempre que la enfermedad sea grave e incurable que ocasione grandes padecimientos al

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ximenes Lopes contra Brasil*. 2006, Serie C N° 149, párrafo 125.

5 Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997.

enfermo; frente a una enfermedad incurable y que el paciente solicite se le ponga fin a tan precaria existencia, pues entre otras razones, el consentimiento del paciente para decidir si continua o no viviendo forma parte de su derecho a la vida. Así, entonces, no es la vida el simple existir sino la posibilidad de elegir y dar curso o sentido a esa existencia biológica conforme a las creencias y convicciones de su titular.

Posteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia sobre penalización del aborto⁶ señaló tres rasgos definitorios del derecho a la vida. En primer lugar, que el derecho a la vida es el más valioso de los bienes porque es el sustrato ontológico de los demás. Luego, en segundo lugar, indicó que el derecho a la vida es el reconocimiento de ese valor fundante del derecho y, por último, que la vida comienza desde el momento mismo de la gestación. Después, en la sentencia que declaró la exequibilidad del artículo 122 del Código Penal sobre el aborto en el entendido en que no se incurre en delito de aborto cuando se pone fin al embarazo cuando éste constituye un peligro para la vida de la gestante, cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida y cuando el embarazo sea el resultado de una conducta debidamente denunciada de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida o incesto.

Esta posición de la Corte en relación con el derecho a la vida permite ver los límites constitucionales del mismo. En efecto, la Corte estimó que *“a pesar de su relevancia constitucional, la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”*⁷. En la sentencia sobre la penalización del aborto, la Corte hace el test de ponderación entre los derechos del que está por nacer y el derecho a la dignidad humana de la mujer embarazada que impide cosificarla o instrumentalizarla, el libre desarrollo de la personalidad que impide imponer criterios de perfectibilidad a las personas, el derecho a la vida y la integridad que imposibilita obligar a alguien a sacrificar su salud física, mental o reproductiva.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-133 de 1994.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006.

En suma, el derecho a la vida es un derecho fundamental que no puede ser entendido en términos absolutos, sino en relación con otros derechos, para lo que en cada caso concreto se debe hacer la respectiva ponderación de derechos, lo que implica determinar siempre la idoneidad de la medida, su necesidad y proporcionalidad estricta.

4.1 El homicidio

El derecho a la existencia del ser humano es la razón fundamental para crear instituciones que imponen cargas a los asociados y al mismo Estado. Las sociedades contemporáneas consideran como uno de sus fundamentos esenciales la preservación de la especie humana que de acuerdo a su nivel de desarrollo lo hacen en condiciones de dignidad; desde el punto de vista jurídico, se parte de la idea de que la preservación de la especie en condiciones de dignidad es la razón de ser de todo ordenamiento jurídico.

Por lo anterior, la vida hoy no solo se protege, desde el Derecho Penal, en cuanto a la posibilidad de su supresión, sino también en cuanto a la afectación del disfrute de su derecho, como es el caso de las afectaciones a la integridad personal, en las que la salud es su aspecto central, y asociado a ella, todos aquellos que permiten su prolongación en el tiempo.

La dimensión de legalidad penal, nos ofrece básicamente una línea de protección fundamentalmente negativa, la represiva. Se impide la supresión de la vida o la afectación al disfrute de su derecho mediante el aspecto disuasivo de la pena. La sanción penal implica que por la amenaza a la privación de un derecho, el de la libertad, el individuo se abstendrá de atentar contra la vida, suprimiéndola. Es entonces, el tipo penal del homicidio la estructura jurídica que tiene por finalidad proteger el derecho a la vida recurriendo a la amenaza de que se limitaría su derecho a la libertad, materializado ese derecho, fundamentalmente, en la limitación al derecho a la locomoción, si se atenta contra la vida suprimiéndola.

Desde la dimensión biológica, el derecho a la vida es protegido por el Derecho Penal en dos perspectivas básicas:

Impidiendo la supresión de la vida en formación propiciando las condiciones para la existencia del individuo, es el caso de los tipos penales en los que se evita la perpetración del aborto.

- Impidiendo que se interrumpa la vida del sujeto ya formado, ya sea por acción material u omisión normativa o en las situaciones de acción defectuosa del agente infractor como son los casos de imprudencia. Esta segunda forma de atentado contra la vida es lo que se llama homicidio.
- De acuerdo a lo anterior, se puede decir, que existen cuatro modalidades de homicidio: por acción, por omisión, por imprudencia y el homicidio preterintencional.

La acción *comisiva* del homicidio se da en dos especies, *la comisión por acción* y *la comisión por omisión*. En la primera, el agente transforma el mundo material suprimiendo la vida del sujeto pasivo. En la segunda, el agente no realiza acción alguna que impida que se elimine la vida teniendo el deber de evitar esta situación, por ejemplo cuando el médico teniendo a su alcance los conocimientos y medios técnicos para salvar a una persona herida se abstiene de hacerlo y la persona fallece. En ambos casos la conducta es dolosa, pues el agente conoce la prohibición y la situación; y que se encuentra y quiere que el resultado de muerte se produzca.

Cuando el *homicidio es culposo*, el agente no quiere la realización de la conducta dañosa; sin embargo, por no observar un deber objetivo de cuidado se produce la situación antijurídica. Sea el caso del conductor de un vehículo que supera los límites de velocidad permitidos para llegar más rápido a su destino, pero ese aumento en la velocidad precipita un accidente en el que muere un peatón.

Cuando el resultado de la acción del agente excede su intención se dice que se está ante una situación de *homicidio preterintencional*, como puede ser el caso de una persona que sólo quiere lesionar a otra persona, pero el resultado es la muerte del lesionado con ocasión del daño que sufrió en su cuerpo.

Por la estructura particular del delito, el homicidio es un tipo penal de resultado, es decir, implica que se produzca un cambio en el mundo natural, la interrupción de la vida. En los eventos en que no se concreta el resultado es posible que se esté frente a un homicidio en la modalidad de tentativa que el artículo 27 del Código Penal describe así:

“El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada. Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla”.

La ejecución de la conducta punible mediante actos idóneos hace relación a que esos actos tengan la capacidad o potencialidad, según la experiencia media, de producir el resultado conocido y querido por el agresor. Así mismo, cuando el texto legal señala que el acto está inequívocamente dirigido a la consumación del resultado significa que no hay duda de que se pretendía llevar a cabo el delito. Finalmente, la exigencia de que la consumación no se alcance por circunstancias ajenas a la voluntad del agresor o porque éste, en un acto último de arrepentimiento, modifica el curso de los acontecimientos e impide que el resultado se alcance tiene efectos sobre la cantidad de pena a imponer, pues el Derecho Penal reconoce y valora ese arrepentimiento que evita la consumación del resultado, pero no puede dejar sin sanción al ejecutor.

El sujeto activo

La descripción de la conducta homicida, como todos los tipos penales, tiene un *sujeto activo* o agente, que es la persona que realiza la conducta descrita con el verbo matar. Ahora, según la manera como este sujeto realiza la acción de matar se tiene la siguiente clasificación:

- *El autor material*, es aquel que realiza la transformación del mundo material o que no produce el comportamiento exigido, pero también, el que viola el deber objetivo de cuidado. En el caso de homicidio por sicariato, es el sicario; en el de muerte por desatención médica, el médico o el personal médico que lo tenía a su cargo; en accidentes de tránsito, el conductor es a quien se le atribuye el accidente salvo el caso de embriaguez del conductor.
- *El autor intelectual*, es aquel que direcciona la conducta del autor material, pero no necesariamente desde el punto de vista anímico, sino también desde la realización de la conducta, es el que da la idea y la promueve dando las condiciones para el logro exitoso de la empresa homicida.

Desde el punto de vista del ánimo homicida en el autor, se habla del determinador o sea la persona que logra infundir en el otro el interés de eliminar la vida, como es el caso de la instigación.

4.2 De las lesiones personales

El Código Penal describe el delito de lesiones personales de una manera muy concisa: el que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos preestablecidos para ello. Posteriormente, agrega que si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses. Luego señala que si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Y termina con una disposición que dice que si el daño pasare de noventa (90) días, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las anteriores descripciones legales permiten precisar los elementos que estructuran el tipo penal de lesiones personales. En primer lugar, un daño en el cuerpo o en la salud que consiste en una disminución o

afectación del cuerpo o de la salud mental de la persona agredida. Este aspecto se establece en un proceso a través de dictamen pericial médico. El segundo elemento es el agresor quien actúa dolosamente, es decir, que conoce y quiere la producción del resultado o puede actuar a título de culpa cuando *“el resultado es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado, y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”*. Finalmente, se requiere un resultado, es decir, que exista un daño en el cuerpo y la salud y dependiendo la magnitud del perjuicio será la pena a imponer, pues a mayor daño mayor pena le corresponde al agresor. Si como producto del ataque no hay ningún daño, simplemente no existe delito.

En relación con la perturbación psíquica como lesión personal es el daño o afectación en la salud mental del ofendido, sin que medie daño físico u orgánico. Este tipo de lesión se logra mediante comportamientos coactivos que producen en la víctima una experiencia frustrante o lesiva, que sobrepasa su capacidad adaptativa normal frente a un determinado estímulo y produce una alteración psíquica que dificulta su adecuado desempeño personal y social.

Además de lo anterior se tiene la perturbación psíquica secundaria que es un daño al sistema nervioso central siendo *“la alteración en la salud psíquica secundaria a una lesión que comprometió una estructura del sistema nervioso central, donde es posible correlacionar directamente el daño estructural con la sintomatología neuropsicología. Estos casos corresponden a pacientes con trastorno mental orgánico. Por ejemplo, un paciente que sufre trauma cráneo-encefálico con lesión frontal, y secundario a éste presenta un síndrome caracterizado por pasividad marcada, falta de iniciativa, indiferencia, labilidad emocional y cambios del comportamiento; estos síntomas neuro-psicológicos, característicos de un daño en el lóbulo frontal, configuran el diagnóstico de síndrome de lóbulo frontal, demostrable por examen clínico y pruebas neuro-psicológicas y que corresponde a una secuela del tipo perturbación psíquica secundaria a un daño en el sistema nervioso”*⁸.

Finalmente, se tiene la perturbación psíquica secundaria a una lesión corporal que no interesa el sistema nervioso central, que es *“una alteración de la salud psíquica causada por una lesión orgánica, un daño en el cuerpo o en la*

8 Instituto de Medicina Legal. Guía práctica para el dictamen de lesiones personales. Bogotá, p. 19.

salud física, en sitios diferentes del sistema nervioso central, revestidos de especial importancia psicológica”⁹.

Las lesiones personales pueden causar deformidad física entendida como una alteración que afecta la forma, la simetría o la estética corporal de la víctima. La pena es aún mayor si la deformidad afecta el rostro de la persona que sufre la lesión personal.

Así mismo, el código da tratamiento especial a la perturbación funcional que consiste en la afectación de la función de un órgano o miembro sin que esa función desaparezca. Esta perturbación puede ser de carácter síquico cuando hay afectación en la salud mental sin que medie un daño físico u orgánico.

La lesión personal de mayor gravedad es en aquellos casos en que hay pérdida anatómica o funcional de un miembro. La pérdida es la *“anulación completa o casi completa de la función del órgano o miembro, con conservación de la estructura anatómica. A diferencia de la perturbación funcional, en la que hay una desmejora en la función de un órgano o miembro, en la pérdida funcional se pierde la función principal de un órgano o miembro. Por ejemplo, cuando un paciente que sufre una intoxicación con alcohol metílico, como consecuencia presenta pérdida de la visión (...). La pérdida anatómica de órgano la extracción completa o casi completa del órgano”¹⁰.*

5. Los derechos sexuales y reproductivos

Los derechos sexuales y reproductivos se encuentran protegidos por la legislación internacional sobre derechos humanos y documentos complementarios de las Naciones Unidas. En ese sentido se encuentran los siguientes instrumentos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976); Pacto de Derechos Económicos y Sociales (1976); Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981); Convención sobre los Derechos del Niño

⁹ *Ibidem*, p. 20.

¹⁰ *Ibidem*, p. 22.

(1990), Declaración y Programa de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos se sostuvo que los derechos sexuales de la mujer son derechos humanos; la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo realizada en El Cairo en 1994 incluyó en su plataforma de acción estrategias para proteger los derechos reproductivos y la Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995 consolidó los derechos sexuales y reproductivos dentro del discurso de los derechos de las mujeres. A nivel interamericano regional se firmó la Convención de Belem do Pará aprobada en 1994 para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres.

El contenido de los derechos sexuales y reproductivos, como derechos humanos, pretenden proteger la sexualidad, como parte integral de toda persona, y en particular expresiones de la eroticidad humana como la intimidad sexual, el placer, la expresión emotiva, la ternura y el amor. La sexualidad no es, entonces, el simple contacto reproductivo, sino que posee una serie de dimensiones estrictamente humanas, que se expresan de diferente manera según las estructuras sociales que impactan su desarrollo.

Frente a los derechos sexuales y reproductivos, como ya se ha dicho, son derechos humanos que ostenta cualquier persona, el Estado tiene una posición de garante, lo que significa que no sólo debe abstenerse de afectarlos con sus acciones u omisiones, sino que debe realizar acciones positivas para su promoción, desarrollo y protección. Así, pues es necesario precisar cuál es su contenido, es decir, que es lo que se protege cuando hablamos de derechos sexuales y reproductivos. Toda persona tiene derecho a:

- a) Obtener información y orientación completa, veraz y suficiente sobre su cuerpo, sus funciones y procesos reproductivos expresados en términos sencillos y comprensibles para que puedan tomar decisiones y favorecer el autoconocimiento.
- b) Disfrutar de una vida sexual saludable y placentera, libre de discriminación, coacción o violencia.

- c) Ejercer su preferencia sexual, libremente y sin sufrir discriminación, coacción o violencia.
- d) Elegir si tener o no tener hijos y con quien tenerlos, el número de hijos y el espaciamiento entre sus nacimientos.
- e) Acceder a una atención gratuita e integral de la salud sexual y reproductiva.
- f) Acceder a métodos anticonceptivos seguros, asequibles y de calidad y elegir el que más se adapta a sus necesidades, criterios y convicciones.
- g) Obtener los métodos anticonceptivos en forma totalmente gratuita.
- h) La intimidad, igualdad y no discriminación en la atención de la salud sexual y reproductiva, e
- i) Recibir una educación sexual integral, conforme a derechos e información veraz adecuada al nivel de desarrollo de las personas.

En lo que se refiere a la forma como los derechos sexuales y reproductivos se pueden ver afectados por distintas conductas, estas se encuentran descritas en el ordenamiento penal en el título IV, denominado “De los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”. Ahora bien, la Sala Penal de la Corte Suprema considera que los bienes jurídicos tutelados son la libertad sexual y la dignidad humana en este punto. Es así que se entiende a la libertad sexual como la *“facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos”*. En relación con la dignidad humana *“significa el respeto a la integridad de la persona, puesto que las conductas punibles regladas bajo este acápite buscan preservar que los seres humanos no se conviertan en un elemento de sometimiento y desigualdad en el campo sexual, sin desconocerse que la actividad sexual es un derecho humano, derecho indiscutible de la personalidad y, por lo mismo, inalienable”*¹¹.

11 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, proceso 18455, septiembre 9 de 2005.

A continuación se encuentra una descripción de los comportamientos delictuales que afectan el bien jurídico tutelado. Es de anotar que solo se realiza el estudio de las conductas que con mayor frecuencia se presentan en la comunidad.

5.1 El acceso carnal violento

La violación es un comportamiento que consiste en acceder sexualmente a otra persona mediante la violencia. La Corte ha señalado que el factor de la violencia en el delito de acceso carnal violento debe ser valorado por el juez como el mecanismo que utiliza el delincuente para doblegar la voluntad de la víctima, por eso el análisis de la violencia debe *“retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, y en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida”*¹².

La violencia, entonces, puede ser física o psicológica. La Corte las explica de la siguiente manera:

*“...la primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado. La violencia moral, (...) consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados”*¹³.

12 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. M.P. Julio Socha Salamanca, proceso 20413, enero 23 de 2008.

13 *Ibidem*.

Un caso de violación, y que ilustre lo que dice la Corte Suprema de Justicia, puede darse cuando una persona mediante amenazas respaldadas en la tenencia de un arma obliga a otra persona para lograr la introducción de su órgano sexual en cualquier esfínter de su víctima. Obsérvese que aunque el agresor no utiliza el arma para causar daño físico produce un efecto psicológico de tal magnitud en la víctima que ésta cede ante su agresor.

5.2 El acto sexual violento

El acto sexual violento consiste en realizar en otra persona un acto sexual diverso al acceso carnal mediante la violencia. Esta conducta difiere de la anterior en que lo que existe son tocamientos con fines eróticos sin que se acceda o penetre el cuerpo de la otra persona, pero estos tocamientos se hacen mediante el uso de la violencia. Un ejemplo sería el de la persona que mediante coacción psicológica, como serían las amenazas, logra que la víctima permita caricias en sus genitales.

5.3 Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir

Otra conducta sancionada por el Código Penal es el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, que el tipo penal describe como la realización del acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento. Aquí el acceso o el acto sexual no se logran mediante la violencia física o síquica, sino que el medio empleado puede ser por ejemplo sustancias que reducen la voluntad de la víctima, como la ingesta de alcohol, que se expresa en el examen de sangre en miligramos de 1 a 1000, o el consumo de sustancias psicotóxicas como los fármacos, el opio, la cocaína, etc. Algunas potencian sus efectos al ser usadas con alcohol y sus efectos dependen de la cantidad y calidad de la sustancia utilizada, la cual cuando excede los límites de tolerancia del organismo puede conducir al estado de inconsciencia en un proceso cíclico –conciencia, inconsciencia, conciencia– con múltiples manifestaciones sintomáticas, verbigracia, resequedad de las mucosas,

ansiedad, erupciones cutáneas, pérdida de la conciencia y en algunos casos la muerte, entre otras.

5.4 Menores de edad

Otro punto es el de los menores de edad, pues requieren de una protección especial porque su sexualidad está en plena evolución, y los delitos sexuales producen graves perturbaciones en su desarrollo. De ahí, que el legislador haya creado descripciones penales específicas como el acceso carnal abusivo con menor de catorce años y los actos sexuales con menor de catorce años. En estos comportamientos aunque el menor de edad haya otorgado su consentimiento éste carece de valor. En efecto, la Sala Penal señala que lo que se presume

“... es la incapacidad del menor de 14 años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad, pues ha sido valorado que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva.

Esta presunción, contrario a lo expuesto por el ad quem, es de carácter absoluto: iuris et de iure, y no admite, por tanto, prueba en contrario. La ley ha determinado que hasta esa edad el menor debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política de Estado encaminada a preservarle en el desarrollo de su sexualidad”¹⁴.

6. La propiedad privada

Los delitos contemplados bajo el título de delitos contra el patrimonio económico se dirigen a la protección de la propiedad privada, adquirida de manera lícita. La propiedad privada, ha señalado la Corte Constitucional, tiene una serie de características:

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. M.P. Fernando Arboleda Ripoll, septiembre 26 de 2000. Posteriormente se reiteró el criterio en la Sentencia 17068, del 26 de noviembre de 2003, con ponencia del magistrado Herman Galán Castellanos.

“(i) es un derecho pleno porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; (ii) es un derecho exclusivo en la medida en que, por regla general, el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio; (iii) es un derecho perpetuo en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue –en principio– por su falta de uso; (iv) es un derecho autónomo al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (v) es un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, y finalmente; (vi) es un derecho real teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas”¹⁵.

Al mismo tiempo la Corte Constitucional indicó los atributos de la propiedad privada y señaló que ellos son: *“(i) el ius utendi, que consiste en la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir; (ii) el ius fruendi o fructus, que es la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación; y (iii) el derecho de disposición, consistente en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien”¹⁶.*

El derecho a la propiedad privada no es un derecho absoluto, como no lo es ningún derecho en la Constitución de 1991, sino que es de carácter relativo, de ahí que se puedan imponer cargas y límites a la propiedad privada. En palabras de la Corte Constitucional tenemos que *“El carácter relativo y no absoluto del derecho de propiedad que ha sido reconocido por esta Corte en diferentes sentencias (C-428/94 y T-431/94), habilita al legislador y excepcionalmente a las autoridades administrativas para establecer restricciones a dicho derecho cuando medien razones de interés general que razonablemente las justifiquen, pero nunca al punto de que mediante una actuación administrativa de orden municipal*

15 Corte Constitucional. Sentencia C-133 de 2009.

16 *Ibidem*.

se restrinjan o limiten en su núcleo esencial los atributos de la propiedad, como son el usar, el gozar o el disponer legal y patrimonialmente de los bienes privados”¹⁷.

De otro lado, la propiedad privada es un derecho que tiene una función social que conlleva obligaciones de su titular para con la comunidad y de esa manera armonizar los intereses del propietario con los de la comunidad. De manera simultánea la propiedad tiene una función ecológica de tal manera que la propiedad debe soportar gravámenes o limitaciones para compatibilizarla con el mantenimiento del medio ambiente, que es el entorno clave para el desarrollo de la existencia humana, y del cual forma parte el ser humano como ser biológico. Estas funciones, en resumen, evidencian por qué la propiedad privada no es un derecho absoluto sino que cumple funciones sociales y ecológicas de tal manera que existe un nexo con otros derechos fundamentales específicos y deberá ponderarse en cada caso el alcance de la misma.

Además, el derecho de propiedad privada tiene límites constitucionales como la utilidad pública o el interés social, que deben estar definidos normativamente, y que permiten, previa autorización judicial, proceder a la expropiación con su respectiva indemnización previa al traspaso. De esta manera se compatibiliza el interés público o interés social que resulta preservado y la propiedad privada como integrante de un patrimonio económico que de esa manera no sufre daño alguno. Ahora, si la propiedad no fue adquirida de manera lícita el Estado puede extinguir su dominio, pues su origen es “ilegítimo y espurio, en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad que se alegaba de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política. En consecuencia, los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente pasan al Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización alguna”¹⁸.

6.1 El hurto

El hurto consiste en apoderarse de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro. El delito de hurto se perfecciona en el momento en que la persona que se apodera del bien mueble

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-374 de 2007.

y queda bajo su poder, y *“puede ejercer de manera inculpada todas y cada una de las facultades dominicales inherentes al derecho de propiedad. Empero su elemento típico más sobresaliente no radica en coger y agarrar la cosa e incluso desplazarse con ella dentro de la esfera de poder o el ámbito de influencia del propietario, sino en algo más de fondo: por tanto, si el agente no logra cometer el objeto a su propio poder –siquiera sea por escasa fracción de tiempo– resultó evidente que no ha destruido la tenencia anterior y, en consecuencia, no ha consumado todavía el injusto”*¹⁹.

El poder característico del hurto como delito instantáneo no requiere necesariamente de un solo acto. La Sala Penal ha dicho que *“es posible que se realice por conductas más o menos prolongadas o por multiplicidad de éstas, algunas de las cuales pueden estar previstas como una forma calificada, pero sin que así pueda considerarse estructurado otro ilícito, que no corresponda siquiera con el elemento intencional del agente”*²⁰.

El anterior punto conduce al problema de la existencia de varios delitos al momento de realizar el comportamiento típico del hurto. En particular, cuando el hurto se comete en el interior de un domicilio, pues en principio parece un concurso de tipos penales entre el hurto y la violación de habitación, pero en realidad se está ante la presencia de una forma de hurto calificado por la penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o en sus dependencias inmediatas, aunque allí no se encuentren sus moradores. No ocurre de igual manera, en el denominado *“paseo millonario”*, pues allí se configura un secuestro, ya que la retención de la persona es de tal magnitud que se afecta de manera real el derecho a la libertad individual para obtener un beneficio económico.

Otra conducta que de manera permanente se encuentra concursada con el hurto es el abuso de confianza. Sobre este aspecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“...que tanto en el hurto como en el abuso de confianza se presenta el apoderamiento o apropiación de cosa mueble ajena, el propósito

19 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. M.P. Dídimo Páez Velandia, proceso 7772, agosto 2 de 1993.

20 Ídem.

lucrativo por parte del agente a más de que los dos hechos punibles lesionan el patrimonio económico”.

A pesar de que son varias las diferencias que pueden establecerse entre estos dos hechos punibles, destaca que para la tipificación del delito de abuso de confianza la cosa ha debido entrar a la órbita del agente “por un título no traslativo de dominio”; vale decir, que en este delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor.

El actor ha querido distinguir estas dos formas delictivas en razón de la exclusiva interpretación de los verbos rectores, lo que apenas debe constituir un punto de partida, pero en manera alguna la solución completa de la cuestión planteada. En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, en el delito de hurto agravado también la cosa puede estar en el poder del actor, pero sin vínculo jurídico alguno sobre ella, pues el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se halla en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del agente”²¹.

Sirva como ejemplo de lo expresado por la Corte Suprema la apropiación de bienes por parte de empleados del servicio doméstico o de compradores que han recibido el bien mueble en un almacén para examinarlos. En estos casos no estamos frente a un abuso de confianza, a pesar de que los bienes materialmente los tiene el agente, pues en ninguno de los casos mencionados el detentador material que aprovecha su situación personal para apoderarse, posee título legítimo sobre aquellos, sino que estamos en presencia de un hurto agravado por la confianza.

7. La familia

La familia es una institución reconocida y protegida desde la Constitución Política de 1991, que en su artículo 42 señaló que la familia es el

21 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. M.P. Jorge E. Córdoba Poveda, proceso 13139, junio 26 de 1997.

núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. También se dispone que el Estado y la sociedad garanticen la protección integral de la familia. Y la protege de manera especial y directa en su honra, dignidad e intimidad al considerar que estos aspectos son inviolables. De igual manera, las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Ahora, la Constitución considera que cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Elevar a la categoría de delito ciertas conductas de violencia familiar que atentaban contra la armonía y la unidad de la familia, y en desarrollo del artículo 42 inciso 5º de la Constitución se tomó la decisión de configurar tipos penales autónomos para reprimir esta clase de conductas. En otras palabras, con la protección constitucional y la legislación que sanciona diversas formas de violencia doméstica lo que ocurría en la intimidad del hogar interesa ahora al Estado, pues no puede dejar desprotegidos a los miembros de la familia bajo una supuesta intimidad que servía de techo para la violación de los derechos de personas que componen la familia.

La ley tipifica comportamientos como *“el maltrato mediante violencia física o psicológica, el maltrato mediante amenaza, el maltrato mediante restricción de la libertad, y el acceso carnal y los actos sexuales no consentidos en la relación de pareja, fenómenos frente a los cuales no siempre es posible el proceso de adecuación típica respecto al Código Penal vigente. Los tipos penales propuestos pretenden reprimir conductas que se dan al interior de la relación familiar o como consecuencia de haber existido una relación familiar...”*²².

La violencia intrafamiliar es todo acto de agresión intencional física y psicológica que un miembro de la familia realiza contra otro del mismo núcleo familiar, o entre personas que sin ser familia viven dentro de la misma unidad doméstica. Esta conducta delictiva ocurre cuando una de las personas que forma parte de la familia ejecuta actos de violencia

22 Gaceta del Congreso. N° 164 de 29 de septiembre de 1994, pp. 3 y 4.

material y en amenazas, golpes y agresiones emocionales, que causan situaciones de extrema angustia o sufrimiento en el cuerpo o en la salud física o mental de la víctima.

Las personas víctimas de violencia intrafamiliar pueden acogerse a distintas medidas de protección que van desde la conminación hasta el desalojo del agresor de su residencia familiar. La acción penal tiene por objetivo el restablecimiento inmediato de derechos de la víctima, su protección y la sanción penal del agresor.

La violencia familiar es un delito querellable por lo tanto la acción la debe iniciar la propia víctima cuando se trata de mayores de edad y por excepción es de naturaleza oficiosa, cuando la víctima es menor de edad o es una persona en estado de inferioridad psíquica.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS**Actividad 1:**

Elabore un mapa conceptual y ubique en él los derechos fundamentales y la forma como son afectados por distintas conductas penales.

Actividad 2:

Reflexione sobre las implicaciones prácticas que tendría la creación de tipos penales que no protegieran derechos.

Actividad 3:**Caso: Juan sin balas**

Juan con el propósito manifiesto de acceder sexualmente a María José en un lugar despoblado y solitario, le apunta en la cabeza un revólver que ella no sabe que se encuentra descargado y le dice que si no obedece a sus exigencias le disparará, y por este camino logra acceder sexualmente a la víctima.

¿Existe acceso carnal violento? Explique su respuesta.

Ae

AUTOEVALUACIÓN**Caso: El compañero maltratador**

Carlos Vélez, compañero permanente de Mariela Moreno, llegó a su casa después de tomar unas cervezas con sus compañeros de trabajo. Después de que Mariela le reclamara por el estado en que llegó y de que Carlos Vélez le contestara que para eso era hombre procedió golpear a su compañera, y le causa una incapacidad médico legal de 10 días. Posteriormente, y cuando se retiraron a su habitación Carlos Vélez empezó a tocar a Mariela, quien lo rechazó.

Ante el rechazo Carlos Vélez le dice que si no está con él la vuelve a golpear, y por lo tanto Mariela acepta tener sexo esa noche con su compañero. A partir de entonces Mariela empieza a tener problemas para relacionarse con otras personas, la presencia de su compañero le produce estrés.

1. Explique de manera específica cómo afecta la libertad sexual y reproductiva de Mariela.
2. El presente caso representa un delito de acceso carnal violento o de violencia intrafamiliar.
3. ¿Es posible que haya como secuela una lesión personal de carácter psicológico? Explique su respuesta.

J

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes contra Brasil. 2006, Serie C Nº 149, párrafo 125.

Corte Constitucional, sentencia C-239 de 1997.

Corte Constitucional, sentencia C-133 de 1994.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, proceso 18455, septiembre 9 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-133 de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, proceso 20413, enero 23 de 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, septiembre 26 de 2000.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia 17068, del 26 de noviembre de 2003.

Unidad 2

LOS DERECHOS EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

- Conocer y respetar los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley
- Conocer y respetar los derechos de las víctimas del conflicto penal.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

Ejercer los derechos de los procesados y las víctimas en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes.

Esta unidad explica la estructura del proceso de responsabilidad penal para adolescentes establecido en la Ley 1098 de 2006 y los derechos y facultades que tienen los niños, niñas y adolescentes en el mismo.

El proceso penal creado por la Ley 1098 de 2006 tiene como finalidad especial que las medidas que se tomen para sancionar las conductas delictuales de los adolescentes sean de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral que debe dar el Estado, la sociedad y la familia a los menores de edad.

Además de la finalidad pedagógica para los procesados, el proceso penal especial establecido por la Ley 1098 de 2006, tiene como objetivo garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño para las víctimas. Como opera en la práctica la aparente tensión entre la protección del menor infractor y la protección de la víctima será el objeto de estudio de este texto.

1. Necesidad de procesos penales especiales para juzgar adolescentes

Los niños, niñas y adolescentes gozan de una protección especial en la Constitución Política colombiana (arts. 44 y 45) y en tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la Convención sobre los Derechos del Niño.

En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 40, numeral 3º, la obligación de los Estados partes de adoptar procedimientos específicos o especiales para los niños a quienes se impute responsabilidad penal, así:

“3. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han

infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes (...)" (subraya fuera de texto).

El sistema de responsabilidad penal para adolescentes establecido por la Ley 1098 de 2006 tiene carácter *específico o especial*, en garantía de la protección especial debida a los niños de conformidad con los artículos 44 y 45 de la Constitución y en los tratados internacionales citados. Esta diferencia de trato se justifica en las particulares condiciones de los adolescentes, *"Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento"*²³ (negrilla fuera de texto).

2. Integración de la normativa internacional: bloque de constitucionalidad

De conformidad con la jurisprudencia constitucional las normas de la Ley 1098 de 2006 deben interpretarse de acuerdo con las normas contenidas en la Constitución Política, en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990), la Ley 1098 de 2006²⁴, así como los criterios establecidos en la opinión consultiva 017 de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia que sobre la materia ha proferido

23 Opinión consultiva OC-17/2002 emitida por la Corte Interamericana de Derechos humanos, párrafo 96.

24 Artículo 141. Ley 1098 de 2006. Principios del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la presente ley se aplicarán en el sistema de responsabilidad para adolescentes.

la Corte Constitucional colombiana, y en todo caso, atender el *interés superior del niño*²⁵, niña o adolescente como principio rector.

El Código de la Infancia y la Adolescencia señala que una de sus finalidades es establecer *“normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades”* (L. 1098/2006, art. 2º).

3. Interés superior del niño

Es imperativo en todas las actuaciones en las que participen niños, dar prelación a sus derechos y privilegiar sus intereses. En el artículo 5º de la Ley 1098 de 2006 se establece este criterio de interpretación prevalente según el cual *“las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes”*, principio reforzado por el artículo 9º de la misma ley que establece que *“En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”* a lo cual agrega que en caso de conflicto *“entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”*. Todo lo cual refuerza el principio de interpretación más favorable a los intereses del menor.

El alcance de este concepto ha sido precisado por la jurisprudencia constitucional en numerosas decisiones de revisión de tutela y de constitucionalidad. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-514 de 1998 la Corte Constitucional explicó que el concepto del interés superior consiste en

25 *“(…) se trata de un principio de naturaleza constitucional que reconoce a los menores con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad (Cfr. Sents. T-408 del 14 de septiembre de 1995 y T-514 del 21 de septiembre de 1998)”* (Sent. C-1064/2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis).

el reconocimiento de una *“caracterización jurídica específica”* para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia *“que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”*. Se precisó en la misma oportunidad que el principio en mención *“se enmarca en los presupuestos del Estado social de derecho, desarrolla el principio de solidaridad, propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”*.

En igual sentido, en la Sentencia T-979 de 2001 se explicó que *“...el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”*. Finalmente, la Sentencia T-510 de 2003 sostuvo que la determinación del interés superior del niño se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto debido a su *“naturaleza real y relacional”*. Sin embargo, en la misma oportunidad se defendió la existencia de criterios generales orientadores de la actividad de los operadores jurídicos *“al momento de determinar cuál es el interés superior de un menor y cómo materializar el carácter prevaleciente de sus derechos fundamentales en casos particulares”*²⁶.

La jurisprudencia constitucional también ha insistido en que el interés superior y prevaleciente de los niños, las niñas y los adolescentes es un concepto *relacional*²⁷, es decir, que se predica de situaciones en las cuales deban armonizarse los derechos e intereses de un determinado niño con los de otra u otras personas con los cuales han entrado en conflicto, lo que significa que no puede otorgárseles un carácter *excluyentes o absolutos*²⁸.

26 Sentencia T-510 de 2003.

27 Sentencia T-408 de 1995, reiterada en las sentencias T-292 de 2004, T-397 de 2004 y T-466 de 2006.

28 Sobre este extremo se precisó en la Sentencia T-510 de 2003, *“el sentido mismo del verbo ‘prevalecer’ implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos*

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹ precisó que la expresión “interés superior del niño”, establecida en el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

Es claro entonces que el principio del interés superior del niño o de prevalencia se dirige a todas las autoridades (judiciales, administrativas y legislativas) y no es absoluto, de manera que adquiere vigencia en casos concretos en los que se presenta tensión entre unos derechos y otros.

4. Ámbito de aplicación: ¿quiénes son adolescentes?

El proceso de responsabilidad penal para adolescentes se aplica a personas entre los 14 y los 18 años de edad que no padezcan una discapacidad. Los niños con discapacidad y los menores de 14 años, siempre que se pruebe tal condición, no son objeto de investigación y sanción penal, a ellos se les aplican las medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y se vinculan a los procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización”. Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, biológicos o de crianza; “sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual ‘los Estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley’. En todo caso cuando se presente un conflicto irresoluble entre los derechos de los padres y los del menor, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor: “de allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor – tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso”.

29 Opinión consultiva 017.

4.1 ¿Los adolescentes son niños?

Los adolescentes siguen siendo niños y gozan de especial protección constitucional, así lo establece la Corte, al señalar que *“las definiciones de niño o niña, como la persona entre cero y los 12 años de edad, y de adolescente, como la persona entre los 12 y los 18 años de edad, que contiene la norma demandada, no privan a los adolescentes de la protección especial que les brindan la Constitución colombiana y la Convención sobre los Derechos del Niño, en armonía con otros instrumentos internacionales, y en cambio son definiciones necesarias en la regulación legal sobre la protección de los menores, que permiten determinar los marcos respectivos para el diseño y la ejecución de los planes y programas sobre los niños en sentido estricto o restringido y sobre los adolescentes”*³⁰.

5. Derechos de los adolescentes procesados

De los diversos instrumentos internacionales a los que se ha hecho alusión se desprende en primer lugar que el sistema de responsabilidad penal de las personas menores de edad debe contar con leyes, órganos, objetivos, sanciones y procedimientos propios, los cuales deben ser específicos y diferenciados respecto a los previstos para la investigación y juzgamiento de los mayores de edad.

Adicionalmente que todas las garantías constitutivas del derecho al debido proceso consagradas en instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables en estos casos, entre las que se cuenta el principio de legalidad, la garantía del juez natural, la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho a la defensa técnica, el derecho a la contradicción de la prueba, el derecho a la segunda instancia, a las cuales se adicionan otras garantías especiales dirigidas a proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes investigados y juzgados penalmente tales como el derecho a la presencia de los padres o tutores, la especial protección a la intimidad.

Este conjunto de derechos procesales tiene como finalidad asegurar un *“juicio imparcial y equitativo”*, el cual además *“se debe adelantar de manera tal que se permita al participe en él y se exprese libremente”*, tal como exigen las

30 Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2008.

reglas de Beijing a las que previamente se hizo alusión. Pues, no se puede perder de vista que la especial condición de los niños, las niñas y los adolescentes no justifica reducir el ámbito del derecho al debido proceso, sino que por el contrario, es el fundamento de mayores exigencias para las autoridades que han de crear las condiciones para asegurar el goce efectivo de las garantías constitutivas de este derecho (Sent. C-237/2005).

5.1 Derecho al debido proceso y a las garantías procesales mínimas

Como todos los ciudadanos, de conformidad con la Constitución y la Ley 1098 de 2006, los adolescentes que comentan delitos tienen derecho al debido proceso penal, a las garantías procesales básicas tales como: la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las imputaciones, el derecho de defensa y de contradicción, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a guardar silencio, el derecho a la confrontación con los testigos e interrogar a estos, el derecho de apelación ante autoridad superior y, las demás garantías consagradas en la Constitución, la ley y los tratados internacionales³¹.

Al decir de la Corte Constitucional “en la investigación y juzgamiento de las personas menores de edad tiene plena aplicación el derecho al debido proceso y las garantías judiciales reconocidas en la Constitución y en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, así lo ha reconocido desde tiempo atrás la jurisprudencia de esta corporación. Baste citar aquí la Sentencia C-817 de 1999³² en la cual se afirmó literalmente que “[l]os procesos penales contra menores de edad se rigen, como los demás procesos de la misma índole, por las normas constitucionales que consagran los derechos y garantías que se le conceden a toda persona sindicada de un hecho ilícito, entre los que cabe destacar el derecho al debido proceso, que

31 El artículo 151 de la Ley 1098 de 2006, establece que como mínimo los adolescentes procesados gozan de los mismos derechos establecidos en la Ley 906 de 2004.

32 En esa sentencia se examinó la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en los artículos 166, 185, 191 y 199 del Decreto 2737 de 1989 -Código del Menor en ese entonces vigente- las cuales daban a entender que en los procesos penales los menores autores o partícipes de una infracción penal éstos no requerían estar asistidos por un defensor. Las expresiones en cuestión fueron declaradas inexequibles por vulnerar el derecho a la defensa técnica, garantía constitutiva del derecho al debido proceso.

comprende el derecho de defensa, el derecho a nombrar un abogado que lo asista en el proceso o a que se le designe uno de oficio, el derecho a impugnar las decisiones judiciales e interponer los recursos correspondientes, el derecho a pedir y contradecir las pruebas; el derecho a que se le aplique el principio de favorabilidad; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a ser juzgado conforme a las normas preexistentes al hecho que se le imputa, por jueces previamente señalados y por hechos preestablecidos en la ley como punibles, entre otros”.

Se tiene, entonces, que las garantías judiciales integrantes del derecho al debido proceso, consignadas en el artículo 29 constitucional, son plenamente aplicables en la investigación y juzgamiento de los adolescentes, tales como la garantía del juez natural, el principio de legalidad, el derecho a la defensa técnica, el derecho de contradicción, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, entre otras. El alcance de estas garantías judiciales ha sido adicionalmente desarrollado por numerosos instrumentos internacionales de derecho humanos, los cuales han establecido una serie de estándares aplicables en los procesos penales que se adelanten contra personas menores de edad, los cuales han sido empleados de manera reiterada por la jurisprudencia de esta corporación como parámetro de control constitucional cuando ha examinado la constitucionalidad de las disposiciones legales que regulan la materia^{33/34}.

La Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento interno colombiano mediante Ley 12 de 1991, incluye importantes reglas sobre las garantías procesales de los niños. Los artículos 37 y 40 de dicho instrumento señalan entre otras las siguientes garantías procesales en el juzgamiento de los niños:

33 Ver entre otras la Sentencia C-019 de 1993 en la cual se examinó la constitucionalidad de algunas disposiciones del Código del Menor en ese entonces vigentes, las cuales regulaban el proceso penal de los menores. En esta providencia se hizo alusión explícita a algunas de las garantías internacionales básicas a implementar en estas actuaciones –se afirmó, por ejemplo, que “el nuevo derecho internacional sobre los derechos del niño tiende a confirmar al menor como titular de la mayoría de las garantías procesales reconocidas por instrumentos tales como el Pacto Internacional o la Convención Interamericana, como derechos de toda persona acusada penalmente” y se citaron las disposiciones relevantes de las Reglas de Beijing, precisando que tales garantías han ingresado al ordenamiento interno colombiano mediante la Ley 12 de 1991, aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el mismo sentido las sentencias C-819 de 1999, C-839 de 2001 y C-203 de 2005.

34 Sentencia C-684 de 2009.

- (i) el derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada,
- (ii) el derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción;
- (iii) el principio de legalidad,
- (iv) la presunción de inocencia,
- (v) el derecho a ser informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
- (vi) el derecho a que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;
- (vii) el derecho a no ser obligado a prestar testimonio o a declararse culpable,
- (viii) el derecho a interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- (ix) el derecho a una segunda instancia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al examinar la cuestión consideró conveniente³⁵ que las formas procesales que observan los

35 *Párrafo 119 de la opinión consultiva 17.*

procesos de responsabilidad penal juvenil revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, en esta medida consideró necesario tomar en cuenta las garantías del debido proceso legal establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos³⁶.

5.2 Juez natural

De conformidad con la interpretación de la Corte Interamericana “los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar”.

Este criterio fue acogido por el sistema jurídico nacional al definir la existencia de un proceso penal especial diferenciado dirigido a adolescentes exclusivamente, con autoridades especializadas y diferenciadas del sistema de responsabilidad penal de adultos y con ritualidades, finalidades y sanciones específicamente dirigidas a los adolescentes infractores.

5.3 Derecho a la legalidad de los delitos y de las sanciones

De conformidad con la interpretación de la Corte Interamericana la conducta que motive la intervención del Estado en los procesos de responsabilidad penal para debe hallarse descrita en la ley penal. Es decir, se debe tratar de delitos que son susceptibles de cometer por cualquier persona y no conductas específicas propias de los adolescentes.

36 *Opinión consultiva 17. Conclusiones.*

En este mismo sentido el artículo 152 de la Ley 1098 de 2006, establece que ningún adolescente podrá ser investigado acusado, ni juzgado por acto u omisión, al momento de la comisión del delito que no esté previamente definido en la ley penal vigente, de manera expresa e inequívoca.

Este derecho implica, igualmente, que las sanciones a imponer en caso de ser declarado culpable solamente pueden ser aquellas establecidas previamente en la ley.

5.4 Derecho a la aplicación de medios alternativos de solución de conflictos

La Corte Interamericana al interpretar la normatividad que regula la materia concluyó^o que “Las normas internacionales procuran excluir o reducir la “judicialización” de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas”.

La Corte Interamericana es precisa en subrayar que la implementación de estas medidas debe hacerse con “especial cuidado” para no afectar ni los derechos de los adolescentes ni los derechos de las víctimas.

La Ley 1098 de 2006 incorpora este principio como una de sus finalidades, al señalar que pretende garantizar la justicia restaurativa y los derechos de las víctimas. Como opera este derecho en la práctica será abordado más adelante en este texto.

5.5 Derecho a la defensa

Este derecho implica el derecho a contar con la asesoría y representación de un profesional del derecho, público en caso de no contar con los recursos necesarios para sufragar uno particular.

Este defensor debe velar por la protección y garantía de los derechos del adolescente, emprender una estrategia de defensa en la cual se logre la menor afectación del adolescente con el proceso (inocencia, menor pena, tipo penal más suave, aplicación de subrogados penales).

5.6 Derecho a la presunción de inocencia

Los adolescentes tienen derecho a que se presuma su inocencia hasta tanto se declare su culpabilidad en un juicio realizado con el cumplimiento de todas las formalidades y garantías procesales.

5.7 Derecho a la presencia de sus padres o tutores durante el proceso

Durante todo el proceso el adolescente tiene derecho a contar con la presencia de sus padres y tutores. Estos a su vez tienen derecho a intervenir en el proceso para hacer las aclaraciones y solicitudes a que haya lugar.

5.8 Derecho a guardar silencio

El adolescente no puede ser forzado a declarar contra sí mismo ni contra sus parientes en segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad. De igual forma tiene derecho a guardar silencio y no responder las preguntas que se le formulen, sin que este silencio pueda ser tomado como un indicio en su contra.

5.9 Derecho a controvertir los testigos e interrogar a éstos

El adolescente tiene derecho a interrogar a los testigos presentados por la Fiscalía y la víctima. Tiene derecho a controvertir y atacar las pruebas presentados por estas.

5.10 Derecho a la intimidad

De conformidad con las disposiciones de la ley, las audiencias que se surten en el proceso de responsabilidad penal para adolescentes, son cerradas al público y solo se permite la participación de los sujetos proce-

sales. Esta restricción da aplicación a la regla 8 (protección de la intimidad) establecida en las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores”.

Este derecho adquiere vigencia igualmente en la práctica de diligencias en la etapa de indagación, en las cuales se realizan acciones que limitan el derecho a la intimidad tales como seguimientos, allanamientos, interceptación de comunicaciones, inspecciones corporales, etc. En estos casos, estas acciones solo pueden ser ejecutadas previa autorización del juez de control de garantías.

5.11 Derecho a la presunción de edad

De conformidad con la Ley 1098 de 2006, en los casos en los cuales no se cuente con elementos que concluyan la certeza sobre la edad de un adolescente, se presumirá que el mismo es menor de edad y sujeto de protección especial, hasta tanto se verifique mediante dictamen médico legal, la edad correspondiente.

Por ejemplo, si un individuo físicamente parece tener 18 años, no obstante no se cuenta con su cedula u otro elemento que demuestre su edad, se remitirá al centro de servicios especializados para adolescentes hasta que se verifique si es o no adolescente.

5.12 Derecho a ser juzgado conforme a su pertenencia étnica

De conformidad con las normas internacionales, la constitución y el artículo 156 de la Ley 1098 de 2006, los adolescentes pertenecientes a las comunidades indígenas serán juzgados según las normas y procedimientos de sus propias comunidades conforme en la legislación especial indígena establecida en el artículo 246 de la Constitución Política, siempre y cuando la sanción impuesta no sea contraria a su dignidad, tampoco se permitirá que sea sometido a maltrato ni a vejaciones y se informará a la autoridad judicial sobre la actuación o procedimiento a seguir por parte de la comunidad frente a la medida que sea tomada.

De conformidad con la ley, los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren fuera del ámbito de su comunidad y que cometan delitos, serán sometidos al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, si no quieren retornar a sus comunidades de origen.

5.13 Derecho a ser interrogados solo por el defensor de familia

Cuando un adolescente sea citado a declarar en un juicio tiene derecho a ser interrogado solamente por el defensor de familia. Ello con la finalidad de recibir un trato adecuado y cuidadoso conforme a su edad.

Excepcionalmente, el juez puede intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se lleva a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

El mismo procedimiento se adopta para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación. Es decir, el adolescente no puede en ningún caso, ser interrogado directamente por la policía, la fiscalía u otra parte en el proceso.

5.14 Derecho a participar en el proceso y que su participación sea tenida en cuenta

De conformidad con el artículo 158 de la Ley 1098 de 2006 los adolescentes sometidos a procesos judiciales por responsabilidad penal no serán juzgados en su ausencia. Pueden adelantarse en su ausencia las diligencias correspondientes a la etapa de investigación, en la que se garantizaran sus derechos mediante el defensor público y el defensor de familia.

Si hay acusación, el proceso se suspende mientras se logra la comparecencia del procesado³⁷. Este derecho encuentra plena justificación en la finalidad pedagógica de los procesos de responsabilidad penal para

37 En estos eventos la prescripción de la acción penal se aumentará en una tercera parte.

adolescentes. Ningún sentido tiene adelantar un proceso pedagógico si en el no se cuenta con la participación del adolescente infractor, pues éste no tendrá la oportunidad de reflexionar y experimentar las implicaciones de su errónea conducta.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 1098 de 2006 “En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, la niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”.

Esta norma cualifica la participación del adolescente en el proceso, como una participación activa en la que él puede expresar sus opiniones y obtener pronunciamientos de las autoridades frente a las mismas. No se trata simplemente de una presencia indiferente y formal del adolescente en el juicio.

5.15 Derecho al buen nombre

Dada la inmadurez psicológica de los adolescentes, las sanciones a ellos impuestas no tienen el carácter de antecedente judicial³⁸. Esto con el fin de proteger su vida futura y permitir que a pesar de las responsabilidades en que incurra la sociedad pueda darle una oportunidad de desarrollarse plenamente.

6. Derechos del adolescente durante la ejecución de las sanciones

De conformidad con la ley, el adolescente declarado culpable tiene los siguientes derechos:

- Ser mantenido preferiblemente en su medio familiar.
- Recibir información sobre el programa de atención especializada en el que se encuentre vinculado durante las etapas previstas para el cumplimiento de la sanción.

38 Artículo 159 de la Ley 1098 de 2006.

- Recibir servicios sociales y de salud por personas con la formación profesional idónea, y continuar su proceso educativo de acuerdo con su edad y grado académico.
- Comunicarse de manera reservada con su apoderado o defensor público, con el Defensor de Familia, con el fiscal y con la autoridad judicial.
- Presentar peticiones ante cualquier autoridad y a que se le responda.
- Comunicarse con sus padres, representantes o responsables, salvo prohibición expresa de la autoridad judicial.
- A que su familia sea informada sobre los derechos que a ella y al adolescente le corresponden.

7. Derechos del adolescente cuando se está privado de la libertad

- Permanecer internado en la misma localidad, municipio o distrito más próximo al domicilio de sus padres, representantes o responsables.
- Garantizar al adolescente un lugar con condiciones de higiene, seguridad y salubridad y acceso a los servicios públicos.
- Ser examinado por un médico inmediatamente después de su ingreso al programa de atención especializada.
- Continuar su proceso educativo.
- Garantizar que en los centros de resocialización donde sea internado, solo sean atendidos adolescentes.
- Recibir información sobre el reglamento interno de la institución donde cumplirá su sanción.
- No ser trasladado arbitrariamente del programa donde cumple la sanción.

- No ser sometido a ningún tipo de aislamiento.
- Mantener correspondencia y comunicación con sus familiares y amigos, recibir entrevistas por lo menos una vez a la semana.
- Tener acceso a la información de los medios de comunicación.

8. Estructura de los procesos de responsabilidad penal para adolescentes

De conformidad con el artículo 144 de la Ley 1098 de 2006, salvo las normas especiales, el procedimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se rige por las normas establecidas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente.

La Ley 906 de 2004 se aplica en la investigación y juzgamiento de los adolescentes a los que se les impute la infracción del ordenamiento penal, tanto para definir cuáles son las ritualidades aplicables en estos casos, como para establecer una *cota mínima* de garantías judiciales de las cuales son titulares los adolescentes³⁹.

En su oportunidad, la Corte Constitucional, consideró que “las diversas ritualidades establecidas en el Código de Procedimiento Penal permiten la plena satisfacción de las garantías judiciales de las cuales son titulares los adolescentes”⁴⁰. No obstante, no debe olvidarse que de conformidad con la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”⁴¹.

39 Corte Constitucional. Sentencia C-684 de 2009.

40 Ídem.

41 Opinión consultiva 017, Corte Interamericana de Derechos Humanos párrafo 98.

En consecuencia, la aplicación de las normas procesales que regulan los procedimientos penales de adultos debe adaptarse a las especiales condiciones de los adolescentes, de modo que sus derechos cuenten con la oportunidad de materializarse y no ser meros enunciados formales. Dicha tarea corresponde a los intérpretes y aplicadores de la norma, pues el legislador no estableció formalidades y procedimientos especiales.

9. Estructura general del proceso penal

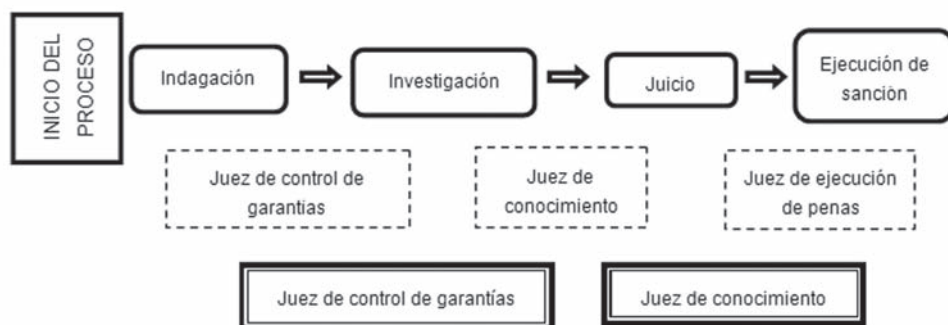
Como se vio anteriormente el proceso de responsabilidad penal para adolescentes se rige por los principios que regulan el proceso penal para adultos, es decir, se guían por el principio acusatorio y tiene la misma estructura que el proceso penal establecido en la Ley 906 de 2004, con algunas diferencias específicas.

El proceso penal establecido en la Ley 906 de 2004 tiene cuatro etapas generales, indagación, investigación, juicio y ejecución de la sanción. El objetivo de estas etapas es:

Esquema 1



Dicha estructura se mantiene en el proceso de responsabilidad penal para adolescentes, con una sola diferencia, la ejecución de la sanción es vigilada por el juez de conocimiento y no por el juez de ejecución de penas, el siguiente esquema ilustra lo anterior.



10. Inicio del proceso

El proceso penal contra un adolescente puede iniciarse de tres formas distintas:

10.1 Por la denuncia o querella

La denuncia o querella es la información suministrada por la persona afectada, víctima o su representante legal o por anónimo ante cualquier autoridad de policía, o directamente a la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Reacción Inmediata (URI), Comisaría de Familia o ante el Centro Automático de Despacho de la Policía Nacional.

La denuncia puede presentarse de manera verbal o escrita y de ella deberá dejarse constancia. En la misma se deben relatar detalladamente los hechos que se presumen delictivos.

10.2 De oficio

Se inicia de oficio el proceso penal cuando la autoridad competente conoce de la ocurrencia de un delito y desconoce la identidad de su autor o presunto autor.

10.3 Por la captura en flagrancia

La flagrancia ha sido definida por la Corte Constitucional como “un actuar se está ejecutando actualmente⁴². Así las cosas, la excepción al principio de reserva judicial basado en la flagrancia, para la privación de la libertad, implica que un *delincuente* sea aprehendido en el momento en que está ejecutando una conducta punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, que permita inferir fundadamente que se cometió una conducta punible” (Sent. C-237/2008).

La captura en flagrancia puede darse de dos maneras:

Por particular

El artículo 32 de la Constitución Política establece que “El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiére a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador”.

De modo tal que cuando los particulares sorprendan en flagrancia a un adolescente cometiendo un delito, podrán aprehenderlo e inmediatamente entregarlo a la autoridad de policía de infancia y adolescencia.

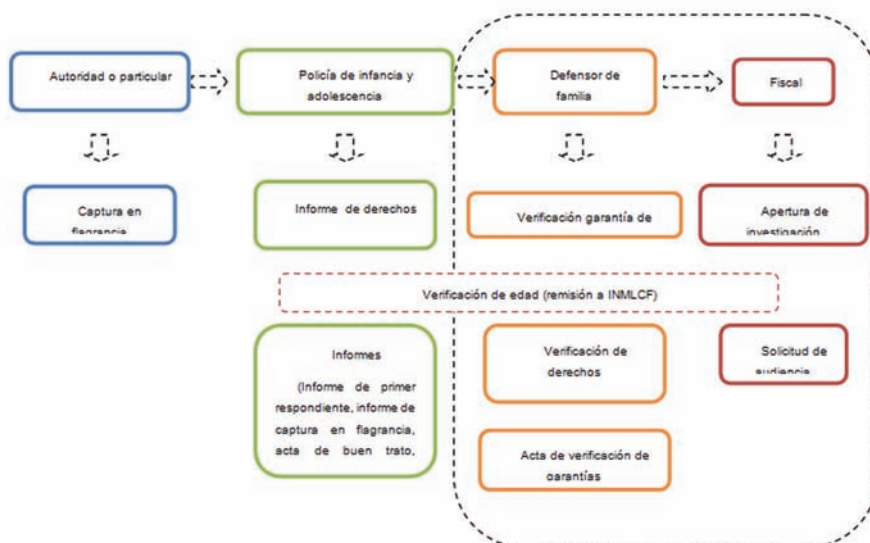
Por autoridad

Todas las autoridades que estén en presencia de un delito están autorizadas para aprehender al adolescente que se encuentre en flagrancia según el concepto anterior. Esta autoridad debe conducir al aprehendido ante autoridad de policía de infancia y adolescencia.

42 Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

11. Procedimiento especial en caso de flagrancia: garantía de derechos de los adolescentes

Esquema 3



En caso de ser capturado en flagrancia el menor debe ser llevado ante la policía de infancia y adolescencia que se encargara de comunicar al adolescente sus derechos como capturado, las razones por las que se le captura, su derecho a un abogado y a llamar a un familiar. Inmediatamente se debe poner el menor a disposición del Defensor de Familia que se encarga de adelantar los procedimientos de verificación de derechos del adolescente (estado de salud, vinculación al sistema educativo, entorno familiar, derecho al nombre, etc.). En estos casos está prohibido el uso de esposas y de armas para prevenir la evasión del menor.

12. Indagación e investigación: actuaciones ante el juez de control de garantías

El juez de garantías interviene durante la indagación y la investigación a efectos de garantizar el cumplimiento de las garantías y derechos fundamentales por parte de las autoridades que adelantan la investigación

–Fiscalía y Policía Judicial– en, tal sentido, autoriza y revisa dichas actuaciones. Estas actividades se realizan en audiencias preliminares.

En este momento procesal las audiencias más comunes son:

1. Legalización de captura.
2. Adopción de medidas de internamiento preventivo.
3. Formulación de imputación.
4. Aplicación del principio de oportunidad.

Aunque también se toman decisiones frente a las siguientes solicitudes del fiscal:

- Inspección y registro corporal del indiciado e imputado.
- Obtención de muestras que involucren al indiciado e imputado.
- Práctica de reconocimiento y exámenes físicos a las víctimas.
- Expedición de orden de captura.
- Medidas cautelares.
- Declaración persona ausente.
- Destrucción objeto material delito.
- Vigilancia y seguimiento de personas.
- Búsqueda selectiva en bases de datos.
- Aplicación del principio de oportunidad.
- Práctica de prueba anticipada.

No obstante, la importancia de todas y cada una de las audiencias realizadas ante el juez de control de garantías dada la afectación de los derechos fundamentales que implica cada decisión, se analizarán en profundidad las siguientes:

12.1 Legalización de captura en flagrancia

Como se vio anteriormente, en caso de que el menor sea capturado cuando estaba cometiendo el delito, se genera la activación del sistema de protección de derechos del adolescente y este debe ser conducido ante las autoridades especiales encargadas del trámite de la captura y de la verificación de los derechos del adolescente. En esta materia existe regulación especial en la Ley 1098 de 2006 y el procedimiento a aplicar se diferencia del procedimiento penal de adultos.

No obstante lo anterior, el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006, que establece el procedimiento especial en caso de flagrancia, generó un examen de constitucionalidad respecto de su correspondencia con los principios de especificidad y diferenciación exigidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos, examen que fue decidido mediante Sentencia C-684 de 2009, en la cual se estableció la inconstitucionalidad del artículo 191 que establecía el procedimiento en el caso de que el menor capturado en flagrancia aceptara los cargos, pero nada decía respecto del procedimiento a seguir cuando el menor no aceptaba los cargos.

Con motivo de esta decisión, la Corte hizo un llamado al Congreso de la República para que estudiara la cuestión, expidiera una normativa que regule el procedimiento para la investigación y juzgamiento de los adolescentes sorprendidos en flagrancia de acuerdo a los principios de especificidad y diferenciación.

12.2 Solicitud, modificación o revocatoria de la medida de internamiento preventivo

En esta audiencia es importante tener en cuenta que de conformidad con la regla 13⁴³, existen cinco pautas centrales que habrán de ser respetadas

43 Reglas de Beijing o “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de

en todos los casos en que se decida sobre la medida de internamiento preventivo:

- (a) sólo habrá de aplicarse la detención preventiva en tanto última opción, y durante el término más breve posible⁴⁴;
- (b) cuando sea posible, deberán adoptarse medidas sustitutivas de la detención preventiva⁴⁵;
- (c) los menores sometidos a este tipo de medidas habrán de gozar de la totalidad de derechos y garantías de que son titulares las personas privadas de la libertad⁴⁶;
- (d) deberá existir una separación estricta entre los menores y los adultos sometidos a detención preventiva⁴⁷; y
- (e) durante el término de detención, los menores habrán de recibir los cuidados, protección y asistencia individuales que requieran⁴⁸.

De conformidad con estas reglas la medida de internamiento preventivo debe ser la última opción y debe ser considerada solo en aquellos casos en que la gravedad del hecho y la situación personal y familiar del adoles-

menores”.

44 “13.1. Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible”.

45 “13.2. Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa”.

46 “13.3. Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas”. Precisa el comentario a las reglas que “los menores que se encuentren en prisión preventiva deben gozar de todos los derechos y garantías previstas en las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en el artículo 9º, en el inciso b) del párrafo 2 del artículo 10 y en el párrafo 3 de dicho artículo”.

47 “13.4. Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos”.

48 “13.5. Mientras se encuentran bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física– que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales”.

cente permitan concluir que es mejor para el adolescente estar custodiado por el Estado que estar con su familia.

La solicitud de detención preventiva podrá realizarse en cualquier momento del proceso y antes de la audiencia de juicio, la aplicación de esta medida no podrá exceder de cuatro (4) meses, prorrogables con motivación, por un (1) mes más cuando se encuentre probado que existe una o varias de las siguientes circunstancias:

1. Riesgo razonable de que el adolescente evadirá el proceso.
2. Temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas.
3. Peligro grave para la víctima, el denunciante, el testigo o la comunidad.

13. Aplicación del principio de oportunidad

El principio de oportunidad, según el artículo 323 de la Ley 906 de 2004, es la renuncia, suspensión o interrupción a la persecución penal basada en causas también expresamente señaladas en la ley.

La Ley 1098 de 2006 establece la aplicación del principio de oportunidad como principio rector y con finalidad pedagógica y formativa, y establece las especiales condiciones de aplicación cuando se trata de menores vinculados a grupos al margen de la ley.

La Corte Constitucional al señalar las finalidades de la aplicación del principio de oportunidad⁴⁹ fue clara en definir que se trata de una aplicación armónica con una política criminal que permita concentrar esfuerzos en la persecución y sanción de conductas de mayor lesividad social, que reduzcan los efectos negativos de las penas y que contribuyan a la reparación de las víctimas.

49 Sentencia C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

De conformidad con las reglas de Beijing la judicialización de los adolescentes es la última de las medidas posibles, pues como bien lo explicó la Corte Constitucional:

“(...) Judicialización de menores como última alternativa. Especialmente relevante para el asunto bajo revisión es la Regla 11, sobre “Remisión de casos”, puesto que en ella se consagra el principio según el cual el sometimiento de los menores infractores ante las autoridades judiciales para que éstas adelanten el proceso jurídico-penal correspondiente ha de considerarse como la última opción: dispone esta regla que “se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente”, y que en estos casos los organismos que se ocupen de los temas de delincuencia de menores deben estar facultados para decidir discrecionalmente, sin necesidad de intervención judicial, con base en los criterios jurídicos aplicables y en armonía con las Reglas Mínimas⁵⁰. La importancia de esta posibilidad es subrayada por el Comentario correspondiente, según el cual “la remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, (...) sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo”. Ello no obsta, sin embargo, para que las reglas mínimas mantengan abierta la posibilidad de procesamiento

50 Se precisa adicionalmente en esta regla: “11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.

11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas”.

de menores de edad infractores de la ley penal por vías judiciales, aunque –se reitera– este rumbo de acción se consagra como la última ratio o recurso para responder a la situación”⁵¹.

Por consiguiente, en los procesos de responsabilidad penal para adolescentes la primera opción es la aplicación del principio de oportunidad y la resolución del conflicto mediante medidas pedagógicas y formativas que no impliquen la intervención del sistema penal, el cual solo debe ser considerado como último recurso cuando sea estrictamente necesario y cuando sea lo mejor para el adolescente.

14. Audiencia de formulación de imputación

En esta audiencia, se ha surtido el trámite de indagación y la Fiscalía en asocio con la policía judicial ha realizado las acciones de investigación de los hechos y como resultado de estas acciones cuenta con información suficiente que le permite concluir que el adolescente es el presunto responsable de un delito.

En esta audiencia debe estar presente el adolescente investigado, con el fin de garantizar el contenido pedagógico del proceso y el ejercicio de sus derechos a la participación y a la defensa. Esta audiencia es la comunicación oficial al adolescente de que estará siendo investigado por la comisión de un delito.

El fiscal presenta los hechos constitutivos de delito al juez de control de garantías, los elementos materiales de prueba que le permiten concluir que el adolescente es el presunto responsable, quien a partir de ese momento adquiere la calidad de imputado.

En esta audiencia se debe verificar que el adolescente comprenda completamente el sentido y finalidad de la actuación así como las consecuencias de la misma. El fiscal indicará al adolescente la posibilidad de que se allane a la imputación, esto es, de aceptar que cometió el delito, por lo cual podrá obtener beneficios al momento de imponerle la sanción, tales como una rebaja significativa.

51 Sentencia C-203 de 2005.

El juez deberá verificar que el adolescente ha entendido claramente los hechos que constituyen la imputación, lo interrogará al respecto y concederá un tiempo prudencial para que se entreviste con sus defensores, con el objetivo de que le ilustren de una manera clara las consecuencias de aceptar o no la imputación.

15. Juicio y ejecución de la sanción

Las actuaciones ante el juez de conocimiento son las actuaciones propias del juicio oral en las que se tiene que concluir si el adolescente acusado es penalmente responsable de la comisión de un hecho delictivo y por tanto merece una sanción.

Las audiencias que se realizan en esta etapa son las siguientes:

1. Audiencia de acusación.
2. Audiencia preparatoria.
3. Audiencia de juicio oral.
4. Lectura de fallo.
5. Imposición de sanción.
6. Audiencia de incidente de reparación integral.
7. Vigilancia de cumplimiento de la sanción.

16. Las audiencias: objetivos y roles

Audiencia	Acusación	Preparatoria	Juicio oral	Lectura de fallo e imposición de la sanción	Incidente de reparación integral
Objetivo	Dar inicio formalmente al proceso, delimitando los temas objeto de discusión en el juicio.	<p>Fijación del debate probatorio que se realizará en juicio y las reglas que regirán el mismo.</p> <p>Se determinan los acuerdos en materia de pruebas, es decir, los hechos que las partes consideraran probados y las pruebas que cada parte presentará en el juicio.</p> <p>Se decide si deben excluirse algunas pruebas por ser ilícitas, es decir, ser obtenidas con violación de la ley, la Constitución o los derechos fundamentales.</p>	Decidir sobre la culpabilidad o inocencia del adolescente acusado con base en el debate probatorio.	<p>Dar a conocer a las partes las razones de la decisión tomada respecto de la culpabilidad o inocencia del adolescente acusado.</p> <p>Dar a conocer a las partes la sanción impuesta y las condiciones de su ejecución.</p>	El objetivo de esta audiencia es decidir sobre las pretensiones de reparación del daño presentadas por la víctima, con base en el debate probatorio dado al respecto.

Momento en que se debe desarrollar	30 días después de formulada la imputación.	Entre los 15 y 30 días posteriores a la audiencia de acusación.	Dentro de los 30 días siguientes a la realización de la audiencia preparatoria.	Dentro de los 10 días hábiles siguientes al anuncio del sentido del fallo.	Dentro de los ocho días siguientes al anuncio del sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado. La solicitud caduca dentro de los treinta días siguientes al anuncio del sentido del fallo.
Rol del fiscal	Realiza la formulación oral de la acusación (CPP, art. 339) con la inclusión de identificación del acusado, narración de los hechos, relación de normas infringidas, elementos materiales de prueba, etc., previa presentación del escrito de acusación, el cual debe ser conocido previamente por todos los intervinientes.	Realiza el descubrimiento de pruebas.	Presentar la teoría del caso (forma en que demostrara que el adolescente es culpable). Presentar las pruebas de la culpabilidad del adolescente y controvertir las pruebas presentadas por la defensa. Presentar las pruebas que demuestren la necesidad de la sanción solicitada.	El fiscal puede presentar y controvertir las pruebas que sustenten la imposición de la sanción. Puede ejercer los recursos en caso de que el fallo le resulte adverso.	El fiscal como representante de la sociedad puede presentar las pruebas que demuestren los eventuales daños colectivos y que sustenten las medidas de reparación colectivas.

Rol del juez	<p>Revisar el cumplimiento de los requisitos formales del escrito de la acusación.</p> <p>Decidir sobre las solicitudes de impedimento, recusación o nulidades presentadas por las partes.</p> <p>Decidir sobre la aplicación del principio de oportunidad.</p> <p>Reconocer la calidad de víctima y su representación legal.</p>	<p>Proferir sentencia en caso de que se haya dado la aceptación de los cargos formulados por la Fiscalía, en caso contrario, decretar las pruebas solicitadas y admitidas, aceptar las estipulaciones acordadas por las partes para ser introducidas al juicio, determinar el orden en que se presentará la prueba y fijar la fecha y la hora para el inicio de la audiencia del juicio oral.</p>	<p>Una vez culminado el debate probatorio, el juez de conocimiento emite el sentido de su fallo, el cual consiste en declarar culpable o inocente al adolescente y los delitos respecto a los cuales procede esa declaración.</p>	<p>Decide sobre la sanción a imponer y las condiciones para su ejecución.</p> <p>Concede los recursos en caso de presentarse.</p> <p>Fija fecha para la realización de la audiencia de incidente de reparación integral en caso de haberse presentado la solicitud.</p>	<p>Rechazo de la pretensión y archivo de la misma.</p> <p>2. Admisión de la pretensión.</p> <p>3. Aprobación de la conciliación e incorporación a la sentencia, decisión sobre la pretensión e incorporación a la sentencia, o declaratoria del desistimiento de la pretensión y archivo de la solicitud y condena en costas.</p>
---------------------	---	---	---	---	---

<p>Rol del defensor de familia</p>	<p>Verificar que se respeten los derechos del adolescente.</p>	<p>Verificar que se respeten los derechos del adolescente.</p>	<p>La Defensoría de Familia deberá estar presta a verificar que se respeten los derechos al adolescente acusado, tales como el debido proceso, la legítima defensa, que las respuestas del mismo ante las preguntas del juez, sean libres, consientes y voluntarias y que esté debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor de confianza o público .</p> <p>Interroga al adolescente en caso de ser requerido como testigo por la fiscalía o la defensa.</p>	<p>Presenta el estudio socio familiar realizado con el fin de conocer los aspectos familiares, económicos, sociales, psicológicos y culturales del adolescente.</p> <p>Presenta las recomendaciones de sanción a imponer atendiendo a las finalidades pedagógicas del proceso.</p>	<p>Verificar que se respeten los derechos del adolescente.</p>
---	--	--	---	--	--

Rol de la defensa	<p>Vigilar el respeto de las garantías procesales y la correcta adecuación típica.</p> <p>Presentar solicitudes de nulidad, impedimentos y recusaciones.</p> <p>Puede alegar la existencia de una causal de inimputabilidad (no puede reprocharse penalmente al adolescente por su incapacidad de determinar su conducta) deberá descubrir los elementos materiales que la respalden (CPP, art. 344).</p>	<p>Vigilar el respeto de las garantías procesales.</p> <p>Solicitar el decreto de las pruebas necesarias para la defensa.</p> <p>Atacar las pruebas que se consideren ilícitas.</p>	<p>Presentar la teoría del caso (forma en que demostrara que el adolescente es inocente o inimputable).</p> <p>Presentar las pruebas de la inocencia o inimputabilidad del adolescente y controvertir las pruebas presentadas por la fiscalía.</p> <p>Presentar las pruebas que sustenten las sanciones solicitadas y controvertir las presentadas por la fiscalía.</p>	<p>Presenta las pruebas que sustenten su pretensión de sanción y controvierte las pruebas presentadas por las partes.</p> <p>Puede interponer los recursos en contra del fallo si lo considera necesario.</p>	<p>Presenta las pruebas que sustenten su pretensión de frente a las medidas de reparación a imponer y controvierte las pruebas presentadas por las partes.</p> <p>Puede interponer los recursos en contra del fallo si lo considera necesario.</p>
Rol del adolescente	<p>Participar en la audiencia, mediante la solicitud de aclaraciones en caso de dudas.</p>	<p>Declarar si acepta o no la acusación formulada por el fiscal, con base en la asesoría de su defensor.</p>	<p>Puede ser requerido como testigo por la fiscalía o la defensa, caso en el cual solo puede ser interrogado por el defensor de familia.</p>	<p>Puede intervenir para exponer su situación personal a fin de que sea tenida en cuenta al momento de decidir la sanción a imponer.</p>	<p>Puede realizar ofertas de reparación a fin de llegar a un acuerdo con la víctima.</p>

<p>Rol de la víctima</p>	<p>Solicita el reconocimiento de su calidad de víctima y el reconocimiento de su representación legal.</p> <p>Presentar solicitudes de nulidad, impedimentos y recusaciones.</p> <p>Puede intervenir en caso de estar en desacuerdo con la calificación jurídica de los hechos (es decir, con que no se haya asignado correctamente el delito, p.e. que se trate de una tentativa de homicidio y se acuse por lesiones personales).</p> <p>Puede solicitar y fundamentar, medidas de protección en caso de ser necesario.</p>		<p>Puede ser requerido como testigo por la fiscalía o la defensa.</p> <p>Puede controvertir las pruebas presentadas por la fiscalía o la defensa.</p>	<p>Puede controvertir las pruebas presentadas por la fiscalía o la defensa relacionadas con la sustentación de la sanción a imponer. .</p>	<p>Presenta y sustenta sus pretensiones de reparación con base en la demostración del daño y la demostración de la idoneidad de las medidas de reparación solicitadas.</p> <p>En caso de no estar de acuerdo con las decisiones adoptadas puede interponer los recursos de ley.</p>
---------------------------------	---	--	---	--	---

17. Sanciones

Las sanciones que pueden aplicarse a un adolescente declarado culpable de la comisión de un delito, y que se encuentran dentro de los artículos 181 a 187 de la Ley 1098 de 2006, son las siguientes:

Sanción	Contenido	Duración
Amonestación	<p>Es la recriminación que la autoridad judicial le hace al adolescente sobre las consecuencias del hecho delictivo y la exigencia de la reparación del daño.</p> <p>En todos los casos deberá asistir a un curso educativo sobre respeto a los derechos humanos y convivencia ciudadana que estará a cargo del Instituto de Estudios del Ministerio Público.</p>	
Reglas de conducta	Es la imposición por la autoridad judicial al adolescente de obligaciones o prohibiciones para regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación.	Máximo dos años
Prestación de servicios a la comunidad	Es la realización de tareas de interés general que el adolescente debe realizar, en forma gratuita,	Esta sanción no debe exceder de 6 meses, durante una jornada máxima de ocho horas semanales preferentemente los fines de semana y festivos o en días hábiles pero sin afectar su jornada escolar

Libertad vigilada	Es la concesión de la libertad que da la autoridad judicial al adolescente con la condición obligatoria de someterse a la supervisión, la asistencia y la orientación de un programa de atención especializada.	Máximo dos años
Medio <i>semicerrado</i>	Es la vinculación del adolescente a un programa de atención especializado al cual deberán asistir obligatoriamente durante horario no escolar o en los fines de semana.	Esta sanción no podrá ser superior a tres años.
Privación de la libertad	La privación de la libertad en centro de atención especializada se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho (18) años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de (6) años de prisión.	En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de uno (1) hasta cinco (5) años.
	En los casos en que los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades	La privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de dos (2) hasta ocho (8) años.

Para la aplicación de todas las sanciones la autoridad competente deberá asegurar que el adolescente esté vinculado al sistema educativo. El Defensor de Familia o quien haga sus veces deberán controlar el cumplimiento de esta obligación y verificar la garantía de sus derechos.

Las sanciones a aplicar deben cumplir con su finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se deben aplicar con el apoyo de la familia y de especialistas.

Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

- La naturaleza y gravedad de los hechos.
- La proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad.
- La edad del adolescente.
- La aceptación de cargos por el adolescente.
- El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el juez.
- El incumplimiento de las sanciones.

La sanción de internamiento preventivo solo procede en los casos en que, conforme a la gravedad del delito sería admisible la privación de libertad como medida. No obstante, de acuerdo a la Ley 599 de 2000 Código Penal, todos los delitos son susceptibles de pena privativa de la libertad.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Actividad 1:

Elabore un mapa conceptual sobre los derechos del adolescente en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

Actividad 2:

Describa una situación en que usted considere que se violó uno de los derechos del adolescente en el proceso. Justifique su respuesta y proponga cual debía ser el tratamiento correcto.

Actividad 3:

Señale dos diferencias entre la audiencia de imputación y la de acusación.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Pedro Juan Martínez es un adolescente de diez y siete años de edad, forma parte de una pandilla que, entre otras cosas, se dedica a cobrar peaje a las busetas que prestan el servicio de transporte a su barrio. En esta actividad es capturado por la policía y puesto a disposición de la Fiscalía General de la nación, quien procede a imputarle el cargo de extorsión y concierto para delinquir.

Elabore un esquema de las fases del proceso y señale los derechos del adolescente procesado en cada etapa. Posteriormente, establezca, en su criterio la utilidad práctica de ese derecho.

J

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003

Corte Constitucional, sentencia C-203 de 2005

Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2005

Corte Constitucional, sentencia C-237 de 2008

Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2008

Corte Constitucional, sentencia C-684 de 2009

Unidad 3

LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Identificar los derechos de las víctimas, con el fin de reflexionar sobre la necesidad de respetarlas

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

Aplicar los derechos de las víctimas para contribuir con el restablecimiento de la paz social.

Reincorporar al infractor o infractora a la comunidad con el fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito.

1. Verdad, justicia, reparación y no repetición

Se ha señalado cuales son los derechos de los y las adolescentes en el curso del proceso penal en su contra. Ahora bien, debe destacarse el papel de la víctima en este proceso y señalar que sus derechos de acuerdo a los instrumentos internacionales y a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, son los siguientes:

De manera general, se reconoce la existencia de tres derechos fundamentales de que son titulares las víctimas de delitos conforme los instrumentos internacionales, estos son:

1.1 El derecho a la verdad

Es la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.

La Corte Interamericana tuvo la oportunidad de expresarse sobre el derecho a la verdad en la sentencia sobre el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, en sentencia del año 1988. En efecto, los hechos de la sentencia tienen que ver con la desaparición de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, quien era estudiante de la Universidad Autónoma de Honduras, quien fue apresado por las fuerzas armadas de Honduras el 12 de septiembre de 1981. Los familiares iniciaron acciones judiciales que fueron infructuosas.

La Corte rechazó la defensa de Honduras que argumentaba que los procedimientos y recursos legales internos aún se encontraban en trámite, por lo que la Corte señaló que *“el deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida (...) el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuáles fue el destino de ésta y, en su caso, donde se encuentran sus restos representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”*⁵², porque la obligación de investigar debe *“ser asumida por el Estado como un deber propio, y no como*

52 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Sentencia, julio 29 de 1988, serie C, N° 4, párrafo 181.

*una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”*⁵³.

Así, el derecho a la verdad quedaba señalado a favor de las víctimas y con la carga para el Estado de una investigación efectiva para obtener la información que permita conocer que fue lo que ocurrió con la víctima.

De otro lado, en consideración de la Corte el derecho a la verdad tiene una doble dimensión: la individual y la colectiva. Es así como en la Sentencia Bámaca Velásquez contra Guatemala la Corte Interamericana tuvo la oportunidad de manifestarse sobre esa doble dimensión. En efecto, Efraín Bámaca Velásquez, miembro de una organización revolucionaria, es capturado con las fuerzas militares y luego de diversos interrogatorios, traslados, torturas, a Efraín Bámaca se le causó la muerte sin quien se entregara sus restos a sus familiares, quienes iniciaron distintos trámites legales sin obtener éxito. El Estado de Guatemala aceptó la responsabilidad y pidió se dictara Sentencia de reparaciones, sin aceptar los hechos. La Corte en la sentencia indicó que *“el derecho a la verdad tiene un carácter colectivo que, conlleva el derecho de la sociedad a tener acceso información esencial para el desarrollo los sistemas democráticos y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación”*⁵⁴.

Así pues, el contenido del derecho en la dimensión individual conlleva la posibilidad de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición de una persona saber la suerte que corrió la víctima. De otro lado, en la dimensión social o colectiva el derecho a la verdad está dada por la posibilidad de conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y motivos que llevaron a la violación masiva y sistemática de los derechos humanos mediante la perpetración de crímenes aberrantes.

53 Ídem, párrafo 177.

54 Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala. Sentencia, noviembre 25 de 2000, serie C, N° 70, párrafo 201.

La Corte Interamericana también ha desentrañado la obligación del Estado con relación al derecho a la verdad en su dimensión individual en la medida en que señaló de qué manera el Estado debería actuar para satisfacer el derecho a la verdad en cabeza de las víctimas. Es así como preciso que el Estado debía adoptar medidas que de manera efectiva lleven a la elucidación de los crímenes atroces, a juzgar y a castigar a los y las responsables.

Además, la Corte Interamericana señaló las obligaciones del Estado con relación a la verdad en su dimensión colectiva, de ahí que el Estado debe adoptar medidas para que la sociedad en su conjunto sepa las verdaderas razones y circunstancias en las que los crímenes se cometieron con la finalidad de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir. Adicionalmente, obliga al Estado a adoptar medidas para preservar del olvido la memoria colectiva

De otro lado, en materia de verdad la Corte Interamericana ha señalado la forma como los Estados parte deben hacerla efectiva, para lo cual ha indicado que se puede recurrir a mecanismos judiciales o extrajudiciales, como pueden ser las comisiones de verdad, cuya documentación ha utilizado la misma Corte, como lo hizo en el caso Cantoral contra Perú, para lo cual acudió al artículo 45.1 del reglamento y procedió a “incorpora[r] al acervo probatorio del caso, como prueba para mejor resolver, los siguientes documentos: informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), suscrito el 27 de agosto de 2003 en la ciudad de Lima, Perú”⁵⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes contra Chile (Sentencia del 19 de septiembre de 2006, párrafo 75), resaltó que el derecho a la libertad de expresión, en sus dimensiones individual y colectiva, implica igualmente el derecho y libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. De esta forma, la comprensión integral del derecho a la verdad lleva consigo las garantías de las víctimas, de las organizaciones de la sociedad civil y de la sociedad en general, de acceder a los archivos que documenten violaciones a derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

55 Corte IDH. Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz contra Perú, Sentencia del 10 de julio de 2007, párrafo 48.

El acceso, de esta forma implica, permitir la contribución en la elaboración de los archivos (con información sustentada), su documentación, preservación y publicación, que favorezcan a la sociedad en su conjunto para recibir la información mediante una consulta libre y hacer efectivo el derecho a saber, es decir, que la víctima y la sociedad tiene derecho a recordar los hechos que dieron lugar a las violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

Sin embargo, si bien es cierto que estos modos de preservar la verdad son compatibles tanto en la dimensión individual como en la colectiva, también debemos señalar que para lograr efectividad con relación a esta última dimensión es necesario acudir eventualmente a la imposición de medidas cautelares dirigidas a conservar los archivos y de esta manera prevenir su sustracción, destrucción, ocultación o falsificación, conforme se desprende del principio tres del conjunto de principios para la lucha contra la impunidad.

Ahora bien, entre derecho la verdad y los derechos de justicia reparación existen una íntima conexión, pues estos últimos no son posibles sino a partir de la consolidación de la verdad. La Corte en la sentencias del caso Barrios altos contra Perú y luego en la sentencia del caso de los hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú, específicamente en esta última, señaló que *“las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y sus familiares en su caso, tienen el derecho a conocer la verdad. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta ellos constituyen un medio importante de reparación. Por lo tanto, da lugar a un expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima”*⁵⁶.

1.2 El derecho a la justicia

El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. Así vista la verdad como la condición de posibilidad de la justicia y la reparación, nos adentramos en el espacio del

⁵⁶ Corte IDH. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú. Sentencia Julio 8 de 2004, serie C, No. 100, párrafo 230.

derecho a la justicia en el que examinaremos su contenido que está dado por los deberes, las restricciones, y los límites con relación a determinados institutos jurídicos que tiene el Estado.

Aquí, el contenido del derecho a la justicia puede sintetizarse afirmando que el Estado tiene la obligación de investigar las violaciones de los derechos, perseguir, capturar, enjuiciar y condenar apropiadamente a los victimarios, así como el libre acceso de las víctimas al proceso. En la sentencia del caso de los 19 comerciantes contra Colombia, que se originó por la desaparición de 17 personas dedicadas al comercio de mercancías, y luego la desaparición de otros dos ciudadanos que fueron a buscar a los primeros en la región del Magdalena medio colombiano, quienes luego de ser interceptados y detenidos por un grupo paramilitar fueron asesinados, descuartizados y luego sus restos arrojados a un caño afluente del río Magdalena. En este caso los familiares pusieron los hechos en conocimiento de las autoridades, pero 17 años después los procesos aún continuaban en trámite por lo que se procedió al condenar al Estado colombiano. En este fallo la Corte Interamericana afirmó que *“el artículo 8.1 en la Convención americana, en conexión con el artículo 25. 1 de la misma, confieren a los familiares de las víctimas del derecho a que la muerte de esta últimas sea efectivamente investigada por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido”*⁵⁷.

De la cita de la Corte Interamericana pueden inferirse los deberes correlativos de los Estados, en los siguientes términos: a) sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos y, b) investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos. Además, deberes como el de asegurar a las víctimas el acceso a un recurso judicial efectivo también fueron fijados por la Corte de la siguiente manera: *“no basta con la existencia formal de los recursos sino que estos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la convención. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares en caso dado, resulten ilusorios”*⁵⁸.

57 Corte IDH. Caso 19 comerciantes contra Colombia. Sentencia, julio 5 de 2004, serie C, No. 109, párrafo 187.

58 Corte IDH. Caso Ricardo Baena contra Panamá. Sentencia, febrero 2 de 2001, serie C, No. 72.

También, ha señalado la Corte el deber de respetar en todos los enjuiciamientos las reglas del debido proceso, conforme lo señaló en la sentencia de los 19 comerciantes: *“cuando la justicia militar asume competencias sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el que se encuentra a su vez íntimamente ligado con el derecho de acceso a la justicia”*⁵⁹.

Forma parte del derecho a la justicia, según la Corte, el deber de investigar de oficio y sin dilación, a través de una investigación seria, imparcial, efectiva, para la cual los Estados deben hacer uso de todos los medios legales que estén a su alcance e incluye a todas las instituciones del Estado. Esta obligación de investigar es una obligación de medio, no de resultados, lo que no significa que sea *“una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”*⁶⁰.

También forma parte este derecho que se haga la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables en un tiempo razonable, junto con los criterios de independencia e imparcialidad de los órganos judiciales y no judiciales competentes para la realización de la investigación previa al proceso judicial, realizada para determinar las circunstancias de una muerte y la existencia de suficientes indicios para interponer una acción penal. Sin el cumplimiento de estas exigencias, el Estado no podrá posteriormente ejercer de manera efectiva y eficiente su facultad acusatoria y los tribunales no podrán llevar a cabo el proceso judicial que este tipo de violaciones requiere.

Otro aspecto del derecho a la justicia es la restricción del uso de institutos jurídicos que puedan generar impunidad. Así que la posibilidad de otorgar amnistías, indultos y subrogados penales cuando se trate de favorecer con ellas a violadores de los derechos humanos está prohibida. En efecto, la Corte expresó que *“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsa-*

59 Corte IDH. Caso 19 comerciantes contra Colombia. Sentencia, julio 5 de 2004, serie C, No. 109, párrafo 167.

60 Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, *supra* nota 54, párr. 177. Cfr. también Caso del Penal Miguel Castro Castro, *supra* nota 6, párr. 255; Caso Ximenes Lopes, *supra* nota 13, párr. 148 y Caso de las Masacres de Ituango, *supra* nota 71, párr. 296.

*bilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumaria, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*⁶¹. En pocas palabras, amnistía, prescripción o excluyentes de responsabilidad penal impiden “conocer la verdad y de paso a afectan el derecho a la justicia de las víctimas, pues conducen a la indefensión y a la perpetuación del impunidad (...) ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y sus familiares a conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”⁶². Al compás de esta idea tenemos la restricción de limitar las garantías procesales del *non bis in ídem* y de la cosa juzgada. En materia de perdones es claro que sólo es posible acudir a ellos cuando es la única vía para hacer el tránsito hacia una democracia y al Estado de derecho. Ahora bien, los perdones no pueden cobijar crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o vulneraciones graves de los derechos humanos.

La Corte se ha ocupado en distintas sentencias de los problemas que se causan con las leyes de “amnistía”. La primera referencia fue en las sentencias *de los casos Castillo Páez y Loayza Tamayo*, juntas del año 1998. Posteriormente, lo hizo en el *caso barrios altos* de 2001, luego en el *caso Almonacid Arellano* en el año 2006. El criterio de la Corte Interamericana en esta materia es sintetizado en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en la sentencia del caso *la Cantuta contra Perú*, del 29 de noviembre de 2006, en los siguientes términos, que constituyen, en últimas, el estándar de la Corte sobre amnistías.

“a) la vigencia de los deberes de respeto y garantía establecidos en el artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), no obstante los obstáculos de derecho interno que pudieran desencaminar el debido cumplimiento de esas obligaciones asumidas por el Estado, en ejercicio de su soberanía, al constituirse como parte en la convención;

61 Corte IDH. *Caso Barrios Altos contra Perú*. Sentencia Marzo 21 de 2001, serie C, No 83, párrafo 41.

62 Corte IDH. *Ibidem*. párrafo 4.

- b) el consecuente destierro de la impunidad por delitos de suma gravedad –violaciones graves a los derechos humanos– que pudiera provenir de esos obstáculos; y
- c) el deber del Estado de introducir en su orden interno las medidas necesarias para alcanzar la vigencia de aquellos deberes y el destierro de esa impunidad, conforme a lo estipulado en el artículo 2º CADH⁶³.

La Corte, entonces, promueve que las penas dictadas en los procesos por violaciones de los derechos humanos deben ser proporcionales a los crímenes. En el caso de la Masacre de la Róchela expresó: *“En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la trasgresión debe ser proporcionada al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que hace poco el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos”*⁶⁴.

Como parte del derecho de acceso a la justicia, las víctimas pueden acudir ante instancias internacionales para la protección de sus derechos. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado “por eso, cuando los mecanismos nacionales de protección resultan ineficaces, los individuos pueden directamente acudir ante ciertas instancias internacionales –como el Comité de Derechos Humanos de la ONU o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– para que se examinen las eventuales violaciones a los derechos reconocidos por los pactos internacionales, sin que ello pueda ser considerado una intromisión en el dominio reservado de los Estados (C. Const. Colombiano, Sent. C-408/96, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero). Lo que tiene fundamento en el artículo 44 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En consecuencia, la Corte Interamericana actúa en contra de la impunidad entendida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, y condena de los responsables”⁶⁵.

63 Corte IDH. Caso La Cantuta contra Perú. Reparaciones. Sentencia 29 de noviembre de 2006, Voto Razonado, párrafo 3.

64 Corte IDH. Caso de la Masacre de La Róchela contra Colombia. Párrafo 196.

65 Corte IDH. Caso Mapiripán. Párrafo. 237.

1.3 Derecho a la reparación

El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito⁶⁶.

El derecho a obtener reparación abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima. La reparación además de ser individual, también puede ser colectiva. Ésta debe orientarse a la reconstrucción psicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia, y debe preverse de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.

El derecho a la reparación está dado a las víctimas, sus derechohabientes y a las colectividades para obtener el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la violación de los derechos. En principio el derecho a la reparación está comprendido en el artículo 63.1 de la Convención Americana que establece que cuando haya violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención se ordenará al Estado que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

La Corte no se limitó a una lectura economicista del daño, por el contrario, avanzó hacia otros aspectos como son la obligación por parte del Estado de actos simbólicos de reparación, de actos de rescate de la memoria y, en general, actos que restauren la dignidad de las víctimas. La Corte considera a la propia Sentencia como una forma de reparación. En reciente fallo la Corte expresó que la *“reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere la plena restitución (restitutio in integrum), siempre que sea posible la cual consiste en el restablecimiento de la*

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

situación anterior. De no ser posible, como ocurre en el presente caso, corresponde a este tribunal internacional ordenar que se adopten medidas para qué, además de garantizar el respeto a los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que las infracciones produjeren y se efectuó el pago de una indemnización como compensación por daños ocasionados. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso”⁶⁷.

La Corte, entonces, distingue entre la plena restitución y la reparación del daño ocasionado por la infracción de la obligación por parte del Estado. La plena restitución (*restitutio in integrum*) consiste en el restablecimiento a la situación anterior en que se encontraba la víctima, antes de la violación de sus derechos. No obstante, cuando la restitución no es posible se deberá garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones ocasionaron y señalar el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados⁶⁸. “Las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. No pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la sentencia”⁶⁹. Además, el Estado deberá tomar medidas para garantizar que no se repitan hechos similares.

Además, para que pueda predicarse el daño la Corte ha fijado una serie de requisitos, que de no satisfacerse no procede la reparación. En efecto, la reparación exige: a) que el daño sea realmente existente, por vía de presunción o por evidencia, b) que haya conexión o relación de causalidad entre el acto dañoso y las consecuencias derivadas por el mismo, y, finalmente, c) que las consecuencias causadas sean una forma de daños que no se repare con la cesación de las conductas violatorias del derecho⁷⁰.

67 Corte IDH. Caso Molina Theissen contra Guatemala. Reparaciones. Sentencia, julio 3 de 2004, serie C, No 108, párrafo 42.

68 Cfr. Caso Goiburú y otros, *supra* nota 1, párr. 142; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *supra* nota 97, párr. 117, y Caso Ximenes Lopes, *supra* nota 6, párr. 209.

69 Corte IDH. Caso Cantuta contra Perú. Reparaciones. Sentencia 29 de noviembre de 2006, párrafo 202.

70 Corte IDH. Caso 19 comerciantes contra Colombia. Sentencia Julio 5 de 2004, serie C, No 109,

El daño, ha señalado la Corte de manera constante, puede ser de orden material e inmaterial. El daño material está configurado por la pérdida de los ingresos de la víctima, los gastos realizados con ocasión de los hechos violatorios del derecho y los costos económicos que guarden un nexo directo con los hechos.⁷¹ El daño inmaterial dice la Corte comprende *“tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad, así como mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar que vuelvan a ocurrir violaciones de los derechos humanos”*⁷². En este punto es necesario recordar que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación⁷³.

Podemos afirmar, como consecuencia de las sentencias de la Corte, que el daño se da en tres ámbitos: el físico, el material y el moral. El daño físico se configura en virtud de lesiones físicas y mentales ocasionados por la infracción a los derechos de la víctima. El daño material lo divide en los tres componentes tradicionales, de un lado, el lucro cesante entendido *“como todo ingreso que la víctima no recibió como resultado de la violación, y generalmente se requiere la interrupción de salarios, honorarios y retribuciones”*⁷⁴. En este punto, es importante resaltar que la Corte presume que toda persona

párrafo 20.

71 Cfr. Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, No. 91, párr. 43. Cfr. también Caso La Cantuta, *supra* nota 8, párr. 213; Caso Goiburú y otros, *supra* nota 72, párr. 150; y Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *supra* nota 72, párr. 126.

72 Cfr. Caso “Instituto de Reeduación del Menor”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 295. Cfr. también Caso La Cantuta, *supra* nota 8, párr. 216; Caso del Penal Miguel Castro, *supra* nota 6, párr. 430; y Caso Vargas Areco, *supra* nota 13, párr. 149.

73 Cfr. Caso Suárez Rosero. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C, No. 44, párr. 72. Cfr. también Caso Bueno Alves, *supra* nota 8, párr. 203; Caso de la Masacre de La Rochela, *supra* nota 8, párr. 264; y Caso La Cantuta, *supra* nota 8, párr. 219.

74 Corte IDH. Caso 19 comerciantes contra Colombia. Sentencia Julio 5 de 2004, serie C, No 109, párrafo 31.

desaparecida es productiva al momento en que fue desaparecido, sin importar la mayoría de edad, y que el valor de esas labores es por lo menos similar al salario mínimo. El daño emergente *“corresponde a los gastos en que han tenido que incurrir las víctimas o sus familiares como resultado directo de la violación”*⁷⁵. De otro lado, el daño emergente está dado por los *“gastos en que han tenido que incurrir las víctimas o sus familiares como resultado directo de la violación”*⁷⁶. Finalmente, los gastos y costas que son *“los pagos o compromisos financieros generados en el acceso a la jurisdicción nacional o internacional”*⁷⁷.

La Corte ha diseñado otras formas de reparación que buscan la satisfacción del daño material, sin que tengan el nivel de retribuciones económicas a favor de las víctimas. Así mismo, se ha ocupado de las garantías de no repetición. Las denominadas medidas de satisfacción ordenadas por la Corte, son *“medidas de naturaleza simbólica o emblemática, que proveen reparación a la víctima, pero también tienen un impacto en su comunidad y entorno social”*⁷⁸. En ese sentido es ilustrativa la sentencia del caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz contra Perú, dictadas el 10 de julio de 2007.

Aquí, al Estado se le impuso, entre otras obligaciones, las siguientes: *“investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso, e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables”*⁷⁹ (...) *“Para satisfacer esta obligación el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que impidan la debida investigación de los hechos, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita dicha investigación y los procedimientos respectivos, a fin de evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de su obligación de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos cometidos el Estado no podrá aplicar leyes de amnistía, ni disposiciones de prescripción, ni otras excluyentes de responsabilidad que impidan investigar y sancionar a los responsables”*⁸⁰.

75 CIDH. *Ibidem*. Párrafo 31.

76 CIDH. *Ibidem*. Párrafo 35.

77 CIDH. *Ibidem*. Párrafo 39.

78 CIDH. Caso Palamara Iribarne contra Chile, Sentencia de noviembre 22 de 2005. Párrafo. 85.

79 CIDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz contra Perú, dictada el 10 de julio de 2007. Párrafo 188

80 CIDH. *Ibidem*. Párrafo 189.

La publicación de la sentencia y acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional es considerada una forma de reparación, por la vía del desagravio, y contribuye a evitar que hechos de la misma naturaleza se repitan. Este acto público debe ser presidido por las principales autoridades del Estado y acompañados por la víctima o sus familiares, para que cumpla la función real de desagravio.

La atención médica y psicológica es otra medida que ha tomado la Corte con el propósito de reparar los daños físicos y psicológicos. *“El tratamiento médico de salud física debe brindarse por personal e instituciones especializadas en la atención de los problemas de salud física y mental que presenten tales personas que aseguren que se proporcione el tratamiento más adecuado y efectivo. El tratamiento psicológico y/o psiquiátrico debe brindarse por personal e instituciones especializadas en la atención de víctimas de hechos de violencia como los ocurridos en el presente caso. Dicho tratamiento médico y psicológico deberá ser prestado por el tiempo que sea necesario, incluir el suministro de los medicamentos que se requieran, y tomar en consideración los padecimientos de cada uno de ellos después de una evaluación individual”*⁸¹.

La búsqueda y sepultura de los restos de las víctimas desaparecidas a cargo del Estado constituye una medida que procura la realización del duelo por parte de los familiares de la víctima, y que en la medida en que el duelo se lleva a cabo, la persona recobra su equilibrio emocional, y por ende constituye una verdadera medida de reparación. Se constituye, entonces, en el derecho de los familiares de conocer dónde se encuentran los restos mortales de éstas⁸². La entrega de los restos mortales a los familiares facilita “la restitución del vínculo entre los vivos y los muertos”, como dijo el juez Cançado Trindade, en el caso Molina Theissen contra Guatemala.

La educación en derechos humanos es otra obligación que la Corte ha impuesto a los Estados. En virtud de esta obligación el Estado debe implementar, en un plazo razonable, programas permanentes de educación en

81 Cfr. Caso de la Masacre de La Rochela, *supra* nota 8, párr. 302; Caso del Penal Miguel Castro Castro, *supra* nota 6, párr. 449; y Caso Vargas Areco, *supra* nota 6, párr. 160.

82 Cfr. Caso Goiburú y otros, *supra* nota 1, párr. 171; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, *supra* nota 3, párrs. 270-273, y Caso 19 Comerciantes, *supra* nota 110, párr. 265.

derechos humanos dirigidos a los miembros de aquellas instituciones que tuvieron algún grado de participación en la violación de los derechos⁸³. Este proceso educativo debe darse en todos los niveles jerárquicos de la institución, y tiene como finalidad garantizar adecuadamente el derecho a la vida y a la integridad de los miembros de la comunidad⁸⁴.

Las becas de estudio son otra forma de reparación que la Corte ha venido utilizando. Este mecanismo es procedente en aquellos casos en que la formación académica de la víctima o de sus familiares ha sido interrumpida con ocasión de la violación de sus derechos⁸⁵.

Entre las medidas de satisfacción también se encuentran el reconocimiento responsabilidad por parte del Estado señalado en el artículo 52.2 del reglamento de la Corte. Esta también la disculpa o solicitud de perdón, que fue pedido por Colombia en el caso de la masacre de Mapiripán. Otra medida de satisfacción es la publicidad a través de la cual se obliga al Estado a incluir algunos puntos resolutive de la Sentencia en que fue condenado, en su respectivo Diario Oficial. Tenemos, además, la conmemoración que busca preservar la memoria de las víctimas, es así como en el caso de la masacre de Mapiripán se ordenó al Estado construir en el plazo de un año *“un monumento apropiado y digno para recordar los hechos de la masacre”*. En síntesis, la Corte ha utilizado distintos mecanismos para hacer efectiva la reparación. Estas medidas incluyen la restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción general e individual, y garantías de no repetición.

3. Los derechos de las víctimas en el proceso penal

La Corte Constitucional ha reiterado⁸⁶ que los derechos de la víctima del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral se encuentran prote-

83 Corte I.D.H. Caso de la “Masacre de Mapiripán” contra Colombia. Reparaciones. Sentencia 15 de septiembre de 2005, Serie C, No. 134, puntos resolutive Nos. 12 y 13.

84 Corte I.D.H. Caso Cantuta contra Perú. Reparaciones. Sentencia 29 de noviembre de 2006, párrafo 239.

85 CIDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz contra Perú, Sentencia del 10 de julio de 2007. Párrafo 194.

86 Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007.

gidos en el sistema penal con tendencia acusatoria desarrollado por la Ley 906 de 2004, el ejercicio de sus derechos debe hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, en consecuencia, las víctimas podrán intervenir de manera especial a lo largo del proceso penal de acuerdo a las reglas previstas en dicha normatividad, interpretada a la luz de sus derechos constitucionales, así:

- En la etapa de investigación, en lo que tiene que ver con la práctica de pruebas anticipadas regulada en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que el numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004 era exequible en el entendido de que la víctima también podrá solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías.
- En la etapa de imputación, en cuanto a lo regulado en el artículo 289 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima podrá estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.
- En cuanto a la adopción de medidas de aseguramiento y de protección, en lo regulado por los artículos 306, 316 y 342 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, según el caso, a solicitar la medida correspondiente.
- En relación con el principio de oportunidad regulado en los artículos 324, y 327, la Corte Constitucional concluyó que se deberán valorar expresamente los derechos de las víctimas al dar aplicación a este principio por parte del fiscal, a fin de que éstas puedan controlar las razones que sirven de fundamento a la decisión del fiscal, así como controvertir la decisión judicial que se adopte al respecto.
- En materia de preclusión de la acción penal, en lo que atañe a la regulación prevista en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, la Corte concluyó que se debe permitir a la víctima allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.

- En cuanto a la etapa de acusación, en lo regulado por los artículos 337, 339 y 344 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para formular observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades. En consecuencia, declaró inexecutable la expresión “con fines únicos de información” contenida en el artículo 337 y executable el artículo 344 en el entendido de que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.
- En la etapa del juicio, la Corte Constitucional consideró que no era posible que la víctima interviniera para presentar una teoría del caso, diferente o contraria a la de la defensa. Habida cuenta de que en las etapas previas del proceso penal ésta ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente por parte del fiscal, en la etapa del juicio oral la víctima podrá ejercer sus derechos a través del fiscal, quien es el facultado para presentar una teoría del caso construida a lo largo de la investigación.

Dada la importancia que tiene para la víctima la posibilidad de que el fiscal le oiga, el juez deberá velar para que dicha comunicación sea efectiva, y cuando así lo solicite el fiscal del caso, decretar un receso para facilitar dicha comunicación con el abogado de la víctima, sin excluir su acceso directo al fiscal. En consecuencia, la Corte Constitucional declaró executivos los artículos 371, 378, 391, y 395 de la Ley 906 de 2004, en lo demandado y por el cargo analizado.

4. Tensión aparente entre derechos de la víctima y de los adolescentes en el proceso de responsabilidad penal para adolescente

Al inicio de este texto se destacó la existencia de una tensión entre los derechos de los y las adolescentes procesados y los derechos de las víctimas en el curso del proceso de responsabilidad penal para adolescentes. No obstante, dicha tensión solo es aparente, si se da aplicación

a los principios de justicia restaurativa, que se verán en la siguiente unidad, permite alcanzar al mismo tiempo la finalidad pedagógica de las sanciones impuestas a los adolescentes y la garantía de los derechos de las víctimas.

La modificación de los procesos de responsabilidad penal para adolescentes, prevén la resolución de esta tensión. En efecto, con el anterior Código del Menor –Decreto 2737 de 1989– el énfasis era el de *tutelar* al menor que delinquía, el objetivo era que la sociedad lo protegiera como un sujeto pasivo en condición irregular. Con la nueva ley, si bien se tienen en cuenta las condiciones particulares del joven y las condiciones de la conducta realizada, se enfatiza en que el o la adolescente es un *sujeto de derechos y obligaciones*, y por tanto existe la necesidad de que responda por el daño infringido a las víctimas, a través de medidas de carácter formativo, educador, pero también a través de las medidas de reparación a las víctimas⁸⁷. Todo lo cual conlleva a garantizar que las decisiones tomadas sopesen los derechos y necesidades tanto de los adolescentes infractores como de las víctimas.

87 Entrevista rendida por el presidente del Consejo Superior de la Judicatura, disponible en http://www.google.com.co/url?sa=t&source=web&cd=5&ved=0CCgQFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.ramajudicial.gov.co%2Fcsj_portal%2Fassets%2Faportes%2520prensa%2520penal%2520adolescentes%2520febrero%252027.doc&rct=j&q=proceso%20de%20responsabilidad%20penal%20para%20adolescentes&ei=71OSTNi4F4Gclgeb3P2lCg&usg=AFQjCNEmTGe5mA_u6tmLjRaYSbG1rmS6Gw&sig2=H9bd7E3FVKHWfivr2Sj_wg&cad=rja

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS**Actividad 1:**

Elabore un mapa conceptual sobre los derechos de la víctima.

Actividad 2:

Reflexione sobre las implicaciones prácticas de cada uno de los derechos de la víctima.

Actividad 3:

Escriba un pequeño ensayo, de máximo dos hojas, en el que señale las relaciones entre verdad, justicia y reparación.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

María Helena, quien tiene diez y seis años de edad, es una adolescente de origen campesino, fue víctima de un grupo de pandilleros, del barrio en el que vive, quienes al caer la tarde tomaron a María Helena y la obligaron a tener relaciones sexuales con varios de ellos. Como consecuencia del acceso carnal violento María Helena quedó en encinta. Cuando trascurría el quinto mes de embarazo María Helena acudió donde la partera del barrio a quien le comentó todo lo sucedido. La partera prometió ayudarle y procedió a realizar unas maniobras abortivas que terminaron perforando el útero de la gestante, lo que obligó a trasladarla a un centro hospitalario donde concluyeron las maniobras abortivas y procedieron a realizar las acciones médicas para detener la hemorragia y salvar la vida de María Helena.

La Fiscalía imputo a la adolescente el cargo de aborto, el cual fue aceptado por María Helena.

Preguntas:

De qué manera aplicaría usted como juez o jueza los principios de verdad, justicia y reparación al caso de María Helena.

J

JURISPRUDENCIA

Corte IDH. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú. Sentencia Julio 8 de 2004, serie C, No. 100.

Corte IDH. Caso 19 comerciantes contra Colombia. Sentencia, julio 5 de 2004, serie C, No.109.

Corte IDH. Caso Ricardo Baena contra Panamá. Sentencia, febrero 2 de 2001, serie C, No. 72.

Corte IDH. Caso La Cantuta contra Perú. Reparaciones. Sentencia 29 de noviembre de 2006.

Corte IDH. Caso Molina Theissen contra Guatemala. Reparaciones. Sentencia, julio 3 de 2004, serie C, No 108.

Corte IDH. Caso Palamara Iribarne contra Chile, Sentencia de noviembre 22 de 2005.

Unidad 4

JUSTICIA RESTAURATIVA

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Generar competencias para aplicar la justicia restaurativa

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Identificar las características de la justicia restaurativa.
- Dar una respuesta inmediata al delito de acuerdo con la justicia restaurativa.
- Verificar y actualizar el conocimiento de la justicia restaurativa que tiene el infractor o infractora para reincorporarlo a la comunidad con el fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito.

1. Justicia restaurativa

Un resultado de la justicia restaurativa es la culminación de un proceso en donde se haya dado la oportunidad de que las partes se expresen acerca de lo sucedido, se repare el daño causado, se restauren los vínculos de las personas con la comunidad. Por lo tanto, un resultado restaurativo comprende respuestas de arrepentimiento, perdón, restitución, responsabilización, rehabilitación y reinserción comunitaria, entre otros, que garanticen el restablecimiento de la dignidad de la víctima, su reparación y la restitución de los lazos existentes al interior de la comunidad, incluidos los lazos existentes entre la comunidad y quienes agredieron a la víctima, en el evento de que sigan perteneciendo a la comunidad.

La importancia de este tipo de procesos radica en que la falta no se concibe solo como una trasgresión de una norma, sino como un acontecimiento que afecta a la víctima, y repercute también en el agresor y en la comunidad. Esta decisión deberá ser autónoma e informada, de tal forma que la víctima tenga claro de qué se trata el proceso restaurativo, cuál es su objetivo, cuáles son los pasos del mismo, el rol que la víctima cumple en dicho proceso y cuáles son sus implicaciones. A la víctima deben serle ofrecidas alternativas, de manera flexible, para no exponerla a procesos en que no se siente dignamente tratada. Así mismo, la decisión del menor de llevar a cabo este proceso deberá ser expresa, sin perjuicio de que pueda cambiar de parecer.

1.1 Justicia retributiva y justicia restaurativa

La aplicación de la justicia restaurativa requiere que se conozcan y comprendan sus características y técnicas. Para lograr ese objetivo, esta unidad analiza que es la justicia restaurativa, como se encuentra la legislación colombiana sobre el punto y algunas de sus técnicas. De otro lado, esta unidad también explora las limitaciones y riesgos de la institución y de sus mecanismos operativos. Al final, la unidad también examina los valores que se fomentan con esta particular forma de justicia, como son el pluralismo jurídico, y la resolución pacífica de los conflictos y el fortalecimiento democrático de las comunidades.

Antes de entrar de empezar la investigación sobre los problemas citados nos vamos a acercar al tema con un caso hipotético construido a partir de un caso que nos presenta Louk Hulsman.

Pensemos en dos personas que dados sus problemas económicos tienen que compartir una habitación en una casa de inquilinato en Ciudad Bolívar, y una de esas personas, Juan escucha música a alto volumen. El otro habitante, Pedro molesto por la música, rompe la grabadora. Imaginemos ahora la respuesta de distintas autoridades ante los hechos denunciados: si interviene la Policía captura a Pedro, lo pone a disposición de un fiscal quien le imputa daño en cosa ajena, y como Pedro no tiene como reparar puede terminar condenado a prisión, que es la respuesta punitiva estatal tradicional.

Otra opción es pedirle a un tercero que proponga una solución y le consultan el caso que propone que Pedro debe pagar la grabadora, que es un modelo compensatorio. Otra es acudir a un centro de servicios sociales de Ciudad Bolívar y allí el caso lo atiende un psicólogo quien considera que Pedro tiene problemas y requiere tratamiento psicológico, es la respuesta terapéutica al problema. Sin embargo, si en el centro de servicios lo atiende un sociólogo éste considerará que es la forma de convivencia la que se encuentra equivocada, es lo que se conoce como modelo crítico reformista.

Si entramos a examinar con cuidado las distintas soluciones propuestas por las distintas instancias encontramos que la solución menos deseable es la primera, es decir, la punitiva estatal porque en ella Juan se queda sin la grabadora, Pedro puede terminar en prisión, y la convivencia y solidaridad que había surgido entre ellos, desaparece.

La adaptación del caso propuesto por Louk Hulsman sirve para presentar las distintas maneras como el Estado, a través del Derecho Penal, enfrenta las conductas desviadas que ha elevado a la categoría de delitos. En efecto, según Daniel Van Ness y Karen Heetderks⁸⁸ fue Albert Eglash⁸⁹ quien

88 Daniel W. Van Ness, Karen Heetderks. *Restoring Justice*. Ed. Anderson. Segunda Edición. 2002, p. 27.

89 Eglash, Albert. *Beyond Restitution: Creative Restitution*. In Joe Hudson and Buró Galaway, eds., *Restitution in Criminal Justice* (Lexington, MA: D.C. Heath, 1977), pp. 91, 92.

hizo la división entre tres tipos ideales de respuesta: la respuesta denominada justicia retributiva, que encuentra su base en el castigo proporcional a la infracción penal, luego la justicia distributiva que parte de la idea de un a tratamiento terapéutico del victimario, y, finalmente, la justicia restaurativa que se fija en la restitución y otorga un papel central a la víctima.

La respuesta retributiva está dada por la hipótesis de intervención de la policía que después de los trámites propios de un proceso penal deja a Pedro condenado, a su ex compañero de vivienda sin la grabadora, y ninguno de los dos puede seguirse prestando ayuda mutua para vivir, que es el hecho más grave, y que evidencia la ruptura del tejido social. La justicia distributiva esta ejemplarizada en la propuesta que hace el sicólogo en el centro de servicios que propone un tratamiento psicológico para Pedro y la respuesta del sociólogo a pesar de ser critica no logra modificar los distintos aspectos de la relación, sin desconocer que este momento crítico es clave para avanzar en posibles soluciones.

Sin embargo, aún existen otras opciones para avanzar en la solución del conflicto como es la justicia restaurativa. Howard Zehr propone para ella una definición que parte de los elementos que la constituyen y la manera como opera y afirma que la *“justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”*⁹⁰. La justicia restaurativa, entonces, es un proceso que se centra en el daño causado, no en la conducta como violación de una norma estatal, como si ocurre en el modelo de justicia retributiva tradicional del Derecho Penal, en el ejemplo sería en el daño a la grabadora de Juan. Además, en este proceso participarían activamente Pedro como agresor y Juan como víctima para determinar y reparar a futuro esos daños en lo posible, restableciendo, de paso la relación entre ellos.

Las diferencias entre la justicia retributiva tradicional del Derecho Penal y la justicia restaurativa se resumen en la siguiente figura:

90 Zehr Howard. El pequeño libro de la Justicia Restaurativa. Editorial Cood Books 2007. p. 45.

MODELO RETRIBUTIVO	MODELO RESTAURATIVO
El delito es la infracción a la norma penal del Estado.	El delito es la acción que causa daño a otra persona.
Se centra en el reproche, la culpabilidad, mirando al pasado, a lo que el delincuente hizo.	Se centra en la solución del problema, en la responsabilidad y obligaciones mirando al futuro.
Se parte de una relación de contrarios, de adversarios, que buscan someter y vencer al enemigo en un proceso normativo legal.	Se establece un diálogo y una negociación normativa que impone al delincuente una sanción restauradora.
El castigo es la consecuencia natural y dolorosa del delito que aspira a disuadir y a prevenir la recurrencia de la infracción. El delito se percibe como un conflicto (ataque) del individuo contra el Estado, con lo cual no se aprecia su dimensión interpersonal y conflictiva.	La solución del conflicto está en la reparación como un medio de ambas partes, víctima y delincuente. Tiene como meta la reconciliación. El delito se reconoce como un conflicto interpersonal. Se reconoce el valor del conflicto.
El daño que padece el sujeto pasivo del delito se compensa con otro daño al delincuente.	Se pretende lograr la restauración del daño social.
Se margina a la comunidad (y a las víctimas) y se la ubica abstractamente en el Estado.	La comunidad actúa como catalizador de un proceso restaurativo con miras a una paz futura.
Se promueve el talante competitivo y los valores individuales.	Se incentiva la reciprocidad y los valores de la comunidad.
La sanción es la reacción del Estado contra el delincuente. En el proceso se ignora a la víctima y el delincuente permanece pasivo.	Se reconoce el papel de la víctima y el papel del delincuente, tanto en el problema (delito) como en su solución. Se reconocen las necesidades y los derechos de la víctima. Se anima al delincuente a responsabilizarse.
El deber del delincuente es cumplir (sufrir) la pena.	Se define la responsabilidad del infractor como la comprensión del impacto de su acción y el compromiso de reparar el daño.
El delincuente no tiene responsabilidad en la solución del problema.	El infractor tiene responsabilidad en la solución del problema.
El delito se define a tenor de la formulación legal, sin tomar en consideración las dimensiones morales, sociales, económicas y políticas.	El delito se entiende en todo su contexto moral, social, económico y político.

El delincuente tiene una deuda con el Estado y la sociedad en abstracto.	Se reconoce a la víctima la deuda/responsabilidad.
El estigma del delito es imborrable.	El estigma del delito puede borrarse por la acción reparadora/restauradora.
No se fomenta el arrepentimiento, ni el perdón.	Se procura el arrepentimiento y el perdón.
La justicia está exclusivamente en manos de profesionales gubernamentales.	La respuesta al delito se crea desde los propios protagonistas.

Fuente: *Este cuadro ha sido tomado del texto *“Justicia restaurativa: un modelo para construir comunidad”* de Diana Brito y Jorge Ordóñez.

Las diferencias señaladas en el cuadro comparativo permiten ver las ventajas de la justicia restaurativa frente a la justicia retributiva. Esto no significa que pueda hacerse el tránsito mecánico y directo en todos los casos desde la justicia retributiva al modelo restaurativo. En efecto, las infracciones que realizan los aparatos organizados de poder, o la delincuencia organizada, o delincuentes profesionales requieren de una respuesta que no está al alcance de la justicia restaurativa, sin que por ello se pueda decir que la respuesta del modelo retributivo logra los efectos disuasorios que predica.

No obstante, la justicia restaurativa ofrece ventajas para manejo del conflicto en la medida en que se centra en el daño, requiere la participación de los afectados, restablece el lazo social entre agresor y víctima, respeta los valores locales siempre y cuando no vayan en sentido contrario a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, y la responsabilidad del infractor está dada por su participación en la solución del conflicto.

2. Justicia restaurativa y desarrollo moral

La justicia restaurativa puede ser enfocada desde la perspectiva del desarrollo moral de los individuos. Sea el caso hacer la mirada desde la teoría de las etapas morales formulada por Kohlberg, quien parte de la idea que el desarrollo moral ocurre en forma progresiva, mediante procesos que se dan por las fases preconvencional, convencional y posconvencional.

El método utilizado por Kohlberg para desarrollar su teoría estuvo fundamentado en la hipótesis de que es posible observar patrones de comportamiento idéntico o similar a partir de situaciones propuestas a un grupo o comunidad específica mediante dilemas morales. Lo hizo de esta manera con algunos niños en Chicago y posteriormente adaptó su metodología para aplicarla a un grupo de niños en una aldea de Taiwán.

La teoría del desarrollo moral se inicia en la etapa cero, en la cual se considera justo todo aquello que el individuo quiere y que le gusta al individuo, y su fundamento es que se quiere y que se gusta. Una vez superado este nivel premoral se presentan los niveles que se explican a continuación.

2.1 Nivel preconvencional

El primer nivel del desarrollo moral propuesto por Kohlberg es el *preconvencional*. Este se subdivide en dos estadios: (i) orientación a la obediencia y el castigo y (ii) orientación instrumental. En general, puede decirse que este nivel se caracteriza por evidenciar un control externo. Las acciones del niño están mediadas por condicionamientos externos negativos o positivos que pueden consistir en el castigo de sus padres o en las recompensas o beneficios recibidos derivados de sus relaciones con los demás. En este nivel el niño no tiene la capacidad de hacer apropiaciones conceptuales de valores, principios o reglas. De hecho la valoración de las reglas es irrelevante para el niño, dado que no ha desarrollado las estructuras conceptuales adecuadas que le permitan ponderar algún tipo de valor normativo y mucho menos un principio. *“Una persona se encuentra en él cuando enjuicia las cuestiones morales desde la perspectiva de sus propios intereses. En este sentido, la persona tiene por justo lo que le conviene egoístamente”*⁹¹. Kohlberg afirma que este el tipo de razonamiento que moral que acompaña a los niños o niñas, aunque muchos adolescentes aún se encuentran en esa fase, incluso adultos.

2.2 Nivel convencional

El segundo nivel es el *convencional* y se divide también en dos estadios: (i) orientación de concordancia interpersonal y (ii) orientación a la ley

91 Cortina, Adela. *El mundo de los valores*. Edit. El Búho. Bogotá. 2003, p. 59.

y al orden. Este nivel se caracteriza porque evidencia un abandono de la postura absolutamente egoísta individual, propia del nivel preconvencional y un avance hacia la identificación con un grupo o una comunidad que permite inferir que el niño ha reconocido lo bueno, correcto o adecuado como aquello que es aprobado desde afuera y por lo que a su vez son aprobadas o reprochadas sus acciones. Aunque permanece el control externo característico del primer nivel, la capacidad de identificar valores le permite al niño superar la etapa egoísta; lo que se explica, según Kohlberg por su grado de madurez.

Lo estereotipado y aceptado por la mayoría, así como el respeto por la autoridad y los valores convencionales, entre otros rasgos, se constituyen como lo más significativo de este nivel. Adela Cortina afirma que *“una persona en este nivel enfoca las cuestiones morales de acuerdo con las normas, expectativas e intereses que convienen al “orden social establecido”, porque le interesa ante todo ser aceptado por el grupo, y para ello ésta dispuesta a acatar sus costumbres”*⁹².

En consecuencia, la persona tiene una noción de lo justo que conforme a las reglas y usos de su sociedad. *“Por eso considera que es valioso en sí mismo desempeñar bien los “roles” o papeles sociales convencionales, es decir, adaptarse a lo que su sociedad considera bueno”*⁹³. Este tipo de pensamiento moral surge durante la adolescencia y es el dominante en la mayoría de los adultos, lo que significa que la persona se plegara al grupo social y se corre el riesgo de tener personas que actúan con base en los prejuicios sociales, actuando con intolerancia frente a quienes no se someten al rebaño.

2.3 Nivel posconvencional

El último de los niveles propuestos por Kohlberg es el *posconvencional*, dividido, como los dos anteriores en dos estadios: (i) orientación legal y (ii) orientación en principios. Caracterizado por la autonomía que hace posible dar el paso hacia una moral fundamentada en principios, este nivel sugiere un individuo capaz de autorregularse, inicialmente con

92 *Ibidem*, p. 60.

93 *Ibidem*.

respecto a acuerdos legítimos y luego, con relación a principios universales. La noción de lo justo que en los niveles anteriores estaba determinada por aspectos externos, ahora se encuentra mediada por el derecho y por la capacidad individual para actuar de acuerdo con principios. Estos últimos se identifican con los valores éticos universales incorporados a los derechos humanos. *“Esto significa que es capaz de reconocer principios morales universales en los que debería basarse una sociedad justa y con los que cualquier persona debería comprometerse para orientar el juicio y la acción. La medida de lo justo la dan los principios morales universales desde los cuales puede criticar las normas sociales”*⁹⁴.

El siguiente esquema resume la propuesta de Kohlberg, y se construye con base en los cuadros explicativos que elaboró Jürgen Habermas en su texto *“Conciencia moral y acción comunicativa”*⁹⁵.

Orden preconvencional	Etapa 1: El castigo y la obediencia	Lo justo es la obediencia ciega a las normas y a la autoridad; evitar el castigo y no causar daño material.	Las razones para hacer lo justo son evitar el castigo y el poder superior de las autoridades.
	Etapa 2: El propósito y el intercambio instrumentales individuales	Lo justo es seguir la norma cuando va en el interés inmediato de alguien. Lo justo es actuar en pro de los intereses y necesidades propios y dejar que los demás hagan lo mismo	La razón para hacer lo justo es satisfacer las necesidades e interés propios en un mundo en el que hay que reconocer que los demás también tienen intereses

⁹⁴ Cortina, Adela. *Ibidem*, p. 60.

⁹⁵ Habermas, Jürgen. *Conciencia Moral y acción comunicativa*. Trad. Ramón García Cotarello. Edit. Planeta. Barcelona. 1994, p. 145.

Orden convencional	Etapa 3 Expectativas, relaciones, conformidad interpersonal (mutualidad).	Lo justo es realizar una buena función; preocuparse por los demás y por sus sentimientos, respetar la lealtad y la confianza entre colaboradores y sentirse interesado por cumplir las normas y lo que de uno se espera.	Las razones para hacer lo justo son que se necesita ser bueno a los ojos propios y a los de los demás, preocuparse por los demás y por el hecho de que, si uno se pone en lugar de otro, uno quisiera también que los demás se portaran bien (regla de oro).
	Etapa 4: Sistema social y conciencia (ley y orden).	Lo justo es cumplir con el propio deber en la sociedad, mantener el orden social y contribuir al bienestar de la sociedad o del grupo.	Las razones para hacer lo justo son mantener el funcionamiento de las instituciones en su conjunto, el autorrespeto o la conciencia de cumplir las obligaciones que uno mismo ha admitido o las consecuencias.
Orden posconvencional	Etapa 5: Derechos previos y contrato social (utilidad).	Lo justo es respaldar los derechos, valores y pactos legales fundamentales de una sociedad, incluso cuando colinden con las normas y leyes concretas del grupo	Las razones para hacer lo justo, en general, son sentirse obligado a obedecer la ley porque uno ha establecido un pacto social para hacer y cumplir la ley, por el bien de todos y también para proteger los derechos propios, así como los derechos de los demás.
	Etapa 6: Principios éticos universales (autonomía).	Lo justo se guía por principios éticos universales. Las leyes concretas o los acuerdos sociales son válidos habitualmente porque descansan en tales principios.	La razón para hacer lo justo es que, en la condición de persona racional, uno ve la validez de los principios y se compromete con ellos.

Kohlberg afirma, de acuerdo con la descripción que hace del desarrollo moral, que en cada nivel se da o debe darse la apropiación de ciertos contenidos. Esta obedece al grado de madurez propio de cada estadio. Considera, además, que dados los niveles y sus estadios, la madurez consiste en el desarrollo de una mayor y mejor capacidad para comportarnos de acuerdo con determinados contenidos. Esto significa que el desarrollo moral del adolescente, que puede ser ubicado entre el segundo y tercer nivel, depende directamente de la apropiación de los contenidos que el joven se encuentre en capacidad de realizar. El éxito de una formación moral (aunque Kohlberg no crea mucho en ella) en el adolescente, se mide por la capacidad de apropiación conceptual lograda en el joven o si se quiere, por el grado de comprensión desarrollado en él durante su maduración; es decir, mientras transcurre el segundo y luego el tercer nivel.

En este punto es necesario introducir la crítica de Carol Gilligan quien sostiene que la teoría de Kohlberg es incompleta porque la conciencia moral requiere otro tipo de componentes aparte del de la justicia. Es así como la compasión y la responsabilidad aparece como elementos clave del pensamiento moral. La compasión nos mueve a ayudar a quienes requieren de nuestra ayuda, empezando por los más cercanos, y genera la solidaridad humana. De otro lado, *“la capacidad de responsabilizarnos de aquellos que nos están encomendados es un rasgo clave en la madurez del pensamiento moral”*⁹⁶.

2.4 La moral como base de la justicia restaurativa

El desarrollo moral del individuo le permite resolver de diversa manera los conflictos que tiene que enfrentar. Un sujeto con nivel cero de desarrollo moral considerara justo tomar todo lo que quiera y le guste y si ese objeto deseado pertenece a otra persona simplemente desconoce al otro y actúa con un móvil y justificación estrictamente egoísta. Una persona que se encuentra en una fase distinta considerará lo justo desde la fase de desarrollo en que se encuentra y por eso la solución que dará al conflicto será diferente al individuo que se encuentra en un nivel inferior o superior.

96 Cortina, Adela. *Ibidem*, p. 61.

En la medida que la persona avanza en su desarrollo moral significa que puede reconstruir y distinguir las estructuras anteriores, de tal manera que el desarrollo moral es comprendido como un aprendizaje que hace la persona. En consecuencia, las etapas del desarrollo moral constituyen unas secuencias invariables, irreversibles y consecutivas. Invariable en la medida en que las distintas fases no tienen como posible otras alternativas, es irreversible porque la persona que alcanza un determinado nivel no regresa a las fases anteriores y consecutivas porque ese orden de las etapas no es susceptible de salto alguno.

En este punto es que se puede comprender la relación entre justicia restaurativa y desarrollo moral. En efecto, la justicia restaurativa significa asumir lo justo a partir de la preocupación por los demás y por sus sentimientos, junto con el interés por cumplir las normas que permiten la cooperación social, y el sujeto infractor participa voluntariamente de esa cooperación (solución) que es el fundamento del lazo social.

3. Marco constitucional de la justicia restaurativa

La justicia restaurativa es una reacción a las limitaciones que tiene el sistema de justicia retributiva del Derecho Penal tradicional, que estructuralmente no puede restablecer la solidaridad social, pues sus sanciones lo que hacen es acentuar la ruptura social mediante la prisión, o la detención preventiva, sin que, además, la víctima reciba por ese hecho reparación o atenuación del daño causado a sus derechos. Lo cierto es que se procurado crear un mecanismo alternativo para la resolución de los conflictos como es la justicia restaurativa.

El sistema acusatorio penal creado el Acto Legislativo 03 de 2002, en su artículo 2º, modificadorio del artículo 250 de la Constitución Política, en su numeral séptimo señaló como una obligación de la Fiscalía General de la Nación *“velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”*.

Posteriormente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-979 del 26 de septiembre de 2005 hizo consideraciones que permiten precisar los rasgos y finalidades de la justicia restaurativa en Colombia. En efecto, dice la

Corte que en este modelo de respuesta a la criminalidad su finalidad *“Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica”*⁹⁷. Estos aspectos que destaca la Corte Constitucional permiten afirmar que el norte de la justicia penal ha sido modificado, pues la retribución, y teórica resocialización del infractor a la ley penal, dan paso, y de manera preferente, a los intereses de la víctima; además, la reincorporación del infractor ya no mediante la pena privativa de prisión, y trabaja por la paz social mediante estrategias distintas a la segregación social carcelaria.

Más adelante la Corte Constitucional destaca que la justicia retributiva no descansa en el pasado, como ocurre en el proceso penal tradicional, sino que tiene la mirada puesta en el futuro para que el agresor *“se enfrente con sus propios actos y sus consecuencias, adquiera conciencia acerca del daño que ocasionó, reconozca y asuma su responsabilidad e intente la reparación del agravio. En consecuencia, no es un enfoque basado en los merecimientos, sino en las necesidades emocionales, relacionales y reparatorias de las personas involucradas en el conflicto”*⁹⁸. El infractor deberá, entonces, en este proceso dirigir la mirada a la consecuencia de sus actos, el daño y a partir de este cara a cara que transforma al sujeto asumirá su responsabilidad. La responsabilidad, entonces es un producto no de la imposición de la sanción penal sino de la asunción de las consecuencias en el otro. La mirada de la víctima me transforma y me permite avanzar, al asumir las consecuencias, en la reparación del tejido social.

La Corte Constitucional destaca el carácter cooperativo de la justicia restaurativa en el momento en que expreso que el *“modelo de justicia restaurativa parte de la premisa de que el delito perjudica a las personas y las relaciones, y que el logro de la justicia demanda el mayor grado de subsanación posible del daño. Su enfoque es cooperativo en la medida que genera un espacio para que los sujetos invo-*

97 Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005. Consideración jurídica N° 42.

98 Ibídem. Consideración jurídica N° 43.

lucrados en el conflicto, se reúnan, compartan sus sentimientos, y elaboren un plan de reparación del daño causado que satisfaga intereses y necesidades recíprocos”.

En suma, la Corte Constitucional considera que la justicia restaurativa es una alternativa que permite superar las limitaciones del Derecho Penal tradicional y avanzar hacia un modelo de justicia centrado en la víctima, sus daños y el restablecimiento del tejido social.

4. Desarrollo legal de la justicia restaurativa

El Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, en el libro VI, regula la justicia restaurativa. En las disposiciones generales, artículo 518, la define como el “proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador”.

4.1 La conciliación

La legislación colombiana señala que los mecanismos de justicia restaurativa son la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación. La conciliación preprocesal es de carácter obligatorio y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido.

Es de anotar que si la diligencia se surte ante el fiscal citará al querellante y querellado a una diligencia de conciliación. En caso de que se logre un acuerdo el fiscal procederá a archivar las diligencias, si no se logra ese acuerdo, entonces, procederá a ejercer la acción penal correspondiente, pero las partes conservan la posibilidad de lograr un acuerdo mediante el mecanismo de la mediación. Ahora, si la conciliación se intenta en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido, entonces, el conciliador enviará copia del acta del acuerdo al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias, pero si la diligencia fracasa el conciliador así se lo hará saber al fiscal quien procederá a iniciar la acción penal correspondiente. El siguiente cuadro resume la normatividad colombiana sobre conciliación.

La conciliación⁹⁹

Definición	Mecanismo de resolución 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 <i>conciliador</i> .
Clases	<p>Preprocesal¹: opera para delitos querellables² como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal. La puede adelantar el fiscal delegado, un centro de conciliación o un conciliador reconocido como tal. Puede intentarse durante la indagación y hasta antes de formular la imputación.</p> <p>Procesal: procede en cualquier momento del proceso.</p>
Efectos	<p>Preprocesal: el fiscal debe ordenar el archivo de las diligencias.</p> <p>Procesal: el fiscal debe solicitar preclusión al juez de conocimiento.</p> <p>En ambos casos, el acta tiene efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.</p>
Requisitos	<p>El adolescente debe estar asistido por su representante legal.</p> <p>Se debe llevar a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan.</p> <p>El conciliador debe buscar la reconciliación con la víctima.</p> <p>Deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al adolescente, y con el consentimiento libre y voluntario de éste y la víctima y el delincuente.</p> <p>Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al momento de la conciliación.</p> <p>Los acuerdos se alcanzarán en forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.</p> <p>El imputado o acusado tiene derecho a que no se utilice en su contra el contenido de conversaciones tendientes a lograr un acuerdo, para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas, o en caso de acudir a un método alternativo, si no llega a perfeccionarse.</p> <p>Si hay acuerdo, el fiscal debe archivar las diligencias. En caso contrario, debe ejercitar la acción penal respectiva, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.</p>

⁹⁹ Sarmiento Santander, Gloria Lucía. *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Fiscalía General de la Nación. Bogotá. 2008.*

4.2 La mediación

La mediación, define la Ley 906 de 2004, “es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta”. El mismo texto legal señala que procede a partir de “la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa”. El siguiente cuadro resume el texto legal sobre mediación.

La mediación¹⁰⁰

Definición	Las partes con la ayuda de un tercero llamado <i>mediador</i> , buscan solucionar por sí mismas el conflicto.
Calidades del mediador	Puede ser cualquier persona habilitada para tales efectos por las partes. En los procesos de mediación adelantados institucionalmente se requiere ser ciudadano en ejercicio, líder comunitario y haber recibido capacitación al respecto.
Competencia	Que se trate de delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años
Efectos	Las actas registradas tienen efectos de cosa juzgada y excepcionalmente prestan mérito ejecutivo.

¹⁰⁰ Sarmiento Santander, Gloria Lucía. *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Fiscalía General de la Nación. Bogotá. 2008.*

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Actividad 1:

Elabore un mapa conceptual sobre justicia restaurativa y los mecanismos de la mediación y la conciliación.

Actividad 2:

Reflexione sobre las implicaciones prácticas del modelo de justicia retributiva y de justicia restaurativa.

Actividad 3:

Reflexione sobre las relaciones entre el desarrollo moral y los modelos de justicia retributiva y de justicia restaurativa.

J

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, sentencia C-975 de 2005

Corte Constitucional, sentencia C-979 de 2005

Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006

Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2007

Corte Constitucional, sentencia C-055 de 2010

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 17 de marzo de 2009, proceso 30978

Unidad 5

ANÁLISIS Y NEGOCIACIÓN DE CONFLICTO

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Aplicar estrategias de análisis y negociación del conflicto en casos de Derecho Penal.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Utilizar instrumentos formales para analizar el conflicto.
- Negociar el conflicto penal.

1. El conflicto y la negociación en asuntos penales

Coloquialmente el conflicto se ve como una situación que implica un problema, una dificultad y puede suscitar posteriores enfrentamientos, generalmente, entre dos partes o pueden ser más también, cuyos intereses, valores y pensamientos observan posiciones absolutamente disímiles y contrapuestas¹⁰¹. Sin embargo, el conflicto se define clásicamente como la contraposición de opciones mutuamente excluyentes. Esta contraposición de intereses puede ser entre varios intereses o entre varios actores, estas condiciones determinan la clase de conflicto que se tiene y permite su análisis, su gestión y en general el tipo o modelo de negociación que conviene para su gestión y las múltiples posibles soluciones del conflicto planteado.

En este aparte y a continuación mostraré de manera general y rápida algunas clasificaciones de conflicto útiles para su análisis, algunos modelos formales para análisis del conflicto y finalmente hablaré del regateo como modelo de negociación práctico para conflictos penales de baja intensidad.

2. Definición de conflicto

De acuerdo con los teóricos del conflicto todo conflicto puede representarse como un conjunto de dos o más hipotéticas situaciones o decisiones excluyentes entre sí, es decir, que no pueden darse simultáneamente¹⁰². De acuerdo con Ralf Darendorf, esta contraposición simultánea de intereses tiene dos elementos fundamental tres el primero hace referencia a los sujetos que se involucran en el conflicto, es decir los actores del conflicto, y a este lo llama elemento manifiesto; el segundo elemento hace referencia a la materia u objeto del conflicto, porque hay un enfrentamiento y a este lo llama el elemento latente. En esta sencilla pero potente definición permite que el conciliador o el gestor del conflicto pueda entender mejor cuál es el conflicto, qué tipo de conflicto es y cuál puede ser la mejor estrategia para abordarlo. En conciliaciones en la que los conflictos tiene naturaleza penal el reconocimiento de estos elementos y de los aspectos centrales de la justicia restaurativa, así como de los costos de oportunidad permitirán que en muchas ocasiones se consigan arreglos que sean más

101 <http://www.definicionabc.com/social/conflicto.php>, consultado junio de 2010.

102 <http://rferrari.wordpress.com/category/psicologia-positiva/.../21,consultado%20julio%202010>

interesantes para la víctima y para la sociedad que la simple pero costosa (para el Estado) pérdida de la libertad del agresor.

3. Clasificación del conflicto

La definición y clasificación del conflicto en general depende del enfoque que se le dé o de la disciplina en que nos apoyemos es así como para el psicoanálisis el conflicto surge de la prohibición enfrentado al deseo de los individuos, en tanto que para Darwin el conflicto surge por la lucha de sobrevivir o el instinto de supervivencia de los individuos. Para el tema que nos atañe podemos afirmar que en general los conflictos surgen en la sociedad por la escases de bienes a distribuir como riqueza, servicios públicos, servicios educativos y de salud, etc. En este sentido existen básicamente los conflictos pueden ser de tres clases:

3.1 Conflictos intrapersonales

Para algunos tratadistas la primera clase de conflicto es el intrapersonal que se identifica con un Estado al que accede un individuo cuando está motivado para dar dos o más respuestas mutuamente excluyentes o incompatibles¹⁰³. En palabras simples los seres humanos estamos en presencia de un conflicto interpersonal cuando tenemos que tomar una decisión sobre situaciones que se excluyen mutuamente. Ejemplo: me corto o no el pelo, estudio arquitectura o derecho; me caso o sigo soltero, etc.

Este tipo de conflicto es importante para el análisis por que en ocasiones es el detonante para otro tipo de conflictos, por lo que resulta relevante tanto para el análisis de dichos conflictos y su gestión.

3.2 Conflictos interpersonales

De acuerdo con algunos tratadistas el conflicto interpersonal se da cuando existe una tensión entre dos o más individuos y surge por la incompati-

103 Wochel, S. y Lundgren, S. *La naturaleza y resolución del conflicto*. En Grover y otros. *La mediación y sus contextos de aplicación; una introducción para profesionales e investigadores*, Mediación – Paidós. Barcelona, 1996, pp. 31-49.

bilidad entre las respuestas reales y las deseadas. En otras palabras el conflicto interpersonal surge por una divergencia de interés, preferencia, o posición sobre un tema específico entre dos o más individuos.

Este tipo de conflictos se causan en virtud de las relaciones interpersonales que se dan en todos los ámbitos sociales como la familia, la escuela, el trabajo, etc. En ocasiones este tipo de conflictos trasciende el ámbito en el que se desarrolla y afecta a la sociedad; es el caso de los conflictos que se convierten en contravenciones o delitos, es aquí donde el Estado debe intervenir para su gestión y solución. Sin embargo, el castigo al agresor en ocasiones no repara a la víctima y por el contrario puede ser causa de delitos más graves, es por esto que en virtud de un modelo de justicia restaurativa se da una negociación entre el agresor y la víctima para lograr un acuerdo sobre el resarcimiento del daño ocasionado. En este marco se desenvuelve la negociación que fiscales y jueces penales deben liderar.

3.3 Conflictos sociales

El conflicto se llamará social cuando procede de la estructura de las unidades sociales, en otras palabras no es entre individuos, es supra individual. Es decir, que el individuo no es el núcleo de análisis el núcleo de análisis es la unidad social que está involucrada en el conflicto. Para el mediador o conciliador este tipo de conflictos hace parte del contexto o del entorno en el que se desarrolla en conflicto materia de mediación o conciliación.

Para el derecho este tipo de conflictos ha sido fundamental para su desarrollo gracias a los conflictos sociales entre distintas unidades como pueden ser los partidos políticos se ha logrado el reconocimiento de derechos a sectores de la sociedad históricamente segregados como es el caso de la población nativa de América Latina; los afrodescendientes, las mujeres y más recientemente los homosexuales.

4. Modelos formales para análisis del conflicto

El estudio de los juegos ha inspirado a científicos de todos los tiempos para el desarrollo de teorías y modelos matemáticos que permiten el análisis de distintos fenómenos sociales o naturales; las interacciones sociales aparen-

temente distintas pueden, en realidad, presentar estructuras de incentivos similares y, por lo tanto, representar conjuntamente un mismo juego. En este sentido la Teoría de Juegos tiene por objetivo el análisis comportamientos estratégicos de los distintos actores sociales en distintas situaciones cotidianas, dejando de lado el análisis del azar o de los elementos aleatorios. En resumen la teoría de juegos analiza el comportamiento estratégico de los actores sociales (jugadores) en situaciones concretas (juego). Un comportamiento es estratégico cuando se adopta teniendo en cuenta la influencia conjunta sobre el resultado propio y ajeno de las decisiones propias y ajenas¹⁰⁴.

La teoría de juegos cuenta con varios modelos que resultan útiles para el análisis del conflicto aquí presento tres modelos interesantes para el análisis del conflicto.

4.1 Dilema del prisionero

La policía arresta a dos sospechosos por un delito pero no hay pruebas suficientes para condenarlos, a no ser que uno de los dos confiese. Tras haberlos separado, los visita a cada uno y les ofrece el mismo trato. Si ambos lo niegan, todo lo que podrán hacer será encerrarlos durante un mes por un cargo menor. Si ambos confiesan, ambos serán condenados a seis meses. Si uno confiesa y su cómplice no, el cómplice será condenado a la pena máxima de nueve meses, y quien confiese será liberado.

En este juego a situación los actores o jugadores (prisioneros) tienen básicamente dos estrategias que se pueden representar en una matriz de pagos, es decir, determinar las consecuencias de las estrategias de los jugadores. La estrategia “lealtad” consiste en permanecer en silencio y no proporcionar pruebas para acusar al compañero y llamaremos “traición” a la estrategia alternativa¹⁰⁵. Una matriz de pagos del dilema del prisionero sería como la siguiente:

104 <http://www.eumed.net/cursecon/juegos/index.htm> consultado en junio de 2010.

105 <http://www.eumed.net/cursecon/juegos/presos.htm> consultado en junio 2010.

		Jugador B	
		Cooperar	No Cooperar
Jugador A	Cooperar	1, 1	10, 0
	No Cooperar	0, 10	6, 6

Para el ejemplo, la estrategia cooperar resulta mucho más atractiva para el conjunto pero hay que sacrificar los intereses individuales, que en caso de no hacerlo pueden ser más gravosos para ambas partes. Este modelo resulta de gran utilidad para el análisis de los conflictos interpersonales en donde la ganancia de uno de los actores no representa la pérdida de otro y en donde hay involucrados más de una variable de negociación.

4.2 Dilema “Guerra de sexos”

La guerra de sexos es un excelente modelo formal para analizar conflictos en donde los actores tienen preferencias divergentes. Para el ejemplo clásico se usa una pareja (Juan – Antonia) que decide encontrarse ya sea en la ópera o en un partido de fútbol. Ambos jugadores prefieren pasar la velada juntos pero sus preferencias son divergentes mientras Antonia prefiere el boxeo y Juan prefiere ir a la ópera; esto se puede representar en una matriz de pagos en donde la escogencia este en orden de preferencia de los jugadores:

		Juan	
		Ópera	Boxeo
Antonia	Ópera	2/1	3/4
	Boxeo	4/3	1/2

Como se puede ver existen muchas situaciones en que los dos jugadores no pueden colmar sus expectativas de manera equivalente en cualquier caso alguno de los dos deberá ceder para poder compartir la velada y lo peor que puede ocurrir es que Juan elija boxeo y Antonia elija ópera, porque no satisfarán ninguna de sus expectativas; es decir, no irán donde más les gusta y adicionalmente no pasaran la velada juntos¹⁰⁶.

4.3 Dilema conflictos suma cero

El conflicto suma 0 se representa por dos jugadores que quieren el mismo objeto, en consecuencia la ganancia de uno representa la pérdida del otro, y por esto la suma es cero. Si la ganancia es 1, la pérdida será su equivalente, es decir, -1 y la suma cero.

$$1 + (-1) = 0$$

Este tipo de situaciones sólo se da en competición, la mayoría de los conflictos sociales o interpersonales difícilmente pueden ser modelados con esta herramienta; sin embargo, en este tipo, por lo general, puede ser importante de usar para mostrarles a los actores de un conflicto que puede llegar a ser una situación que suma 0 y perder mucho.

5. El regateo, una alternativa para la negociación de conflictos de pequeñas causas¹⁰⁷

Por lo general, las definiciones diccionario del verbo regatear hacen referencia a “1 Discutir el precio de una mercancía el comprador y el vendedor; especialmente el comprador para conseguir una rebaja: «No me gusta *regatear* en el mercado» 2 Dar de algo lo menos posible; tratar de ahorrar al conceder algo; escatimar: «Un apoyo que no se nos *ha regateado*», «Los toreros no *regatearon* esfuerzos y el festejo resultó redondo» 3. Querer rebajar los méritos o las cualidades de alguien: «No le *regateo* su inteligencia, pero le falta generosidad»”¹⁰⁸. Sin embargo, en negociación

106 Gibbons R. *Un primer curso de teoría de juegos*, Antoni Bosch – Editor, España, 2003.

107 *El aparte 4 está construido de acuerdo con Raiffa, H. El arte y la ciencia de la negociación*, Fondo de cultura económica, 1991.

108 <http://diccionario.sensagent.com/regatear/es-es/> consultado en junio de 2010.

el regateo se presente como el arte de saber negociar para llegar a un acuerdo beneficioso para las dos partes.

El regateo puede ser distributivo o integrativo, el primero hace referencia a que en la negociación se debate un sólo tema, como el dinero, y las partes tienen intereses casi estrictamente opuestos en lo que se refiere a ese tema y puede resumirse en que mientras más obtenga usted menos obtengo yo. Este tipo de regateo se da en situaciones de conflicto suma 0 o que puedo llevar a suma 0. Cuando hablamos de El regateo integrativo estamos hablando de situaciones donde existen más de dos factores de negociación, en este regateo pueden haber dos partes y múltiples temas a negociar. En estricto sentido las dos partes no son competidoras por que la ganancia de uno no representa necesariamente la pérdida del otro. En este tipo de regateo las partes pueden cooperar para agrandar el pastel a dividir, se pueden combinar temas como dinero, tiempo, condiciones, pago en especie, etc. En este regateo nos encontramos en lo que Fisher llama problemas de lado con lado¹⁰⁹.

El papel del tercero neutral es dirigir esta negociación que toma la forma de un regateo, es la persona que se encarga de que las partes pertinentes lleguen a la mesa de negociación y usará “los buenos oficios” para reunir a los contendientes; es un tercero imparcial que trata de ayudar a los negociadores en su esfuerzo por encontrar un acuerdo de avenencia. Su función es ayudar en el proceso, pero no tiene autoridad para solucionar el conflicto. Su propósito es llevar a los negociadores a determinar si existen avenencias que cada una de las partes preferiría no llegar a un acuerdo, a través de un proceso de negociación.

El regateo integrativo permite combinar varias variables en el proceso de negociación, para dirigir la negociación deberá tener en cuenta:

1. ¿Qué clase de conflicto se enfrenta?
2. ¿Qué modelo analítico permite analizar mejor el conflicto?

109 Ver Fisher R. y otros, *Si...! De acuerdo, como negociar sin ceder*, del proyecto de negociación de Harvard, Ed. Norma, 1985.

3. ¿Qué tipo de regateo es el adecuado para negociar el conflicto?

Una vez haya claridad sobre estos tres puntos el tercero neutral podrá gestionar la negociación, para lo que es necesario tener en cuenta:

- Determinar las variables que son materia de regateo.
- Cada una de las partes es monolítico, no deben convencer a nadie de ratificar el acuerdo.
- Las partes están interesados en la transacción.
- El factor tiempo puede o no ser una variable a tener en cuenta.
- Los actores son honorables.
- Puede haber terceras partes.
- Existe la posibilidad de que se suspendan las negociaciones o regresar al statu quo.
- Mostrar a las partes que el problema de decisión que él o ella encara lo puede desprestigiar si no llega al acuerdo.
- Hay que ayudar a cada parte para que determine su mejor opción de un acuerdo negociado (MOAN).
- Supongamos que las consecuencias del no acuerdo motivan a los actores a tener un umbral de lo que él necesita.

Finalmente, el mediador o tercero neutral debe determinar la zona de negociación es decir el espacio en el que los actores del conflicto pueden ceder en sus pretensiones sin que sientan que están siendo vulnerados en sus derechos. De lo que se trata es que el agresor repare a la víctima y esta sienta resarcido su derecho. La identificación y análisis del conflicto es básica para poder dirigir adecuadamente una negociación y tratar de que los actores

involucrados lleguen a acuerdos sostenibles en el tiempo, que les den la sensación de ser justos y que no violenten el ordenamiento jurídico.

6. Aplicación concreta

Lina Rodríguez trabaja en la empresa de acrílicos azules como auxiliar de servicios generales, para lo cual sirve los tintos en ese lugar y hace labores de mensajería por un salario de \$400.000 mensuales. Ella no firmó contrato, por lo que no le pagan las prestaciones sociales ni la afiliaron a la seguridad social en pensiones y salud. En vista de que se encuentra en muy difícil situación económica, todos los días pasa por la caja de la empresa y toma “prestado” sin que nadie se dé cuenta \$5.000 para los gastos diarios.

Un día, hubo cambio de jefe, quien desde el momento en que llegó le quitó las tareas propias de la mensajería y se las cambió por el aseo del lugar, pues consideró que una mujer no ofrece mayor seguridad al llevar papeles muy importantes y transportar dinero para el pago de los recibos en los bancos. Por el contrario, las tareas propias de la limpieza son desempeñadas perfectamente por las mujeres. El nuevo jefe consideró que por la facilidad con el que se cumplen las tareas asignadas a Lina, debe reducirse el salario a \$300.000 mensuales.

Al llegar a su casa muy triste por lo sucedido y con menor salario al que venía recibiendo, el esposo de Lina le pegó y le quitó los niños por no entregar la totalidad del salario y esconder una parte del mismo.

Golpeada y adolorida, Lina fue a la caja de la empresa y ahora tomó \$200.000, con los que pretendía entregar a su esposo para que le permita ver a los niños. Sin embargo, un compañero de trabajo vio lo sucedido y lo informó a las autoridades.

6.1 Análisis del conflicto

En primer lugar es necesario determinar que conflictos está involucrada:

Dadas las definiciones utilizadas y específicamente la de conflicto interpersonal da elementos para describir los siguientes conflictos:

- a) El conflicto laboral entre la empresa Acrílicos Azules y Lina Rodríguez, dado que le han violado sus derechos laborales, primero porque le pagan menos del salario mínimo, no le reconocen prestaciones sociales y le rebajaron a \$ 300.000 pesos.
- b) Hay otro conflicto es entre Lina y el padre de sus hijos hay un conflicto de violencia intrafamiliar.
- c) Hay un conflicto intrapersonal que es la sustracción continuada de dinero, que solo María sabe que lo ha hecho y que por lo tanto no es materia de negociación.
- d) Finalmente esta el conflicto que se ha puesto en conocimiento de las autoridades que es la sustracción de los 200.000 pesos.

En conclusión el conflicto que vamos a negociar es el último porque es un delito que se puso en conocimiento de las autoridades.

6.2 ¿Qué tipo de modelo analítico permite ver el conflicto?

El conflicto que se presenta entre la Empresa Acrílicos Azules y Lina en principio puede verse como un clásico conflicto suma 0, por los \$200.000 pesos que sustrajo María, sin embargo existen más variables; veamos algunas.

- e) Los \$ 200.000 no representan lo mismo para las partes, para Lina es la mitad de su sueldo, para la empresa es una suma menos.
- f) La empresa no ha sido legal con Lina, no sólo le rebajo el sueldo sino que sistemáticamente le viola sus derechos laborales.
- g) La empresa está abusando de Lina por su posición de dominio.
- h) María es víctima de violencia intrafamiliar.
- i) Este conflicto es consecuencia de otros conflictos preexistentes.

En conclusión aquí hay un dilema del prisionero con variables suma 0.

El entender el conflicto como dilema del prisionero permite al conciliador ver por que las partes deben cooperar entre ellas y porque les conviene no cooperar; en este conflicto la cooperación puede ser importante para las partes.

Es importante para que quien haga de conciliador haga ver a las partes:

1. A Lina

- a) que ella cometió un delito.
- b) que es víctima de abuso de su marido.
- c) que es mejor perder un poco que todo.
- d) que todas las acciones tiene consecuencias y que lo de los 5.000 no está bien.
- e) que tiene derechos frente a acrílicos azules.
- f) que no se puede hacer justicia por propia mano.

1. A la empresa

- a) que está abusando de una posición de dominio.
- b) que puede estar violando los derechos laborales no solo de Lina sino de los demás empleados.
- c) que las violaciones también pueden extenderse a los impuestos.
- d) que ellos provocaron a Lina.
- e) que Lina les puede demandar y ganar por los derechos laborales que le han violado.
- f) que Lina es una mujer golpeada.

g) que ella puede con trabajo legalmente pagado restituir el daño causado.

A partir de estas aclaraciones es posible hacer una matriz de pagos en la que se muestre a las partes por separado y conjuntamente que lo mejor para ellos es cooperar permitiéndole a Lina a pagar mediante descuentos mensuales y que ella conservé su trabajo.

		Lina	
		Cooperar	No Cooperar
Empresa	Coopera	Recibe el pago en cuotas /paga en cuotas	Recibe el pago en cuotas/ no paga se queda sin trabajo
	No Cooperar	Recibe el pago en cuotas /cárcel, pero demanda y gana por derechos laborales	No obtiene pago/va a la cárcel y puede perder la custodia de los hijos

El análisis que le haga el mediador a las partes permitirá que estas entiendan que a pesar de que la negociación es sólo del dinero que se ha sustraído tiene consecuencias en otras variables que no deben perderse de vista y que si hacen la negociación y cumplen con el acuerdo pueden solucionar los conflictos subyacentes.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Actividad 1:

Elabore un mapa conceptual sobre el análisis y negociación de conflicto

Actividad 2:

Reflexione sobre las implicaciones prácticas que tiene conocer los métodos de análisis y negociación de conflicto.

Actividad 3:

Describa una situación en que usted haya utilizado o haya visto utilizar la estrategia de regateo como alternativa para resolver un conflicto.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Caso: Padres responsables⁴

Felipe Arias, es un joven de 16 años de edad, que fue capturado por la Policía Nacional después de apoderarse de la suma de \$600.000 de la tienda de Carlos Solano a quien amenazó con un arma de fuego. El dinero no fue recuperado porque su compañero de andanzas logro fugarse con ese dinero. La Fiscalía le formulo formuló imputación por hurto calificado y agravado.

Carlos Solano con base en el *principio de corresponsabilidad*, solicitó y obtuvo del Juez de Control de Garantías, el embargo de los bienes muebles de Antonio Arias y Carlina de Arias, padres de Felipe Arias.

Antonio Arias afirma que sus bienes muebles son los únicos enseres con que cuenta, y que esos son sus únicos bienes, que sirven para satisfacer necesidades básicas de vivienda de sus otros dos hijos Fernando y Sandra Arias que tienen 12 y 14 años respectivamente.

1. Determine qué tipos de conflicto se presentan en el caso anterior.
2. Qué tipo de modelo analítico permite ver el conflicto.
3. El conciliador qué debe hacer para ver el conflicto.
4. Haga una matriz de pagos en la que muestre a las partes por separado y de manera conjunta que lo mejor para ellos es cooperar permitiéndole a Antonio Arias pagar mediante pagos mensuales.

B

BIBLIOGRAFÍA

———. *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño*. En: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Temis – Ediciones de Palma. Santafé de Bogotá–Buenos Aires, 1998.

ANGULO GONZÁLEZ, GUILLERMO. *La Justicia Restaurativa en el Nuevo Sistema Procesal Penal, Ley 906 de 2004*. Consejo Superior de la Judicatura – Universidad Nacional de Colombia – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2006.

ALEX, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios constitucionales. Madrid. 2006.

- APONTE, ALEJANDRO. *Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2004.
- ARIAS LÓPEZ, JUAN CARLOS. *Bloque de Constitucionalidad y Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Consejo Superior de la Judicatura – Universidad Militar Nueva Granada – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2010.
- ARIES, PHILIPPE. *Los niños y niñas y la vida familiar en el antiguo régimen*. Trad. Naty García Guadilla. Taurus, Madrid, 1987.
- BAÑOL BETANCUR, LAURA GERTRUDIS Y BAÑOL BETANCUR, ALEJANDRO AUGUSTO. *Justicia Restaurativa, una Dinámica Social*. Editorial Librería Jurídica Sánchez R., Medellín, 2005.
- BARATTA, ALESSANDRO. *Infancia y democracia. En Infancia, ley y democracia en América Latina*. Temis – De Palma, Buenos Aires, 1998.
- BARBOSA CASTILLO, GERARDO. *Principales Transformaciones del Derecho Procesal Penal: Un Análisis Estructural*. Consejo Superior de la Judicatura – Universidad Nacional de Colombia – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá, 2006.
- BAZZANI MONTTOYA, DARÍO. *El Principio de Oportunidad y la Terminación Anticipada del Proceso en el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Consejo Superior de la Judicatura – Universidad Nacional de Colombia – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá, 2006.

- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Derecho Penal del Niño–Adolescente (Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal Del Adolescente)*. Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago, 1992.
- CARBONNIER, JEAN. *Sociología Jurídica*. Colección de Ciencias Sociales. Tecnos, Madrid, 1977.
- CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ. *La Responsabilidad Penal de los Menores de Edad*. Leyer, Bogotá, 2006.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. *El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño*. En: <http://www.iin.oea.org/SIM/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf> [on line], 30 de junio de 2010.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO – FES – UNICEF. *Los derechos de la infancia y la adolescencia. Compilación de convenios, reglas y directrices de las Naciones Unidas y legislación colombiana*. Presencia, Santafé de Bogotá, 1995.
- DELGADO LLANO, LUIS FERNANDO. *Fundamento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Anexo del módulo: *instrumentos internacionales sobre derecho del niño*. Bogotá, 2008. En: <http://www.ramajudicialLeygov.co/csportal/assets/MÓDULO.doc>.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 20 ed. Real Academia de la Lengua, Madrid, 1984.
- DUCE, MAURICIO. *El proceso establecido en el proyecto de ley que crea un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal: avances y problemas*. En: *Revista de Derechos del Niño*, 2. UDP–UNICEF. Santiago, 2003.

- ESCALANTE BARRETO, ESTANISLAO Y ACUÑA VIZCAYA, JOSÉ FRANCISCO. *Alcance del Código de la Infancia y la Adolescencia*. Fundación Colombiana para la Población de Protección Prevalente (Funderechos). ICBF – OIM, Bogotá, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. 4 ed. Trotta, Madrid, 2000.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999.
- FORERO RAMÍREZ, JUAN CARLOS. *Aproximación al estudio del principio de oportunidad*. Universidad del Rosario – Editorial Ibáñez. Bogotá, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3 ed. Civitas, Madrid.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Temis–Ediciones de Palma. Santafé de Bogotá–Buenos Aires, 1998.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. *Infancia, ley y democracia: una cuestión de justifica. En Infancia, ley y democracia en América Latina*. Temis – De Palma, Buenos Aires, 1988.
- GARCÍA SAYÁN, DIEGO. *Protección de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas – Centro Editorial Universidad del Rosario. Lima, 1997. En:
- GIBBONS, R. Un primer curso de teoría de juegos. Antoni Bosch – Editor, España, 2003
- GÓMEZ DA COSTA, ANTONIO CARLOS. *Pedagogía y justicia*, En: *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Temis – Ediciones de Palma. Santafé de Bogotá–Buenos Aires, 1998.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *La oportunidad como principio fundante del proceso penal de la adolescencia*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2007.

GONZÁLEZ NAVARRO, ANTONIO LUIS. *La responsabilidad penal de los adolescentes (conforme con el Código de la Infancia y la Adolescencia)*. Leyer, Bogotá, 2007.

GONZÁLEZ NAVARRO, ANTONIO LUIS. *La responsabilidad civil en los sistemas penales (mixto y acusatorio)*. Leyer, Bogotá, 2006.

HABERMAS, JÜRGEN. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Trad. Ramón García Cotarello. Edit. Planeta. Barcelona. 1994.

JAIMES DE CASADIEGO, GLADYS. *Modelo pedagógico para la formación pedagógica del sistema de responsabilidad penal de adolescentes de funcionarios del ICBF*. Fundación Colombiana para la Población de Protección Prevalente. Funderechos, Bogotá, 2009.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. *Justicia restaurativa. Posibles respuestas para el delito cometido por personas menores de edad*. Capítulo IV. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.

LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA Y ARIAS HOLGUÍN, DIANA PATRICIA. *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación de la Pena*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa – Universidad Militar Nueva Granada – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2010.

MANRIQUE BERNAL, LUIS EDUARDO. *Sistema penal acusatorio*. Universidad Nacional – Fondo Rotatorio

del DAS – Academia Superior de Inteligencia y Seguridad Pública. Bogotá, 2006.

PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO. *Comentarios al Nuevo Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Doctrina y ley, Bogotá, 2006.

PAPALIA, DIANE Y WENDKOS OLDS, SALLY. *Psicología del desarrollo*. 7 ed. Mc Graw Hill, México, 1999.

PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO. *La perspectiva abolicionista*. Temis. Bogotá, 1989.

PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, 7. Dickinson, Madrid, 1997.

QUINCHE, MANUEL FERNANDO. *Manual de Derecho Constitucional Colombiano*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2010

QUIROZ MONSALVO, AROLD. *Manual Derecho de la Infancia y la Adolescencia*. Ediciones del Profesional, Bogotá, 2009.

RECASENS SICHES, LUIS. *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa, México, 1996.

RIVERA LLANO, ABELARDO. *La victimología ¿un problema victimológico?* Ediciones Jurídicas Radar, Santafé de Bogotá, 1997.

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO. *El interés del menor*. 2 ed. Dickinson, Madrid, 2007.

ROJAS BETANCOURT, DANILO. *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Consejo Superior de

la Judicatura – Universidad Nacional de Colombia – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2003.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA Y VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*. Editorial Gustavo Ibáñez – Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2006.

TEJEIRO LÓPEZ, CARLOS ENRIQUE. *Teoría general de la niñez y la adolescencia*. 2 ed. Universidad de los Andes – Facultad de Derecho. Bogotá, 2005.

UNICEF – COLOMBIA. *Convención sobre los Derechos de los Niños y las Niñas*. Bogotá, 2007.

UNICEF – COLOMBIA. Procuraduría General de la Nación. *La Infancia, la Adolescencia y el Ambiente Sano en los Planes de Desarrollo Departamentales y Municipales*. Bogotá, 2005.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO. *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Universidad Nacional de Colombia – Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, 2006.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO. *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa – Universidad Nacional de Colombia – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2006.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, CARLOS Y SERRANO TARRAGA, MARÍA DOLORES (EDIT.). *Derecho Penal Juvenil*. Dykinson, Madrid, 2005.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Tratado de derecho penal*. Parte General V. Ediar, Buenos Aires, 1983.

Sentencias Corte Constitucional

C-019 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón.

C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

C-578 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-191 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-817 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

C-647 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

C-839 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

C-228 de 2002; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Llynett.

C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

C-1068 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería.

C-004 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

C-203 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

C-423 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

C-425 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

C-095 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

C-740 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

C-879 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

C-1199 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

C-055 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

T-917 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

T-197 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencias Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Proceso 16.562, M.P. Carlos E. Mejía Escobar, septiembre 18 2001.

Proceso 22.920, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, diciembre 7 de 2005.

Proceso 29.542, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, mayo 28 de 2008.

Proceso 30.655, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, octubre 27 de 2008.

Proceso 29.484, M.P. Javier Zapata Ortiz, diciembre 16 de 2008.

Proceso 30.237, M.P. María del Rosario González de Lemos, febrero 19 de 2009.

Proceso 30.487, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, marzo 4 de 2009.

Proceso 30.645, M.P. María del Rosario González de Lemos, marzo 4 de 2009.

Proceso 30.978, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, marzo 17 de 2009.

Proceso 32004, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, octubre 21 de 2009.

Proceso 33510, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, julio 7 de 2010.

Documentos internacionales

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la ONU y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en New York, el 16 de diciembre de 1966 y aprobado por Colombia con la Ley 74 de 1968.

Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre 1969 y aprobada en Colombia con la Ley 16 de 1992.

Convención de Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, publicada el 28 de enero de ese mismo año.

Convención europea de Derechos Humanos, adoptada en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

Declaración Universal de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General en su Resolución 1386 (XIV), del 20 de noviembre de 1959.

Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Sociedad de Naciones el 26 de noviembre de 1924.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para *la Administración de la Justicia de Menores* (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre *las medidas no privativas de la libertad* (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

Reglas de las Naciones Unidas para *la Protección de los Menores Privados de Libertad* (Reglas de La Habana), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990.

Reglas de Brasilia sobre *Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia los días 4 a 6 marzo de 2008.

Directrices de las Naciones Unidas para *la Prevención de la Delincuencia Juvenil* (Directrices de Riad), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990.

Directrices de Acción sobre *el Niño en el Sistema de Justicia Penal* (Viena, 1997).

Directrices de Acción sobre *el Niño en el Sistema de Justicia Penal* (Resolución 1997/30 del 21 de julio de 1997 del Consejo Económico y Social de la ONU).

Principios Básicos sobre *la Utilización de Programas de Justicia Rehabilitadora en Materia Penal*. Resolución 2002/12 del 24 de julio de 2002 del Consejo Económico y Social de la ONU, anexo.

Resolución del Consejo de Europa sobre *Delincuencia Juvenil y Transformación Social* (Resolución 78 (62), del 29 de septiembre de 1978).

Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005 del Consejo Económico y Social de la ONU.

Resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social de la ONU sobre los *Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal*. Viena, 16 al 25 de noviembre de 2002.

Informe E/CN.15/2002/Add.1 del 7 de enero de 2002 de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Económico y Social de la ONU sobre *Justicia Restaurativa*.

Observación General del Comité de los Derechos del Niño de la ONU No. 10 de 2007 sobre *Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores*.

Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos del Niño*.

Ley de Justicia Especial para Adolescentes Infractores (Decreto 618/06), del Estado de Chihuahua en México. En <http://www.congresochihuahua.gob.mx/gestorbiblioteca/gestor-leyes/archivosLeyes/87.pdf>.

Junio de 2011

