

Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz



Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá



Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz

gtz



Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá

Publicado por:

Deutsche Gesellschaft für
Technische Zusammenarbeit (GTZ)
GmbH
Cooperación Técnica Alemana
ProFis
Carrera 13 No. 97-51, Oficina 302
Bogotá D.C., Colombia
Teléfono (+57)(+1)743 0499
Fax (+57)(+1)743 0499 202
co.profis@gtz.de
www.gtz.de/colombia

Bárbara Hess

Directora Agencia GTZ en Bogotá

Andreas Forer

Coordinador Proyecto ProFis

Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz**Coordinación del contenido:**

Claudia López Díaz

Coordinación Editorial:

Claudia López Díaz
Alejandro Guerrero Torres
Juan Pablo Cardona Chaves
Jorge Errandonea

Consultores:

Alier Eduardo Hernández Enríquez
Mauro Solarte Portilla
Carlos Alberto Atehortúa Ríos
Christian Hernández Guerrero
Juan Pablo Hinestrosa Vélez

Corrección de texto y estilo:

Pablo Elías González Monguí - paegon@hotmail.com / María Gladys Álvarez - elianediciones@hotmail.com

Diseño y Diagramación:

Diana Guayara V. - dianaguayara@gmail.com

Fotomecánica e impresión:

Alvi Impresores Ltda. - alvimpresores@yahoo.es

Imagen de la carátula:

El juego lúgubre, Salvador Dalí, 1929.

Primera edición

Bogotá, 2010

Impreso en Colombia / Printed in Colombia

ISBN 978-958-8438-46-7

Las opiniones expresadas en esta publicación representan la opinión de sus autores y no comprometen el criterio de ninguna institución.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida total o parcialmente, ni registrada en, o reproducida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma o por ningún otro medio, sea mecánico, foto-químico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o por cualquier otro medio, sin el permiso previo por escrito de los editores.

Contenido

	PÁG.
Presentación	11
Preámbulo	
El proceso penal de justicia y paz	13
Capítulo I	
De las víctimas	
1. El núcleo del concepto de víctima	21
2. La víctima y su relación con el daño	22
3. El concepto especial de víctima en la Ley 975 de 2005	23
3.1 La víctima es una persona	25
3.2 Que individual o colectivamente haya sufrido daños	28
3.3 Modalidades del daño en la definición de víctima	30
3.3.1 Lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad	30
3.3.2 Un sufrimiento emocional	31
3.3.3 Pérdida financiera o económica	32
3.3.4 Menoscabo de los derechos fundamentales	33
3.4 El daño debe originarse en hechos que representan trasgresión de la ley penal	33
3.5 Los daños deben ser ocasionados por Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML)	35
3.6 Otros requisitos legales para el reconocimiento de la condición de víctima en el proceso de justicia y paz	36
4. Clasificación de las víctimas	39
4.1 Víctima directa y víctima indirecta	40
4.2 Víctima individual y víctima colectiva	42
4.3 Víctimas con trato ordinario y víctimas especiales	44
4.3.1 Integrantes de la fuerza pública y su condición de víctimas	45
4.4 Víctimas determinadas e indeterminadas	46
5. Derechos de las víctimas en el proceso de justicia y paz	47
5.1 Derechos sustanciales de las víctimas	50
5.1.1 Derecho a la restitución	50
5.1.2 Derecho a la indemnización	50
5.1.3 Derecho a la rehabilitación	50
5.1.4 Derecho a la satisfacción o compensación moral y a la garantía de no repetición	51

	PÁG.	
6.	Divulgación de los derechos de las víctimas	52
6.1	Edictos emplazatorios a víctimas indeterminadas	53
6.2	Jornadas de atención a víctimas	53
7.	Acreditación de la condición de víctima	54
8.	Prueba de la condición de víctima	54
9.	Definición de víctima según la jurisprudencia internacional y los sistemas de justicia transicional	57 57
10.	Los grupos como víctimas en el Derecho Internacional	60
11.	Noción de víctima en el Derecho Internacional	66
Conclusiones		68

Capítulo II

El daño

1.	Concepto de daño	69
1.1	Daño y perjuicio	71
2.	Perjuicio individual. Características	75
2.1	Antijuridicidad del daño	77
2.2	Certeza del daño	81
2.3	Pérdida de oportunidad	83
2.4	Daño directo	88
3.	Presupuestos del daño en el contexto de la Ley 975 de 2005	88
4.	Clases y tipos de daños de acuerdo con la legislación nacional, en particular con la Ley 975 de 2005 y con la jurisprudencia colombiana	90
4.1	Clases de daños desde el punto de vista de la víctima	90
4.1.1	Daño individual	90
4.1.2	Daño colectivo	115
4.1.3	Valores jurídicos tutelados en los daños individuales y colectivos	128
4.1.4	Compatibilidad o incompatibilidad en la reclamación de daños individuales y colectivos	130
5.	Los daños reconocidos por la jurisprudencia internacional	131
5.1	Daño material	132
5.2	Daño inmaterial	132
5.3	Daño emergente	133
5.4	Pérdida de ingresos	134
5.5	Daño patrimonial familiar	134
5.6	Daño moral	135
5.7	Daño al proyecto de vida	135

	PÁG.	
5.8	Daño biológico, perjuicio fisiológico o daño físico	139
5.9	Alteración a las condiciones de existencia	143
6.	Otros tipos de daños y su improcedencia (daños punitivos)	146
	Conclusiones	149

Capítulo III Aspectos procesales

1.	Aspectos procesales relevantes (incidente de reparación integral)	153
1.1	Aspectos generales. Noción	153
1.2	Fines y alcances del incidente de reparación integral	156
2.	Competencias para tasación de daños individuales y colectivos	160
3.	Legitimados para intervenir en el incidente	161
4.	Prescripción y extinción de la acción	167
5.	Trámite del incidente de reparación integral	169
5.1	Solicitud y citación al incidente	169
5.2	Oportunidad para realizarlo	170
5.3	Causales de rechazo de la pretensión	175
5.4	Conciliación en relación con la pretensión	178
5.5	La carga de la prueba	180
5.6	El contenido de la reparación integral y su integración en la sentencia	181
5.7	Oportunidad para recurrir la decisión en relación con la reparación	183
	Conclusiones	184

Capítulo IV Régimen probatorio

1.	Principio de la necesidad de la prueba	187
2.	Lo que debe probarse	188
2.1	La condición de víctima	189
2.2	El daño causado	191
2.3	El nexo de causalidad (causales de exoneración)	191
3.	¿Existe presunción del perjuicio?	191
4.	Prueba oficiosa	197
5.	Presupuestos probatorios para la determinación del daño	199
6.	Oportunidad probatoria	200

	PÁG.
7. Contradicción de la prueba	201
8. Tipo de daño y su relación con la prueba	203
9. Crítica de la prueba	204
10. Relación entre la prueba y la sentencia	206
11. Forma de probar los daños reconocidos por la jurisprudencia internacional	206
11.1 Daño emergente	210
11.2 Pérdida de ingresos	211
11.3 Daño patrimonial familiar	212
11.4 Daño moral	212
Conclusiones	213

Capítulo V Reparación del daño

1. Reparación	215
1.1 El fundamento de la reparación	226
1.2 Reparación individual y colectiva	227
1.3 Reparación integral	227
1.4 Reparación individual	234
1.4.1 La reparación de los perjuicios materiales	234
1.4.2 Los perjuicios inmateriales	235
1.4.3 La pérdida de oportunidad	236
1.5 Modalidades de reparación	236
1.5.1 Restitución	237
1.5.2 Indemnización	239
1.5.3 Rehabilitación	241
1.5.4 Satisfacción o compensación moral	243
1.5.5 Garantía de no repetición	244
1.6 Reparación colectiva (violaciones masivas a derechos fundamentales)	245
1.7 Reparación simbólica	247
1.8 El obligado a reparar	247
1.8.1 El miembro de los GAOML condenado en el marco de la Ley 975 de 2005	248
1.8.2 Los miembros del grupo	251
1.8.3 El Estado	255
2. Sujetos responsables según la jurisprudencia internacional y los sistemas de justicia transicional	258
2.1 Responsabilidad internacional del Estado y de las personas: formas de imputación y atribución de responsabilidad	261
2.2 Obligación de respeto y garantía	264
2.3. La tasación del daño a nivel internacional y en los sistemas de justicia transicional	266
2.4 La reparación por violaciones masivas de los derechos fundamentales	267
2.5 La tasación en el Derecho Internacional	267

	PÁG.	
2.6	Lucro cesante o pérdida de ingresos	269
2.7	Daño emergente	271
2.8	Equidad, apreciación prudente de los daños y satisfacción equitativa como criterios de tasación	273
2.9	Aplicación de la equidad en las reparaciones del TEDH y de la Corte IDH	273
2.10	Ejemplos de la utilización de la equidad como forma de tasar el daño en la jurisprudencia de los tribunales internacionales	275
2.11	Reparación del daño individual y del daño colectivo en el contexto internacional	278
2.12	Deber de reparar	278
2.13	¿Qué incluye la reparación?	283
2.13.1	La restitución como forma de reparación a la luz de la jurisprudencia internacional y el derecho comparado en contextos de transición o de utilización de mecanismos de justicia transicional	286
2.13.2	La rehabilitación como forma de reparación a la luz de la jurisprudencia internacional y el derecho comparado	288
2.13.3	La satisfacción como forma de reparación a la luz de la jurisprudencia internacional y el derecho comparado	289
2.13.4	La garantía de no repetición, como forma de reparación a la luz de la jurisprudencia internacional y el derecho comparado	291
2.13.5	El derecho a la justicia como forma de reparación	293
2.13.6	El derecho a la verdad como forma de reparación	295
2.14	Las consecuencias de desconocer los estándares internacionales	299
3.	Los bienes	300
3.1	Fuentes de recursos destinadas a la reparación de las víctimas	300
3.2	Justificación para la existencia de distintas fuentes del FRV	302
3.3	Fuentes y rubros que integran el FRV	305
3.4	Bienes o recursos entregados por las personas o GAOML a que se refiere la Ley 975 de 2005	306
3.5	Bienes que sean producto de la actividad ilegal del GAOML, según se trate de desmovilizados colectivos o individuales	307
3.6	Bienes o recursos lícitos sobre los cuales se haya decretado medida cautelar o se entreguen para atender las reparaciones económicas decretadas mediante sentencia proferida por la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente, por parte de los desmovilizados del bloque o frente penalmente condenados o por los demás desmovilizados que pertenecían al mismo cuando haya lugar a que se configure responsabilidad civil solidaria, de conformidad con lo previsto en el Decreto 3391 de 2006	315
3.7	Bienes vinculados a investigaciones penales y acciones de extinción del derecho de dominio en curso al momento de la desmovilización siempre que la conducta se haya realizado con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley y con anterioridad a la vigencia de la Ley 975 de 2005	324
3.8	Recursos asignados en el Presupuesto General de la Nación	328
3.9	Donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras	328
3.10	Todos los frutos y rendimientos de los bienes provenientes de la administración de los mismos por parte del Estado	329
3.11	Los demás recursos que se le asignen a cualquier título	330

	PÁG.	
3.12	El orden de afectación de los rubros del FRV	330
3.13	Naturaleza del FRV y la naturaleza de los bienes y recursos que lo integran	334
3.14	Extinción de dominio	339
3.14.1	Los bienes objeto de extinción	339
3.14.2	Bienes entregados por los miembros o GAOML que son producto de la actividad ilegal	342
3.14.3	Bienes lícitos sobre los cuales han recaído medidas cautelares o que han sido entregados por los miembros del GAOML para atender las acciones de reparación decretadas mediante la sentencia	345
3.14.4	Causales de extinción de dominio	346
3.14.5	Procedimiento	350
4.	Tasación del perjuicio	354
5.	Cuantificación y cálculo de los perjuicios patrimoniales	361
5.1	Fórmulas para el cálculo del daño patrimonial pasado	365
5.2	Suma fija	368
5.3	Sumas periódicas	368
5.4	Fórmulas para el cálculo del daño patrimonial futuro	369
5.5	Mecánica de las fórmulas	370
5.6	Daño patrimonial de la víctima cuando ésta muere o sufrió lesiones	372
5.7	Daño patrimonial de personas distintas de la víctima cuando ésta muere	375
6.	Daño inmaterial	388
6.1	Daño moral	388
6.2	Daño a la vida de relación	391
	Conclusiones	392

Bibliografía

1.	Decretos y Leyes	399
2.	Legislación extranjera	400
3.	Informes, documentos, resoluciones e instrumentos internacionales	401
4.	Jurisprudencia internacional	405
4.1	Consejo de Europa- Tribunal Europeo de Derechos Humanos	405
4.2	Corte Interamericana de Derechos Humanos	408
4.3	Otras Cortes internacionales	413
5.	Jurisprudencia Nacional	415
5.1	Corte Constitucional	415
5.2	Corte Suprema de Justicia	417
5.2.1	Sala de Casación Penal	417
5.2.2	Sala de Casación Civil	420
5.3	Consejo de Estado	421
5.4	Tribunal Superior de Bogotá	424
6.	Documentos Institucionales	424
7.	Libros y artículos de revista	425

Presentación

En un país como Colombia, con altos índices de criminalidad y un conflicto interno latente, el juzgamiento de conductas violentas y delictivas resulta ser una tarea de alta complejidad. Sin embargo, yendo un poco más allá, es posible ver que el juzgar es sólo una parte del proceso puesto que también se debe pensar en reparar a quienes han sido víctimas de dichas acciones criminales, lo cual representa un reto mayor en tanto que se busca reparar lo que es irreparable.

Bajo esas dos premisas, el Proyecto ProFis financiado por el Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de la República Federal de Alemania y ejecutado por la Agencia de Cooperación Técnica Alemana –GTZ–, consideró oportuno y valioso acercar a los operadores jurídicos a los conceptos de daño y reparación manejados en el ámbito nacional e internacional. Por esta razón y con la finalidad de elaborar el primer texto jurídico sobre el tema, contratamos a cinco expertos en el área, doctores: Ariel Eduardo Hernández Enriquez, ex Consejero de Estado, Sección Tercera; Mauro Solarte Portilla, ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal; Carlos Alberto Atehortúa Ríos, Conjuer de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Director Académico del Instituto colombiano de Contratación Estatal y Servicios Públicos; Christian Hernández Guerrero, Profesor Universitario, experto en Derecho Administrativo, Financiero y Comercial, y Juan Pablo Hinestrosa Vélez, Profesor Universitario, experto en derecho internacional público.

El libro que hoy presentamos a los operadores jurídicos y a la comunidad académica en general está basado en el trabajo presentado por los consultores, el cual fue revisado y complementado por los integrantes de la línea jurídica del Proyecto: Jorge Errandonea, Alejandro Guerrero, Juan Pablo Cardona y Diego Andrés González, coordinados por la doctora Claudia López Díaz.

El libro está compuesto por cinco capítulos, a saber: en el primero, se establece claramente las personas naturales que pueden ser considerados víctimas individuales o colectivas dentro del proceso especial de Justicia y Paz, se señalan sus derechos, la forma como deben acreditarse dentro del proceso y las pruebas que pueden aportar para obtener

la reparación solicitada. El segundo capítulo trae las nociones fundamentales dentro de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional de lo que debe entenderse por daño indemnizable, su definición y características (antijurídico, cierto y directo). En tratándose del daño causado por la actuación de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley o de sus integrantes, podemos decir que existen dos clases de daño: individual y colectivo. El individual se subdivide en daños materiales e inmateriales. Los primeros, corresponden al daño emergente y al lucro cesante. Los segundos, al daño moral y al daño en la vida de relación. En cuanto al daño colectivo, entendido como la afectación a un derecho, un bien jurídico o un interés colectivo, se establecen las diferencias con el daño individual y plural. Los capítulos tercero y cuarto se refieren a los aspectos procesales y al régimen probatorio. En ellos se explica el procedimiento establecido por la Ley de Justicia y Paz que debe seguirse para llevar a cabo el incidente de reparación y la forma como debe probarse: el hecho generador del daño, el daño efectivamente causado y la relación de causalidad entre éste y aquel. Por último, tenemos el capítulo de la “Reparación del daño”, que inicia con los fundamentos y componentes de la reparación integral, se establecen los sujetos responsables de la reparación en Justicia y Paz, los bienes y fuentes que integran el Fondo de Reparación de Víctimas, el procedimiento para tasar el perjuicio estableciendo las fórmulas para el cálculo de los daños patrimoniales presentes y futuros, materiales e inmateriales. Cada capítulo cierra con unas conclusiones que resumen los principales temas tratados en cada capítulo.

Esperamos que este nuevo trabajo elaborado por el Proyecto que dirijo sea útil a los Fiscales, Magistrados, Procuradores, Víctimas, Defensores, Representantes de Víctimas y, en general, a todas las personas que trabajan en Justicia y Paz y que pueda utilizarse como herramienta jurídica en los próximos incidentes de reparación.

ANDREAS FORER
Coordinador Proyecto ProFis
Bogotá, agosto de 2010

Preámbulo

El proceso penal de justicia y paz

El proceso de Justicia y Paz, reglamentado en la Ley 975 de 25 de julio de 2005, y enmarcado dentro del concepto de justicia transicional¹, constituye una política

¹ El concepto de justicia transicional hace referencia a una decisión de política criminal según la cual, con el fin de cumplir propósitos superiores dentro de la finalidad de la existencia del Estado, como en este caso es la paz y la convivencia nacional, se hace necesario flexibilizar la justicia, la cual no desaparece sino que temporalmente toma una dimensión diferente, pero siempre manteniendo su núcleo esencial, pues ella no puede ser eliminada en forma absoluta y menos en el contexto de un Estado social de derecho. Se recurre entonces al principio según el cual los derechos y garantías de los ciudadanos, las comunidades y la sociedad no son absolutos y, en consecuencia, en un caso especial y después de hacer una ponderación, estos se limitan en forma razonable y proporcional con el fin de obtener la realización de otros valores que, desde la perspectiva de los individuos, la comunidad y el mismo Estado, tienen un valor que sin duda es apreciable. En relación con el contenido y alcance de la justicia transicional, en la Sentencia C-370 de 2006 la Corte Constitucional expresó lo siguiente: *“La comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar estos objetivos sociales de Paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social. La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado «justicia transicional» o «justicia de transición», pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción”*. Más adelante la Corte Constitucional señala que en todo caso la Ley de Justicia y Paz no está orientada a consagrar una amnistía o un indulto, y dijo al respecto: *“Se observa por la Corte que en ella no se dispone la extinción de la acción penal en relación con los delitos que puedan ser imputados a miembros de grupos armados que decidan acogerse a aquella, razón por la cual resulta claro que el Estado no decidió mediante esta ley olvidarse de las acciones delictuosas, por lo que en rigor jurídico-constitucional la afirmación según la cual dicha ley concede una amnistía, no es de recibo. Por lo que hace a la supuesta concesión de un indulto, tampoco se encuentra que*

criminal a través de la cual se busca que, individual o colectivamente, los miembros de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML)² abandonen las armas, se reincorporen a la vida civil, contribuyan positivamente al restablecimiento de la paz, y que tanto las víctimas como la sociedad, que han padecido su lenguaje de violencia y barbarie, obtengan una reparación integral, conozcan plenamente la verdad y obtengan pronta y cumplida justicia³. Dentro del proceso de justicia y paz no debe perderse de vista el componente “colectivo” que lo caracteriza, puesto que el mismo se origina en la actuación de los GAOML, esto es, el sujeto colectivo activo de la comisión de las conductas punibles que, más allá de una persona individualmente considerada, se radica en un grupo de personas que actúan como integrantes para la ejecución de los fines de verdaderas empresas criminales. Dentro de ese contexto, es

alguna de las normas contenidas en la ley acusada disponga que la pena con la cual culmine un proceso iniciado contra los miembros de grupos armados ilegales que decidan acogerse a esa ley una vez impuesta por sentencia judicial, deje de ejecutarse. Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el Código Penal, lo cierto es que, aun así, no desaparece la pena. Esta se impone, pero el procesado puede hacerse acreedor a un beneficio que podría reducirle la privación de la libertad por un tiempo, sin que ésta desaparezca. No se dan pues en el presente caso los presupuestos que definen la amnistía ni el indulto, y por tanto mal podía exigirse al Legislador que para la expedición de la ley acusada diera un trámite reservado a ese tipo de figuras jurídicas”.

² Tal como se deriva del texto del artículo 1° de la Ley 975 de 2005, se entiende por Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas organizaciones, de las que trata la Ley 782 de 2002; en el párrafo primero del artículo 8° de esta última Ley se prevé que: “De conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado al margen de la ley, aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”. En este contexto de la Ley es claro que al referirse a Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley, no se está haciendo alusión a simples bandas o grupos urbanos que se constituyen con el fin de cometer delitos comunes, sino de organizaciones armadas con capacidad operativa suficiente para realizar operaciones militares sostenidas y concertadas en áreas específicas del territorio. Se trata de grupos que han puesto en juego la paz nacional y la estabilidad del Estado en alguna parte del territorio nacional y, en consecuencia, requieren de un trato penal especial, diferente de aquél que se aplica a la delincuencia común en tiempos ordinarios.

³ La Ley 975 de 2005 tiene dos importantes limitantes en su aplicación que determinan su ámbito de aplicación: de un lado, debe tratarse de delitos cometidos por miembros de los GAOML, durante su pertenencia al grupo, en hechos que deben estar determinados por esa pertenencia, además de que, como grupo o como individuo integrante del mismo, deben cumplir con todos los requisitos que la Ley prevé. De otra parte, existe una importante restricción temporal, pues debe tratarse exclusivamente de conductas realizadas con anterioridad al 25 de julio de 2005, fecha en la cual fue promulgada en el Diario Oficial la Ley de Justicia y Paz. Lo anterior significa que si la conducta no se ejecutó por miembros del GAOML, o no se realizó durante el período en que pertenecieron al grupo, o se realizó con posterioridad a la vigencia de la Ley 975 de 2005, la misma, no obstante poderse ubicar dentro de las demás condiciones de la ley, no puede ser objeto de su aplicación; lo mismo puede afirmarse de conductas ocurridas al margen de los motivos de conformación del grupo o en las que se ha incurrido con posterioridad a la vigencia de la ley.

explícita la comisión del delito base de “*concierto para delinquir*”. Del otro costado, el sujeto pasivo de los ilícitos normalmente también se caracteriza por ese mismo componente “*colectivo*”, bien porque los delitos se cometieron frente a grupos de personas, caso en el cual se trata de víctimas plurales, o bien porque los mismos afectaron derechos, intereses o bienes de carácter colectivo. En la misma forma, los delitos cometidos no se corresponde con la comisión de conductas individuales o simples, sino que, por la propia manera de accionar de estos grupos, se caracteriza por la comisión de un concurso de delitos contra la víctima, por medio de los cuales se afectaron diferentes valores que son objeto de tutela jurídica.

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la **reparación judicial del daño**⁴, causado a las víctimas individuales y colectivas, dentro del contexto del proceso de Justicia y Paz, teniendo en cuenta que se trata de un proceso especial de carácter jurisdiccional, temporal, transicional y alternativo, motivado en la necesidad que tiene el país de avanzar en la búsqueda de la paz y la reconciliación nacional, permitiendo a las personas que integran los GAOML su reincorporación a la sociedad mediante

⁴ En general, en el proceso de Justicia y Paz la pena alternativa al victimario debe tener como presupuesto la reparación integral a las víctimas. En relación con las responsabilidades del condenado, el GAOML al que pertenece y del Estado la Corte Constitucional, en Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, expresó lo siguiente: “*Así, los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores. Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos. El Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización al que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes*”. No obstante lo anterior, tal como se ha afirmado, no puede dejarse de lado que en estos eventos se está en presencia de un proceso penal, en el cual lo determinante es el ejercicio de la función punitiva del Estado y, por ello, a pesar de la importancia de la reparación de la víctima, ésta puede considerar que su interés central en el proceso es obtener justicia y paz, y en consecuencia puede dejar de lado su derecho a ser reparada, siéndole dable obtenerlo ante otros jueces nacionales o internacionales o, incluso, renunciar definitivamente a su derecho. En este sentido la Corte Constitucional, en la Sentencia C-370 de 2006, al hacer referencia al precedente contenido en la Sentencia C-228 de 2002, expresó lo siguiente: “*En la sentencia C-228 de 2002, en la cual la Corte consolidó un replanteamiento de los derechos de las víctimas que ya se venía gestando en la jurisprudencia, señaló que la visión de la parte civil sólo interesada en la reparación económica, debe ser abandonada. La víctima de un delito o los perjudicados por éste tienen derecho a participar en el proceso penal no sólo para obtener el resarcimiento pecuniario, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. Incluso, puede intervenir con la única finalidad de buscar la verdad y la justicia, sin que se le pueda exigir demostrar un daño patrimonial o una pretensión de esta naturaleza, superando así una concepción precaria de los derechos de las víctimas limitada sólo a la reparación económica*”.

la imposición de penas “alternativas”⁵, menores a las penas ordinarias, a cambio de su colaboración con el proceso de Justicia y Paz, uno de cuyos objetivos fundamentales consiste en que las víctimas obtengan la satisfacción de sus derechos a la Verdad, la Justicia y la Reparación⁶.

En ese sentido, el adecuado cumplimiento de los fines propuestos y el desarrollo de la política criminal adoptada por Estado colombiano exige que la justicia transicional deba velar porque las víctimas y la sociedad obtengan la satisfacción del *Derecho a la Verdad*,

⁵ La pena alternativa, definida en el artículo 3º de la Ley de Justicia y Paz, entra a sustituir la pena ordinaria que debe quedar claramente establecida en la sentencia y que podría llegar a imponerse en caso de que el condenado pierda los beneficios de la pena alternativa, por no ajustar plenamente sus conductas a lo determinado por los jueces al imponer la condena, en especial por incurrir en la comisión de nuevos delitos. En relación con el alcance y contenido de la pena alternativa, la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006, expresó lo siguiente: “*En esencia, la alternatividad penal es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena ordinaria aplicable en virtud de las reglas generales del Código Penal, para que en lugar de cumplir esta pena ordinaria, el condenado cumpla una pena alternativa menor, de un mínimo de 5 años y de un máximo de 8 años. En la sentencia condenatoria, primero, se fija la pena ordinaria (la principal y las accesorias), y, segundo, se reemplaza dicha pena, cuya ejecución es suspendida por ministerio de la ley, por la pena alternativa de 5 a 8 años, entre otras determinaciones que han de tomarse en la sentencia. En el concepto de alternatividad penal adoptado en la Ley 975 de 2005 la pena ordinaria no desaparece, sino que es fijada en la sentencia. Lo que sucede es que el condenado que reúne los requisitos establecidos en dicha ley se beneficia con una pena alternativa inferior que también ha de ser fijada en la sentencia. Es esta pena alternativa la que efectivamente debe cumplir el condenado*”.

⁶ El establecimiento de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación ha sido fruto de un proceso de consolidación jurídica frente a las graves y masivas violaciones de los derechos humanos, que surgió como reacción a tales violaciones, para converger en una tríada o trípode cuya concreción debe ser observada por todos los Estados con base en las obligaciones consagradas en los instrumentos nacionales e internacionales, y en decisiones de las Cortes internacionales. Véase, entre otros: CIDH. *Informe sobre el proceso de desmovilización de las AUC en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.120 Doc. 60.; *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1. 26 febrero 1999. Consideración Final N° 2, CIDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4. Párrafo 174; Instituto Interamericano de Derechos Humanos-IIDH. Unión Europea. Fundación Social. MARÍA PAULA GÓMEZ MÉNDEZ y ALEXANDRA MONTOYA SALAMANCA. *Verdad, Justicia y Reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*. Guía Didáctica y *Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Versión Pedagógica; Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la promoción de los Derechos Humanos*, E/CN.4/Sub.2/1985/16/Ver.1; Informe del Relator Louis Joinet, *Principios para combatir la impunidad*, E/CN.4/Sub.2/1996/18; Naciones Unidas, *Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación*. Intervención del señor Michael Fruhling, director de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia. Bogotá, 16 de septiembre de 2003; *Promoción y Protección de los derechos humanos. Impunidad*. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1

⁷ Véase art. 7º de la Ley 975 de 2005. “**Derecho a la verdad**. La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada. Las investigaciones

esto es, el derecho que tienen las víctimas y la sociedad a conocer todo lo realmente sucedido, el origen y las causas de las actuaciones de los GAOML, sus estructuras y formas de actuar, los motivos que determinaron la comisión de los delitos que se les imputa, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se registraron los hechos que afectan a las víctimas o les han generado daño⁸.

Del mismo modo, las víctimas tienen *Derecho a la Justicia*⁹, es decir, a que el Estado adelante los procesos judiciales correspondientes, identifique los culpables y les imponga,

y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente. Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad”. Véase Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto, Rad. 27052, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón; Auto, Rad. 29472, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas y Auto, Rad. 28643, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, en donde se trata el derecho a la verdad frente a la extradición de postulados dentro del Proceso Especial de Justicia y Paz.

⁸ Las víctimas deben obtener la satisfacción de sus derechos a conocer la verdad real y que ésta se corresponda con la verdad procesal. Al respecto, en la Sentencia C-370 de 2006, la Corte Constitucional expresó: “*A este respecto, no sobra recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete autorizada de las disposiciones citadas, ha señalado reiteradamente el alcance del derecho a la verdad*”. Así, por ejemplo, en la Sentencia del 22 de noviembre de 2000 (Reparaciones), dijo esa Corporación: “Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió y saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los respectivos hechos. «[L]a investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad». Y más adelante señaló: “El derecho que toda persona tiene a la verdad, ha sido desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos, y, como sostuvo esta Corte en anteriores oportunidades, la posibilidad de los familiares de la víctima de conocer lo sucedido a ésta, y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo”. Véase también, entre otros, los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de julio de 1988 y Barrios Altos (fundamento 43), Sentencia de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia.

⁹ Véase art. 6° de la Ley 975 de 2005. “**Derecho a la justicia.** De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones. Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo”. Véase Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal, Auto, Rad. 29472, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. La Corte Suprema de Justicia realiza una ponderación entre el derecho a la justicia y los derechos de las víctimas, frente a la extradición de postulados en el Proceso Especial de Justicia y Paz, por ello se dijo que frente a las violaciones de los derechos humanos el Estado debe garantizar a las víctimas

a través de sentencia, las penas ordinarias a que son acreedores, penas que ceden ante el beneficio de la alternatividad que suspende la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización, como lo señala el artículo 3° de la Ley 975 de 2005, o Ley de Justicia y Paz (LJP).

De esos derechos, corresponde a este estudio el análisis detallado de sólo uno de ellos, la “*reparación del daño*”¹⁰, lo que implica detenerse, en el contexto del proceso de Justicia y Paz, en el examen de asuntos como: el daño individual, que no tiene connotaciones esencialmente distintas de las del daño resarcible en general; los daños colectivos, que afectan grupos sociales o colectividades, los mismos se perciben como un elemento novedoso en materia de reparación, pues el tipo de derechos, intereses o bienes tutelados exige consideraciones distintas de las propias del daño individual, con miras a las reparaciones que ordinariamente tiene confiadas la justicia penal; el daño resarcible, su definición y alcance, la diferencia entre los conceptos daño y perjuicio, los elementos estructurales del daño, las clases y tipos de daño, la reparación y la oportunidad procesal

un recurso efectivo que ofrezca resultados o respuestas adecuadas. Dicho en otros términos: sólo se hace justicia y se obtiene eficacia del recurso efectivo cuando quienes han sufrido la violación de los derechos humanos, quienes han sido víctimas de los delitos cometidos por los grupos paramilitares, o sus familiares, obtienen verdad, justicia y reparación.

¹⁰ Véase art. 8° de la Ley 975 de 2005. “**Derecho a la reparación.** El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, y las garantías de no repetición de las conductas. Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito. La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito. La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito. La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido. Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley”. “Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas. La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática. Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley”. Véase Ley 975 de 2005, art. 8°. Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa y otros; Sentencia C-575 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-719 de 2006, M.P.: Jaime Araújo Rentería y Sentencia C-080 de 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto, Rad. 27052, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón; Auto, Rad. 29240, M.P.: Javier Zapata Ortiz y Auto, Rad. 28040, M.P.: María del Rosario González de Lemos.

en que el daño debe alegarse, probarse y reconocerse en favor de las víctimas. Además trataremos sobre los temas comunes relacionados con las vertientes del daño material, específicamente el daño emergente y el lucro cesante, y de los perjuicios inmateriales, algunas de cuyas especies han sido reconocidas por la jurisprudencia nacional; en este análisis se ahondará en lo relativo (i) al daño de vida de relación y (ii) al daño consistente en la pérdida de oportunidad que se puede causar a las víctimas, temas que representan verdaderos avances en materia de daño resarcible.

El hilo conductor de todo este estudio está fundamentado en la cadena: víctima-daño-reparación, puesto que, dentro de la misma, resulta necesario acreditar la existencia de una víctima individual o colectiva a quien se le ha ocasionado un daño antijurídico, como consecuencia de la actividad de los miembros de un GAOML, para que el mismo le sea reparado.

Capítulo I

De las víctimas

1. El núcleo del concepto de víctima

En el análisis detallado del proceso de justicia y paz contenido en la Ley 975 de 2005¹, una de las primeras preguntas que deben absolver los funcionarios encargados de la aplicación de la Ley, en punto de la reparación del daño, es la relativa a la determinación de ¿A quién se debe reparar? La respuesta lógica a esta pregunta consiste en que se debe reparar a aquellas personas a quienes se les ha ocasionado el daño, esto es, a **las víctimas**. Eso explica porqué, en un estudio como éste, el primer capítulo esté dedicado a esclarecer cuál es el alcance del término víctima² en el contexto de la Ley, y cuál es la significación precisa que al mismo debe darse³.

En el proceso especial de justicia y paz el daño causado, sobre todo el daño inmaterial, adquiere una mayor intensidad del que normalmente pudiera tener, pues se trata de la comisión de numerosos delitos asociados entre sí, con los cuales se causa muertes individuales y colectivas, el desplazamientos de poblaciones, destrucción de bienes, desarraigo territorial, torturas, etc., todo lo cual, además, hace que la víctima deba ser reparada, no sólo en la persona individualmente considerada, sino además su grupo familiar y aún la colectividad a que ella pertenece; por eso, desde esta perspectiva, no solo existe una víctima individual, sino que también existe una víctima colectiva, que no necesariamente está condicionada por la afectación de varias personas o de bienes,

¹ “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.

² Según el Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 21ª ed., 1992, uno de los significados del término víctima es: “Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita”.

³ Lo anterior por cuanto el artículo 5º de la Ley incluye una definición de víctima, la cual debe ser preferida a otras, en los términos del artículo 28 del Código Civil, que debe tomarse en cuenta en la interpretación general de las Leyes y en el que se establece: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

pues la muerte de una sola persona o la destrucción de un solo bien puede afectar bienes jurídicos tutelados de carácter colectivo, que nos colocan en presencia de una “*víctima colectiva*”⁴.

2. La víctima y su relación con el daño

Para obtener la calificación de víctima dentro del proceso de justicia y paz debe tratarse de una persona que ha recibido un daño, pero el mismo no puede ser abstracto, general o indeterminado, sino que por el contrario debe poder precisarse con las características de real, concreto y específico⁵.

Aunque en la doctrina se discute si existe o no diferencia entre el daño y el perjuicio, en este caso, y en lo que atañe al daño individual, esa distinción en principio es útil, pues como método de trabajo judicial el operador jurídico simplifica su análisis para la determinación de la “*reparación*”, sí aplica el siguiente esquema de razonamiento en su actividad:

- La **víctima** es quien ha padecido el daño y en forma directa sufre los perjuicios.
- El daño ocasionado a la víctima es la causa de tres de sus derechos, núcleo de este asunto: verdad, justicia y reparación.
- El perjuicio es ocasionado por el daño, distinción que, se repite, es más clara en el caso del daño individual.
- Reparar implica compensar un perjuicio causado; en este contexto sin perjuicio no hay reparación, aunque el daño subsista. Por ejemplo, la muerte de una persona puede no haber generado perjuicios materiales como daño emergente o lucro cesante.
- La reparación que se ordena en la condena puede tener un contenido individual o colectivo, y puede ser patrimonial, moral o simbólica, pero siempre referida a la reparación del daño.

⁴ En la sentencia de la Corte Constitucional C-516 de 2007 se citó el documento E/CN.4/2005/L.48 de abril 13 de 2005, aprobado por la Comisión de Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, mediante Resolución 2005/35 de abril 19 de 2005, en donde se puede ver la noción de víctima de acuerdo con el derecho internacional, así mismo lo ha ratificado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto Rad. núm. 27484, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁵ En relación con las características del daño ver GONZÁLEZ MEDINA, DIEGO ANDRÉS. “Apuntes sobre la reparación judicial”. En: *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: GTZ, pp. 17 y ss. Véase también Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006 cuando dijo: “*Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que debe tenerse como víctima o perjudicado de un delito penal a la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó*”.

- Como la reparación es integral, la condena no debe limitarse a la indemnización pecuniaria, sino que debe referirse a todos los componentes de la reparación (derechos de la víctima).
- Los daños individuales o colectivos de que ha sido objeto la víctima determinan el contenido de las reparaciones que deben hacerse en la condena.
- La reparación integral implica restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición.
- Además de lograr la **Reparación**, la condena está en procura de que la víctima obtenga en la sentencia **Verdad y Justicia**.

Así las cosas, la víctima constituye uno de los principios sobre el que se edifica el razonamiento jurídico que culmina con la reparación; si no hay víctima el razonamiento jurídico pierde sentido, pues no hay reparación, y si no hay daño no existe víctima; pero puede existir daño y no existir el perjuicio o no existir interés o posibilidad de que el mismo sea reparado, caso en el cual deben quedar a salvo otros intereses de la víctima como son los derechos a la justicia y a la verdad⁶.

3. El concepto especial de víctima en la Ley 975 de 2005

En la Ley de Justicia y Paz la víctima adquiere una cualificación que se cumple cuando se presentan las circunstancias previstas en el artículo 5º, interpretada en los términos que lo han hecho la doctrina constitucional y en el contexto del bloque de constitucionalidad.

Tradicionalmente se ha considerado a la **víctima** como la persona que sufre un menoscabo en su integridad física, psicológica, mental, moral, patrimonial o en el ejercicio de sus derechos individuales o colectivos en virtud de los actos o los hechos de otros; en otros términos, víctima es la persona que sufre un daño o un perjuicio causado por otro.

Desde esta perspectiva la víctima puede serlo sin que exista la comisión de un hecho punible y ni siquiera sin que exista culpa o dolo de quien le ocasiona el daño, y aún, en algunos eventos, el daño y los perjuicios se ocasionan por culpa o en concurrencia de culpas de la víctima sin que por ese hecho no deba hablarse o utilizarse el concepto de “*víctima*”, lo que relativiza dentro de la definición la existencia de “*otro*”, pues entonces podrá afirmarse que víctima es quien sufre el daño o perjuicio.

⁶ No debe perderse de vista que, en términos amplios, la verdad y la justicia son formas de reparación.

Cuando el menoscabo o daño que se ocasiona a la víctima se origina en una conducta que la ley penal tiene sancionada el concepto adquiere una primera calificación, y es la de víctima del delito; pero si además se dan las circunstancias a que hace referencia la Ley 975 de 2005, la víctima no solo deriva su condición de la comisión de un delito, sino que adquiere connotaciones propias para los efectos específicos del proceso de Justicia y Paz.

En adelante, en este escrito, las referencias que se hacen a la víctima o a las víctimas no corresponden a una alusión general o abstracta al término, y ni siquiera al concepto de víctima en materia penal, sino que debe entenderse por tal a la víctima dentro del contexto de la Ley 975 de 2005.

En efecto, el inciso primero del artículo 5° de la Ley 975, define a la víctima como:

(...) la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

En términos generales, la definición de víctima para los efectos del proceso de Justicia y Paz nos plantea la existencia de tres elementos esenciales, a saber:

- Debe tratarse de una persona que individual o colectivamente ha sufrido un daño.
- El daño debe ser consecuencia directa de acciones que hayan transgredido la legislación penal.
- Las acciones delictivas deben haber sido realizadas por miembros o grupos armados organizados al margen de la ley, durante y con ocasión a su pertenencia a ese GAOML, es decir, la persona que ocasiona el daño o el grupo al que ella pertenece hace parte de un proceso de reincorporación a la vida civil. Así las cosas, el miembro del GAOML, se desmovilizó individual o colectivamente y fue postulado por el Gobierno Nacional para ser beneficiario de la Ley de Justicia y Paz.

A los tres anteriores requisitos necesariamente debe añadirse un cuarto, que se deriva de la ley, y es que la víctima debe acreditarse dentro del proceso de Justicia y Paz y demostrar en el incidente de reparación los daños sufridos como consecuencia del actuar delictivo de uno o varios miembros del GAOML que se desmovilizó y fue postulado por el Ministro del Interior y de Justicia.

Los mencionados son los elementos estructurales que permiten saber si se está o no en presencia de una víctima, que debe ser reparada en el contexto concreto de la LJP;

esto equivale a decir que: (i) hay víctimas de hechos delictuosos que quedan al margen de dicha ley y, por consiguiente, de este proceso⁷; (ii) hay víctimas de actividades de los GAOML que, igualmente, se deben excluir, a) porque las actividades concretas causantes del daño no son constitutivas de delitos, b) porque los autores (grupos o miembros de ellos) no están dentro de los procesos de reincorporación a que alude la ley, c) porque, pese a tratarse de conductas delictivas, las mismas se cumplieron en épocas distintas a las previstas por la LJP (hasta el 25 de julio de 2005), o d) porque, a pesar de cumplirse todos los requisitos señalados, la víctima prefiere reclamar el daño en otro proceso civil o administrativo.

Con el fin de precisar cada uno de los términos que integran la definición legal de víctima, se intentará hacer la exégesis de la definición contenida en el artículo 5° de la Ley 975 de 2005, sin que ello implique desconocer que, por los fines que la ley persigue, es mucho más adecuado recurrir en la hermenéutica a métodos como el teleológico, al cual se acudirá en los casos que se encuentre que el texto de la ley no es claro, o que el tenor literal de las normas requiere que se indague sobre el verdadero alcance de la ley al momento de aplicarla.

3.1 La víctima es una persona

En el contexto de la ley todo ser humano, con independencia de su edad, sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, puede constituirse en víctima, pues la palabra personas debe entenderse sin condicionamientos diferentes a los de que se trata de un ser humano, al que debe darse tratamiento igualitario frente a otros seres del mismo género.

Surgiría la pregunta si tratándose de la expresión “*persona*”, este término incluye exclusivamente a los seres humanos o si, por el contrario, en el mismo habría necesidad de incluir a las personas jurídicas; para absolver la cuestión es útil acudir a los fines de la

⁷ En relación con eventos de víctimas que quedan excluidas del proceso de justicia y paz en el numeral 24 de la recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa, la Comisión Nacional de Reparación y reconciliación, dice: “*En consecuencia, los criterios del presente documento no se aplicarán a las siguientes víctimas, puesto que no son de la competencia de las autoridades judiciales establecidas en la Ley 975 de 2005:*

- *“Las víctimas afectadas por cualquier delito o por actos de un miembro de un GAOML no desmovilizado.*
- *“Las víctimas afectadas por delitos cometidos por acción u omisión de servidores públicos.*
- *“Las víctimas afectadas por un desmovilizado individual o colectivo beneficiario de las leyes 418 de 1997 y 782 de 2002 (de amnistía impropia o indulto).*
- *“Las víctimas afectadas por los actos de un desmovilizado individual o colectivo a quien no se le apliquen los beneficios de la Ley 418 de 1997 y la Ley 782 de 2002, por la naturaleza de la conducta, y tampoco los de la Ley 975 de 2005 por no estar incluido en las listas que el Gobierno Nacional remite a consideración de la Fiscalía.”*

ley y a los criterios de interpretación de la misma, pues si la Ley de Justicia y Paz se expide en un entorno en el cual se pretende establecer una justicia transicional para sancionar la violación masiva de derechos humanos, es precisamente en el entorno de este tipo de derechos dentro de los cuales debe hacerse la interpretación que nos conduce a establecer el exacto alcance de la expresión, restringiéndola sólo a las personas naturales que son quienes individual o colectivamente gozan de este tipo de derechos.

Una primera consideración que debe hacerse es que si la exégesis de la ley se hace dentro del contexto de la política criminal que le sirve de fundamento, el concepto de “*persona*” que se incluye en el texto legal quedaría reducida a los seres humanos, pues la ley está dirigida a la protección de “derechos humanos”, y este tipo de derechos es propio de las personas naturales, lo cual significaría la exclusión de las personas jurídicas como víctimas con posibilidades de comparecer al proceso de justicia y paz así como, en general, de los centros de imputación jurídica de carácter colectivo. Lo anterior, sin embargo, no implica la inexistencia de derechos colectivos de las personas y la existencia de víctimas y daños colectivos, que corresponden a un concepto diferente al de persona jurídica, como se advertirá más adelante.

Lo que no está en duda en el contexto de la Ley 975 de 2005 es la existencia de víctimas colectivas, a las cuales se ocasiona un daño colectivo y deben ser reparadas conforme a la ley, pero se trata de una institución muy diferente a la de “*persona jurídica*”, pues mientras a la víctima colectiva lo que la caracteriza es el tipo de interés o derecho que se radica a favor de una colectividad, la persona jurídica en realidad es una persona individual que se constituye por varias personas naturales que crean un nuevo centro de imputación jurídica, como es el caso de una sociedad.

En relación con la inclusión de víctimas colectivas como grupos de personas o colectividades, la Corte Constitucional en la Sentencia C-575 de 2006, expresó lo siguiente:

(...) ha de recordarse que el primer inciso del artículo 5 que contiene la definición de víctima señala que “Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

En este sentido nada impide entender que cuando la ley se refiere a la víctima o a las víctimas está haciendo igualmente mención a quienes colectivamente han sufrido un daño, y en este sentido a grupos o comunidades que han sido afectadas por hechos delictivos cometidos por las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley a los que alude la Ley (negrillas fuera del texto).

El párrafo transcrito pudiera interpretarse incluyente de las personas jurídicas como víctimas en el proceso de justicia y paz, sin embargo su entendimiento ha de ser diferente. En efecto, una cosa es que se reconozcan y reparen daños colectivos cuya víctima será, sin duda, un grupo de personas, como una comunidad o una colectividad, y otra que se reconozca a las personas jurídicas como víctimas en el proceso de justicia y paz. En efecto, el daño que padece una persona jurídica no es, en principio, un daño colectivo; es un daño individual, de ese centro de imputación jurídica como puede serlo el que padece una persona natural.

Cuando se habla de colectividad o de comunidad como sujeto pasivo (víctima) del daño colectivo no se está haciendo alusión a los entes morales que conocemos como personas jurídicas; la persona jurídica constituye un solo individuo para lo cual es indiferente que esté constituida por varias personas; la colectividad, en cambio, es un ente social sin personería; es el conjunto organizado de seres humanos cuyos linderos no son, por regla general, completamente definidos en términos de los miembros (personas físicas y eventualmente jurídicas) que la componen. La primera es susceptible de ser víctima de un daño individual. La segunda, del daño colectivo.

Por consiguiente, si bien la ley no introduce distinción entre las personas que pueden fungir como víctimas en el proceso de justicia y paz, por la finalidad de la norma, por los criterios establecidos en el artículo 5° y por los lineamientos trazados por la Corte Constitucional (Sentencia C-370 de 2006), ha de concluirse que el concepto está restringido a los miembros de la especie humana, es decir, a las personas naturales⁸.

⁸ En clara alusión a la orientación que debe tener la interpretación de la Ley 975 de 2005 y su vinculación con la protección de los derechos humanos, la Corte Constitucional, en Sentencia C-370 de 2006, expresó lo siguiente: *“...Esa obligación del Estado contenida en la Constitución de 1991, se encuentra además consagrada en distintos instrumentos internacionales que en materia de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad (C.P., art. 93), de ahí que cuando el legislador materializa cualquier política pública encaminada a la solución del conflicto armado interno, tiene la obligación de respetar los postulados constitucionales y los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos y que hacen parte del Derecho Internacional Humanitario o del Derecho Internacional Penal. Los funcionarios judiciales a su vez, deben tener como criterio interpretativo relevante, la doctrina elaborada por los organismos internacionales de control de los tratados, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una visión integral de los derechos humanos que permitirá cumplir con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, de los cuales también hacen parte los principios generales del derecho internacional y la costumbre internacional”*.

El tipo de derecho que se protege, así como el contexto en el cual se desarrolla el proceso de justicia y paz permiten sostener que, en caso de que se llegare a violar derechos propios de las personas jurídicas, ellas podrían hacer las reclamaciones correspondientes ante los jueces competentes en condiciones normales.

3.2 Que individual o colectivamente haya sufrido daños

Tal como se ha venido observando, la víctima es aquella persona natural que ha sufrido un daño, individual o colectivamente; el daño individual afecta en forma personal a la víctima, se le ocasiona en forma directa, concreta y específica a ella; por el contrario, el daño colectivo es el que afecta un valor jurídico tutelado que es propio de los grupos de personas y no de uno de sus integrantes individualmente considerados. En otros términos, el daño colectivo también afecta al individuo, pero en tanto miembro de la colectividad que es quien lo padece directamente.

Cuando varias personas a la vez padecen daños originados en un mismo hecho, como ocurriría frente a la explosión de un artefacto, pero los daños son plenamente separables e individualizables, no se está en presencia de una víctima colectiva, ni de un daño colectivo, sino de víctimas individuales que sufren un daño plural, que se compone de varios daños individuales; para que se pueda predicar la existencia de un daño colectivo el bien jurídico afectado trasciende lo individual y afecta colectiva e indivisiblemente a un grupo o a la comunidad, como sería el caso de la destrucción de una escuela, de un hospital, de un centro comunitario o cultural, el de una red de servicios públicos o el hecho de impedir que los ciudadanos participen libremente en la elección de sus autoridades.

En este punto debe observarse una doble dimensión del “*daño colectivo*”; en efecto, las víctimas individualmente consideradas se pueden ver afectadas por ese daño, evento en el cual el mismo revestirá naturaleza de daño individual; sin embargo, su característica esencial no consiste en afectar un derecho individual o un bien particular objeto de tutela, sino, por el contrario, un derecho o interés colectivo, como serían, por ejemplo, los derechos e intereses que, por su naturaleza, se protegen a través de acciones colectivas bajo la denominación de acciones populares.

La Corte Constitucional, al analizar los alcances de las acciones populares y de grupo, su diferencia y afinidades, y de paso definir las destinadas a la protección de los intereses difusos, en la Sentencia C-116 de 2008, expresó lo siguiente:

En punto al objeto de las acciones de grupo, la Corte ha abordado el tema a partir de la distinción constitucional entre éstas y las acciones populares, haciendo “énfasis en el carácter reparatorio de las acciones de grupo, a partir de la constatación de un daño

*ocasionado, ya sea sobre intereses particulares o colectivos, pero cuyos efectos se radican en las personas individualmente consideradas*⁹. En este contexto, ha señalado la jurisprudencia que, aun cuando las acciones de grupo y las acciones populares tienen la misma naturaleza jurídica, son acciones colectivas, se distinguen, entre otros aspectos, en su finalidad y en los derechos e intereses protegidos”.

En el caso objeto de análisis la víctima colectiva, es decir, la comunidad o grupo al que se ha ocasionado un daño colectivo, tiene elementos asimilables a los que se persiguen mediante la acción popular, esto por el carácter colectivo e indivisible del bien jurídico tutelado, lo que hace necesario que el juez, al adoptar las disposiciones reparatorias, tenga que recurrir a la adopción de medidas de naturaleza similar, esto es, a restablecer los derechos o reparar los daños mediante medidas de carácter colectivo.

Además, en ésta Sentencia C-116 de 2008 se despeja la duda atinente a la reparación del daño ocasionado en los intereses difusos⁹; ellos, a juicio de la Corte Constitucional, no constituyen en el derecho colombiano una categoría especial frente a los intereses de grupo y a los derechos e intereses colectivos, sino que son parte de estos últimos. La Corte invita más bien a distinguir entre intereses divisibles e indivisibles: los primeros generan acciones de grupo, los segundos, acciones populares.

En su actuación los GAOML incurren en un conjunto de conductas que ocasionan todo tipo de daños, pues de un lado cometen delitos como la tortura, lesiones personales u homicidios que, en principio, ocasionan un daño individual a quien padece el hecho dañino (aunque no estamos excluyendo la posibilidad de que, igualmente, estas conductas puedan originar daños colectivos), pero además incurren en otro tipo de actos como la

⁹ En la Sentencia C-116 de 2008 la Corte Constitucional expresa lo siguiente: *“Refiriéndose también al objeto de las acciones de grupo, la jurisprudencia constitucional ha destacado que la Constitución del 91 no distingue como sí lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, quedando comprendidos los dos tipos de intereses en el concepto de «intereses colectivos» (C.P., art. 88). En la Sentencia C-215 de 1999, al tratar el tema de la naturaleza de las acciones populares y al objeto de su protección, la Corte descartó cualquier interpretación restrictiva a partir de dicha distinción, e indicó que las acciones populares protegían igualmente intereses difusos e intereses colectivos. En ese contexto, ha explicado este Tribunal que en el constitucionalismo colombiano, la distinción importante es entre intereses o derechos colectivos indivisibles, que «se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas», los cuales son protegidos a través de las acciones populares; y los llamados derechos o intereses colectivos divisibles e individualizables, que «hacen referencia a una comunidad de personas más o menos determinada gracias a las circunstancias comunes en que se encuentran respecto de un interés que les fue afectado», cuya protección corresponde a las acciones de grupo”* (subrayas fuera de texto).

destrucción de lugares públicos, centros de educación, lugares de recreación y cultura, redes para la prestación de servicios o la afectación del medio ambiente y del espacio público, el saqueo del Tesoro Público, el deterioro de la moralidad administrativa y del correcto ejercicio de la función pública, etc., que tiene un valor diferente a los primeros y cuyo referente no es individual, sino colectivo (lo que tampoco significa que estos hechos no puedan originar daños individuales).

De acuerdo con el daño ocasionado es necesario que los Magistrados de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en la sentencia, ordenen la reparación de los daños individuales a través de compensaciones con carácter individual, pero también ordenen compensaciones tendientes a la reparación del daño colectivo a través de disposiciones patrimoniales o la adopción de medidas sociales y aún de sanciones simbólicas a favor de las víctimas.

3.3 Modalidades del daño en la definición de víctima

Para ser considerada como víctima en el proceso de justicia y paz la persona que alega esta condición debe acreditar que ella ha sufrido **daños directos**, esto es, que su integridad física, psíquica, sensorial, su patrimonio económico o cualquiera de sus derechos fundamentales han tenido un menoscabo o afectación; no basta entonces con los daños indirectos o generales que puede tener toda la sociedad o el Estado en relación con los hechos en que han incurrido los GAOML.

En todo caso, para tener la condición de víctima no se requiere que el daño causado tenga una determinada configuración; la ley enuncia varios tipos de daño que podrían padecer las víctimas sin que se trate de un listado taxativo, pues la sola expresión que se utiliza (*tales como*) abre la puerta a la existencia de modalidades de daño no incluidas en la lista legal.

La enunciación que hace el legislador tiene el mérito de facilitar al operador jurídico la deducción sobre qué tipo de daños pueden servir para identificar una víctima, y el entendimiento de que no sólo se trata de daños físicos en la integridad personal de víctima, sino que la ley considera otro tipo de daños como los psicológicos, el sufrimiento emocional y aún la afectación a otro de tipo de bienes como los financieros o patrimoniales y los relativos a derechos fundamentales, sin que la alusión a ellos esté excluyendo otros distintos.

3.3.1 Lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad

Como se viene afirmando, la víctima debe haber padecido un daño; ese daño puede tener múltiples orígenes, manifestaciones o efectos; en primer lugar, alude la ley

a las lesiones transitorias o permanentes que ocasionen alguna limitación en la capacidad; luego para que exista un daño no se requiere que la lesión o secuela sea actual o esté presente al momento de proferir el fallo, basta con que la lesión limitante de la capacidad se hubiera presentado, limitación que puede ser física, psíquica o sensorial.

a) Lesión física

Este tipo de lesiones se presentan cuando la víctima ha perdido parte de su cuerpo, bien por haber sido objeto de la amputación de sus miembros u órganos, o porque sin haber sido amputado esa parte de la anatomía no puede utilizarse de acuerdo con las funciones que le son naturales; en otros términos, la pérdida de la capacidad física puede ser por pérdida anatómica de una parte del cuerpo o por la pérdida de su capacidad funcional. El punto se desarrollará posteriormente, cuando se aborde el capítulo del daño, pero en principio una herida (lesión) es constitutiva de daño con o sin secuelas físicas o psicológicas.

b) Lesión psíquica

Se registra una lesión psíquica cuando la afectación hace referencia al comportamiento de la personas, cuando el trauma causado afecta las emociones, percepciones, comportamiento o el conocimiento de la víctima; este tipo de limitación de la capacidad puede o no estar asociada a una lesión física, pues en muchos casos la lesión psíquica se origina en un impacto emocional que le impedirá a la persona comportarse normalmente.

c) Lesión sensorial

Se registra una pérdida de la capacidad sensorial cuando se afecta el funcionamiento de los órganos de los sentidos, como son la vista, el oído, el gusto, el olfato o el tacto; esta afectación de los sentidos puede originarse en una lesión física o como efecto de un daño psicológico que afecta a la víctima. No obstante que la ley sólo hace referencia al sentido de la vista y al auditivo, debe entenderse que el daño puede ocasionarse en cualquiera de los sentidos, pues en este caso los efectos de la disposición normativa son puramente enunciativos y no taxativos.

3.3.2 Un sufrimiento emocional

No necesariamente la víctima tiene que tener una limitación o incapacidad física, síquica o sensorial; también el daño ocasionado a la víctima puede ser por “*sufrimiento emocional*”, que tiene que ver con la alteración a las emociones que

normalmente experimentamos los seres humanos y consiste en la tristeza, la angustia, el temor, la humillación, el ultraje, el miedo, que en forma desproporcionada puede padecer una persona con la ocurrencia de hechos que pueden afectarla, tal como sería el asesinato o la violación de un ser querido, o la intimidación que se genera al presenciar hechos de violencia como torturas, malos tratos, vejámenes o tratamientos similares.

La víctima, entonces, no necesariamente debe tener secuelas que la afecten física o psíquicamente; basta que haya estado expuesta a emociones fuertes, malévolas y crueles que no está obligada a soportar, y a las que no están expuestas las personas en condiciones normales, así en apariencia no exista un daño sobre la integridad física o psíquica de la persona que invoca su condición de víctima.

El sufrimiento emocional injusto puede generar efectos posteriores en las condiciones psíquicas o incluso en las físicas o patrimoniales de la víctima, pero en los términos de la Ley 975 de 2005 este sufrimiento no necesariamente tiene que causar tales efectos pues, en sí misma, tiene identidad suficiente para ser considerado un daño capaz de victimizar, en el entendido legal, a una persona.

3.3.3 Pérdida financiera o económica

Otro tipo de daño que puede padecer la víctima se refiere a bienes y derechos financieros o patrimoniales, esto es, la pérdida o deterioro de bienes muebles o inmuebles que le pertenecen o sobre los cuales tiene o ejerce derechos y que son objeto de destrucción, inutilización o sustracción, de modo que se desmejoran sus condiciones económicas, lo que significa que no sólo se considera víctima a quien ha sido afectado en su vida, salud e integridad personal, sino que también puede ser calificada como tal la persona que se ha afectado en sus derechos económicos como la propiedad y similares.

Es que, en la sociedad contemporánea, el patrimonio hace parte integral de los derechos básicos de las personas y su afectación por terceros debe ser reparada a tal punto que gran parte de la responsabilidad civil patrimonial está referida a la indemnización que se deriva de daños ocasionados a esta clase de bienes¹⁰.

¹⁰ En relación con el alcance al derecho al patrimonio la Corte Constitucional, en Sentencia T-553 de 1993, M.P.: Hernando Herrera Vergara, expresó lo siguiente: “...*ha de expresarse, como ya lo ha hecho esta Corte, que «el patrimonio de las personas es un derecho fundamental constitucional porque a falta de él, el hombre no podría cumplir su cometido de ser social, ya que lo necesita para realizarse como tal y ha de contar con él para atender por lo menos las exigencias económicas de supervivencia suya y de su núcleo familiar»*”.

3.3.4 Menoscabo de los derechos fundamentales

Finalmente, la ley contiene una fórmula general y amplia que hace referencia al menoscabo de los “*derechos fundamentales*” que, en este caso, bien podría consistir en la afectación de derechos tales como la libertad, la libre locomoción, la integridad personal, el derecho a no ser torturado, ni a ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la libertad de conciencia y de opinión, o a la de fundar medios masivos de comunicación o, en fin, a ejercer cualquiera de los derechos fundamentales que se consagran en la Carta Política.

Se deja en claro que, en el contexto de la Ley 975 de 2005, el concepto de daño es muy amplio; en algunos casos el daño sufrido permite la identificación de los perjuicios y su directa cuantificación más o menos exacta en dinero, pero en muchos otros se trata de bienes o derechos o intereses cuyo precio en dinero no es fácil de apreciar o definitivamente es imposible hacerlo porque se trata de la afectación a derechos de contenido inmaterial.

3.4 El daño debe originarse en hechos que representan trasgresión de la ley penal

Debe tenerse en cuenta que, según se ha dicho, (i) la persona; (ii) debe haber sido objeto de un daño directo, determinable y concreto; además (iii), el daño debe originarse en hechos violatorios de la ley penal, lo cual significa que el daño debe tener como fuente la comisión de una conducta punible con relevancia dentro de la legislación penal colombiana, que debe estar plenamente precisado y tipificado.

Si bien para predicar la existencia de una víctima dentro del proceso de justicia y paz y poder dar aplicación a la reparación a que hace referencia la Ley 975, es necesario que el daño se origine en una violación a la ley penal, y en consecuencia que no sea producto de hechos tales como un accidente fortuito, el producto de la acción lícita de un tercero o un hecho del que fue culpable la propia víctima, lo cual debe probarse, lo que no es necesario es que dentro del proceso de justicia y paz se establezca plenamente que el desmovilizado, objeto de la acción penal, fue directamente quien ocasionó el daño, pues de conformidad con el inciso segundo del artículo 42, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación, cuando no se haya podido identificar e individualizar al sujeto activo de la conducta punible pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del GAOML¹¹.

¹¹ Véase Decreto 3391 de 29 de septiembre de 2006, arts. 15-17.

En este sentido, en el inciso 2° del artículo 5° de la Ley 975 de 2005 se establece:

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

Lo transcrito muestra que en cada proceso no sólo se deciden las responsabilidades del sujeto procesal directamente vinculado, además se puede y debe decidir en relación con las responsabilidades reparatorias del postulado, sino del grupo del que hace o hizo parte.

Ahora bien, consecuente con lo anterior el daño no solo debe estar directamente asociado a una conducta que vulnera la legislación penal; además, esa conducta necesariamente debe estar vinculada a las actividades desplegadas por el GAOML y por lo tanto debe haberse realizado “*durante y con ocasión*” de la pertenencia a ese grupo, lo que genera un vínculo temporal y otro material, y la relación debe ser de tal condición que, dentro del proceso penal, ha de quedar claramente establecido que la totalidad de los miembros del grupo, incluido el procesado, incurrieron en el punible de concierto para delinquir en una condición tal, que si ello no se prueba, no se estará en presencia de un proceso que pueda tenerse como propio de justicia y paz.

En este sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 31 de julio de 2009, con ponencia del Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, expresó lo siguiente¹²:

Emerge de lo anterior, que los objetivos de política criminal dispuestos en la Ley de Justicia y Paz atienden a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, cuyo juzgamiento y fallo se centran en la vinculación al grupo armado ilegal (concierto para delinquir) y no, como se ha insistido, en conductas punibles individualmente causadas porque, entonces, su investigación y juzgamiento sería de competencia de la justicia ordinaria (resalta la Sala).

¹² En el mismo sentido Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Autos de segunda instancia: 29560 de 28 de mayo de 2008. M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán. En esta decisión la Corte se abstuvo de decretar la nulidad de la imputación porque no se había imputado el delito de concierto para delinquir, pero ordenó que por cuerda paralela se investigará este ilícito y los demás que se habían denunciado por las víctimas. Véase También Rad. 30120 de 23 de julio de 2008, M.P.: Alfredo Gómez Quintero, Rad. 32022, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez; 14 de diciembre de 2009, Rad. 32575, M.P.: María del Rosario González de Lemus; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 07 de diciembre de 2009, Rad. 110016000253200680281. M.P.: Uldi Teresa Jiménez López, y 25 de enero de 2010, Rad. 110016000253200680077. M.P.: Teresa Jiménez López.

Bajo ese entendido no se discute que, a diferencia de lo que ocurre en los procesos ordinarios, los fallos que se profieran al amparo de la Ley de Justicia y Paz tienen una carga argumentativa mayor en lo que corresponde al examen de los fenómenos de macrocriminalidad y de violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos, atendiendo además al marco internacional. Por consiguiente, el funcionario judicial debe no solo analizar el caso concreto sino contextualizarlo dentro del conflicto, identificando los patrones de violencia y los demás actores seguramente de rango superior que también son responsables.

Más adelante afirma la Sala:

Es claro, que si los destinatarios de la Ley son los miembros de grupos armados ilegales, las conductas punibles respecto de las cuales se ha de proferir sentencia con miras a la imposición de pena alternativa, debieron haberse cometido al interior de la respectiva organización, efecto para el cual el delito de concierto para delinquir se perfila en un componente obligado en la formulación de imputación, la formulación de cargos y el fallo, de lo cual adolece esta actuación. (...).

En todo caso, debe resaltarse que el delito de concierto para delinquir es vital y esencial dentro del proceso de justicia y paz. Por ello no es factible admitir que un trámite de esta naturaleza finalice sin la presencia de esa conducta punible, como tampoco puede concebirse que en la sentencia no se declare la responsabilidad del desmovilizado dentro de la organización al margen de la ley y su ingreso a ella para delinquir. La labor de la fiscalía y de los demás funcionarios que intervienen en la actuación está orientada a indagar fenómenos propios de la criminalidad organizada.

A partir de estas consideraciones de la Corte Suprema de Justicia se puede deducir que los afectados siempre serán víctimas de un delito cuyo núcleo central (el delito base) será el concierto para delinquir; este será el lazo común que genera un ligamen entre el procesado y los miembros restantes del grupo, y entre estos últimos, a partir del cual se establece entre ellos la obligación reparatoria solidaria respecto de la víctima. Los demás delitos, incluso el particular causante del daño, “*resultan colaterales*” y se derivan de la existencia misma del grupo y tienen como base el delito de concierto para delinquir.

3.5 Los daños deben ser ocasionados por Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML)

Para el reconocimiento de la víctima en el proceso de justicia y paz debe tenerse en cuenta no sólo que el daño tiene como fuente un ilícito de carácter penal, sino que ese ilícito lo ocasionaron personas vinculadas a GAOML y durante su vinculación y con ocasión de

la pertenencia a esos grupos, lo que determina unas condiciones de modo y tiempo en la ocurrencia del hecho que ha generado el daño.

No habrá lugar a predicar la existencia de víctima en el proceso de justicia y paz si la conducta que ocasionó el daño ocurrió antes de que el victimario perteneciera al GAOML; tampoco habrá lugar a predicar la existencia de este tipo de víctima si los hechos ocurrieron durante el período en que actuó en forma ilegal el grupo armado, pero estos hechos tienen un móvil o interés diferente a los propios del grupo, lo que significa que el ilícito no se cometió “con ocasión” de la pertenencia a estos grupos¹³.

3.6 Otros requisitos legales para el reconocimiento de la condición de víctima en el proceso de justicia y paz

No obstante que en principio el artículo 5° de la Ley describe los elementos necesarios que deben tenerse en cuenta para establecer si se está o no en presencia de una víctima cuya reparación ha de hacerse en desarrollo del proceso de justicia y paz, a la que se pueda aplicar la Ley 975 de 2005, en realidad no basta con cumplir con los requisitos enunciados en el citado artículo, pues una interpretación sistemática e integral hace necesaria la intervención de otras disposiciones de la misma ley; de este modo, es necesario que la reparación se obtenga dentro de un proceso de desmovilización colectiva o individual de los miembros del GAOML, la cual ha de estar reconocida por el Gobierno Nacional y, además, es menester que la víctima se haga parte en el proceso para reclamar sus derechos, en particular, en el incidente de reparación integral, donde deberá probar el perjuicio que pretende que le sea remediado, bien a través de la indemnización o de las otras modalidades de reparación que se prevén en la ley, salvo que opere en su favor una de las presunciones que consagra la Ley de Justicia y Paz, evento en cual estará relevado de la prueba cuya carga se invertirá hacia el procesado.

Como se puede advertir de cuanto se ha dicho, al hacer referencia a la “víctima” en el proceso de justicia y paz se hace alusión a un tipo de víctima cualificado y no al concepto

¹³ Al definir su ámbito de aplicación en el artículo 2° de la Ley 975 de 2005, se establece una fórmula que se reitera a lo largo de la Ley, esto es, que sólo queden cobijados hechos cometidos “durante y con ocasión de la pertenencia al grupo”; en efecto, la norma citada establece: “*La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional*” (negritas fuera del texto).

general, puesto que, en este caso, víctima es tanto la persona que concurre al proceso con fines eminentemente resarcitorios del daño desde el punto de vista económico¹⁴, es decir, quien va tras restituciones, indemnizaciones, compensaciones pecuniarias o morales, rehabilitaciones¹⁵ o garantías de no repetición de las conductas¹⁶, así como aquélla que está interesada, fundamental o incluso únicamente, en que el Estado haga justicia en el caso concreto y en que, en íntima ligazón con ella, se procure la verdad real de lo acontecido¹⁷.

¹⁴ Véase art. 8° de la Ley de Justicia y Paz.

¹⁵ La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1199 de 2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, declaró inexecutable el inciso segundo del artículo 47 de la Ley 975 de 2005 que rezaba: “Los servicios sociales brindados por el gobierno a las víctimas, de conformidad con las normas y leyes vigentes, hacen parte de la reparación y de la rehabilitación”. Lo anterior, en virtud de que *“no puede confundirse la prestación de los servicios sociales que el Estado debe brindar de manera permanente a todos los ciudadanos sin atender a su condición y la atención humanitaria que se presta en forma temporal a las víctimas en situaciones calamitosas, con la reparación debida a las víctimas de tales delitos, que comprende tanto el deber de procurar que sean los victimarios quienes en primera instancia reparen a las víctimas, como de manera subsidiaria sea el Estado quien deba asumir esa reparación en caso de renuencia de los victimarios o insuficiencia de la reparación brindada por éstos”* (negrilla fuera de texto).

¹⁶ Véase Corte Constitucional, Sentencias C-370 de 2006 y C-516 de 2007, op. cit.

¹⁷ Desde la Sentencia C-293 de 1995, proferida con ocasión de la revisión de constitucionalidad del artículo 45 del Decreto 2700 de 1991 (oportunidad para la constitución de parte civil en el proceso penal), la Corte dejó sentada la tesis acerca de la superación de la concepción meramente económica de la parte civil en el proceso penal. Esta doctrina fue reiterada en la Sentencia C-163 de 2000, sobre los artículos 47.7 (requisitos de la demanda de parte civil), 50 (rechazo de la demanda) y 55 parcial (sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios) del Decreto 2700 de 1991. En la Sentencia C-1149 de 2001 sobre los artículos 107, 108.3 y 305 (parcial) de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar), la Corte extendió la doctrina constitucional sobre los derechos de las víctimas, particularmente a conocer la verdad y a que se haga justicia, a los procesos de competencia de la justicia penal militar. Siguiendo esta misma tendencia, la Sentencia C-178 de 2002 declaró la inexecutable de los artículos 578 y 579 (parcial) de la Ley 522 de 1999, *“por la cual se expide el Código Penal Militar”*. En la Sentencia T-1267 de 2001 se reiteró la doctrina sobre la superación de la concepción puramente patrimonial de los derechos de las víctimas, y el derecho a la participación activa en todo el proceso que de tal concepción se deriva. La Sentencia C-228 de 2002 profundiza en la reconceptualización de la parte civil a partir de la Constitución de 1991, realizando un completo estudio de los derechos de las víctimas y los perjudicados con el delito, señalando que éstos tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria, que es la forma tradicional en que se ha resarcido a la víctima de un delito. Desarrolla los derechos a la verdad y a la justicia a la luz de los principios de la Constitución, y del derecho internacional, particularmente del derecho a la tutela judicial efectiva; se apoya igualmente en una referencia al derecho comparado. En esta decisión se declara executable el inciso 1° del artículo 137 de la Ley 600 de 2002, en el sentido que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia. En la Sentencia C-578 de 2002, revisión de la Ley 742 de 2002, *“por medio de la cual se crea el Estatuto de la Corte Penal Internacional”*, se destacan la efectividad de los derechos de las víctimas y el propósito de evitar la impunidad, como razones políticas para declarar la executable de la Ley. En la Sentencia C-805 de 2002, al revisar la constitucionalidad del artículo 392 de la Ley 600 de 2000, la Corte reiteró el alcance de los derechos de las víctimas en sus dimensiones de verdad, justicia y reparación integral. En la Sentencia C-875 de 2002, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 45 (parcial), 48 (parcial) y 137 (parcial) de la Ley 600 de 2000, la Corte reiteró la finalidad de la parte civil en los términos establecidos en la Sentencia C-228 de 2002,

La víctima puede concurrir al proceso de justicia y paz para hacer valer sus pretensiones demostrando que los daños sufridos tienen como origen conductas delictivas

poniendo énfasis en que el interés de las víctimas y los perjudicados en participar en el proceso penal trasciende el campo meramente subjetivo o individual. La Sentencia C-916 de 2002, al efectuar el estudio de constitucionalidad del artículo 97 (indemnización por daños) de la Ley 599 de 2000, examinó la responsabilidad civil derivada del hecho punible, con énfasis en las nuevas estrategias que se han desarrollado en el derecho comparado para garantizar el resarcimiento de los perjuicios que van desde el reconocimiento de la posibilidad de buscar la reparación de los daños a través del mismo proceso penal en países en que no estaba permitido, hasta la creación de fondos públicos y sistemas de aseguramiento del riesgo de daño proveniente de los delitos violentos. En la Sentencia T-556 de 2002 la Corte reiteró la doctrina de los derechos de las víctimas en el proceso, con énfasis en la posibilidad de acceso a la justicia, y la protección de este derecho por vía de tutela cuando resulte vulnerado o amenazado. En la Sentencia C-04 de 2003 la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del numeral 3° (parcial) del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, sobre la procedencia de la acción de revisión. En esta sentencia se pone el énfasis en las obligaciones correlativas de investigación seria que corresponden al Estado, frente a los derechos de las víctimas no sólo a ser reparadas, sino a saber qué ocurrió y a que se haga justicia, deber que adquiere particular relevancia cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos. En la Sentencia C-451 de 2003, a propósito del estudio de constitucionalidad del artículo 323 de la Ley 600 de 2000, la Corte declaró el derecho de las víctimas a participar con plenas garantías en la fase de investigación previa. En la Sentencia C-570 de 2003 la Corte realizó un estudio sobre las especiales prerrogativas que se derivan de la constitución de parte civil dentro del proceso penal, en contraste con la reclamación mediante acciones de la jurisdicción civil, prerrogativas que se derivan del plexo de derechos que a las víctimas de los delitos se han reconocido en el ámbito penal (a saber la verdad, a que se haga justicia y a la reparación integral). La Sentencia C-775 de 2003 estudió la constitucionalidad del artículo 21 de la Ley 600 de 2000 sobre restablecimiento del derecho. Reiterando la doctrina sobre la trilogía de derechos de que son titulares las víctimas: verdad, justicia y reparación, destacó su valor como bienes cardinales de una sociedad que persiga un orden justo, y la interdependencia que existe entre ellos, de manera que *“no es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia”*. En la Sentencia C-899 de 2003 se efectuó el estudio de constitucionalidad sobre los artículos 38 (parcial), 42, 48 (parcial), 52 (parcial), 55, 57 (parcial) de la Ley 600 de 2000. En esta sentencia se destacó la relevancia de la explícita consagración del derecho de acceso a la administración de justicia (229) en la nueva conceptualización de los derechos de las víctimas, en particular de su derecho al proceso penal. En la Sentencia T-694 de 2000 la Corte enfatizó en que los derechos de participación y de acceso a la administración de justicia le confieren a la parte civil derechos y obligaciones similares a las de los demás sujetos procesales, lo cual implica, entre otras cosas, *“solicitar las pruebas que considere conducentes para el esclarecimiento de la verdad o para demostrar la responsabilidad del sindicado, así como el derecho a recurrir las decisiones que afecten sus intereses”*. En las Sentencias C-014 de 2004 y C-114 de 2004, la Corte hizo extensivo el concepto de víctima y el alcance constitucional de sus derechos a los afectados por las faltas disciplinarias. En la Sentencia C-998 de 2004 la Corte ratificó la legitimidad de la parte civil (art. 205 de la Ley 600 de 2000) para instaurar demanda de casación contra sentencia absolutoria. En las Sentencias C-1154 de 2005 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa) y C-1177 de 2005, la Corte declaró la exequibilidad de algunas normas de la Ley 600 de 2000, sobre archivo de diligencias (art. 79), e inadmisión de denuncia (art. 69), condicionando la constitucionalidad a que tales decisiones fueran notificadas a las víctimas y al denunciante, respectivamente, a fin de preservar sus derechos. En la Sentencia C-591 de 2005 se estudió la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 600 de 2004; se destacó en esta sentencia la relevancia de los derechos de las víctimas dentro del modelo procesal con tendencia acusatoria instaurado mediante el A.L. 03 de 2002. En la Sentencia C-979 de 2005, a propósito de la demanda contra los artículos 78, 192.4, 327, 330 y 527

cometidas por un miembro o por un GAOML antes del 25 de julio de 2005, durante y con ocasión de su pertenencia a ese grupo. La víctima de las actividades de los GAOML también puede reclamar el daño por fuera de este procedimiento especial, es decir, puede acudir a otras vías judiciales como el proceso civil (frente al autor o autores del daño), o al contencioso administrativo, pero en este caso sólo si pueden deducirse responsabilidades originadas en actuaciones u omisiones de agentes del Estado.

Lo anterior permite deducir que existe una buena cantidad de víctimas de GAOML que, a pesar de serlo, no podrán ser reparadas dentro de los procesos de la Ley 975; ellas podrán acudir a las instancias judiciales ordinarias tanto nacionales como internacionales a hacer valer sus derechos. En este sentido el proceso que se adelanta en Colombia es parcial y no integral, como podría esperarse, pues si la víctima no compareció o no pudo comparecer al proceso, o no pudo probar su condición de víctima, o es víctima de un GAOML pero el grupo no hace parte de un proceso de reincorporación a la vida civil, o los hechos que le ocasionaron el daño fueron causados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005, o en fin, no se encuentra en las condiciones previstas en la Ley 975 o en las que se pueden derivar de esta ley, dentro de la interpretación constitucional de la misma¹⁸ no podrá invocar en su favor su aplicación y deberá recurrir, si pretende la reparación, a otras instancias judiciales o aún a instancias administrativas, según sea el caso.

4. Clasificación de las víctimas

Tal como se ha anotado, en estos casos el concepto de víctima tiene origen y definición legales, y su interpretación y alcance permite establecer algunas clasificaciones, también de origen legal o reglamentario y con relevancia jurídica; así, se habla de víctima directa e indirecta, de víctima individual y colectiva, de víctima ordinaria y víctima especial, y de víctima determinada e indeterminada.

de la Ley 906 de 2004, la Corte realizó un pronunciamiento sobre la protección de las víctimas y los esquemas de justicia distributiva establecidos en el sistema procesal de tendencia acusatoria. En la Sentencia C-047 de 2006 se estudió la constitucionalidad de los artículos 176 (parcial) y 177 (parcial) de la Ley 906 de 2004; la Corte reiteró la doctrina referida a la tensión entre el derecho al *non bis in idem* y el debido proceso contenido en las Sentencias C-04 de 2003 y C-979 de 2005, señalando que “*en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del non bis in idem*”.

¹⁸ Claro está dentro del concepto de bloque de constitucionalidad.

4.1 Víctima directa y víctima indirecta

La clasificación de las víctimas en directas e indirectas toma como referencia la persona a la cual se ha ocasionado el daño, pues no obstante que toda víctima es perjudicada, en tanto es ella quien sufre los perjuicios, será diferente la persona que directamente es objeto del hecho que ocasiona el daño, de la persona que, sin recibir el daño directo, sí sufre perjuicios, por ejemplo porque es evidente su relación afectiva o económica con la que lo recibe directamente. Para ejemplificar, la persona que sufre una lesión física es identificada por la ley como víctima directa; sus parientes que pueden sufrir un perjuicio inmaterial serán víctimas indirectas.

Es **víctima directa**¹⁹ la persona que es objeto directo e inmediato del daño, entendiéndose por tal la limitación de la capacidad física, psíquica o sensorial, del sufrimiento emocional, de la pérdida financiera o de la afectación de un derecho fundamental; esto es, no requiere probar la existencia de otra persona y de sus lazos de parentesco o de otra naturaleza respecto de ella para acreditar la existencia del daño, el cual se deriva directamente de la afectación a su propia personalidad o a su integridad personal o a los derechos que le son propios. La víctima directa es por excelencia la persona que ha sido afectada por la actuación de los GAOML y que, como consecuencia de los daños que se le han causado, resulta afectada en forma directa, específica y concreta.

Es **víctima indirecta** quien no ha sido sujeto pasivo del daño mismo, pero sí lo es del perjuicio que se origina en él; esto es, se trata de personas vinculadas, generalmente por líneas de parentesco o por relaciones familiares con la víctima directa como es el caso del cónyuge o compañero o compañera permanente, o de los parientes de la víctima directa.

Lo que hace que la víctima sea directa o indirecta no es el derecho a suceder o heredar los derechos de la víctima directa, sino el origen del perjuicio causado que debe ser reparado; la víctima indirecta ha recibido un perjuicio o daño personal y directo para ella, como puede ser el “*sufrimiento emocional*”, pero la diferencia está en que la víctima directa fue objeto de la actuación del GAOML en cambio la indirecta es afectada por “*una conducta perpetrada sobre otro*”.

Bien que se trate de una víctima directa o indirecta, en ambos casos se ha ocasionado un perjuicio directo que las afecta y que debe ser reparado.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencias C-370 de 2006, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa y otros; C-454 de 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; C-531 de 2006, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-575 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; C-650 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; C-719 de 2006, M.P.: Jaime Araújo Rentería; C-080 de 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, y C-516 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

La ley establece una presunción en relación con las víctimas indirectas al determinar que se tienen por tales “*el cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida*”; sin embargo no sólo son víctimas indirectas aquellas a las cuales hace referencia en forma expresa el artículo 5° de la Ley 975 de 2005, también son víctimas indirectas otros parientes que acrediten que se les ha ocasionado un perjuicio; la diferencia entre estas modalidades de víctimas es que mientras las personas a que hace referencia expresamente la ley gozan de la presunción de ser víctimas, los demás parientes deben probar el perjuicio causado.

En realidad la ley limita la presunción a las personas indicadas, y es por ello que se hace necesario contemplar muchos otros eventos en los cuales existe víctima indirecta que podrá probar esa condición y, en consecuencia, tener derecho a ser reparada; algunos de los casos que podrían tomarse en cuenta son los siguientes:

- También es víctima indirecta el integrante del mismo grupo familiar que no está incluido en los grados de parentesco a que hace referencia el artículo 5° de la Ley 975 de 2005; es el caso de los hermanos, los nietos o los abuelos de la víctima directa; en estos eventos no debe existir duda de que se está en presencia de víctimas indirectas, aunque les corresponderá probar no sólo el parentesco sino además el perjuicio material o inmaterial que han sufrido.
- La víctima indirecta en los casos en que la víctima directa no ha sido asesinada o estuviere desaparecida, sino reducida en su capacidad o restringida su libertad, como sería el caso de los parientes de una persona que ha quedado inconsciente, o limitada sensorialmente en razón de las actuaciones de un GAOML, o en general que ha sido objeto de la comisión de un delito que ha ocasionado un sufrimiento emocional a sus familiares.
- La víctima indirecta en los casos en que el perjuicio es financiero o patrimonial, pues se trata de personas que, por ejemplo, sin pertenecer al grupo familiar de la víctima directa dependen económicamente de ella, y en razón de la muerte o de las limitaciones que ha sufrido la víctima principal no tienen, en adelante, acceso a facilidades económicas que antes tenían y por lo tanto se afectan gravemente en su condición patrimonial o en la posibilidad de ejercer derechos fundamentales como el de tener una vida digna o acceder a servicios como la salud o la educación. Visto desde otra perspectiva este tipo de víctimas son directas, pues reciben el daño ellas mismas, sin embargo lo que las hace indirectas es que sobre ellas no han actuado los GAOML y los perjuicios que se les causa dependen del daño sobre otra persona.

En relación con la ampliación del concepto de víctima indirecta la Corte Constitucional, en Sentencia C-370 de 2006, expresó lo siguiente:

6.2.4.2.12. En este sentido, afectaría el derecho a la igualdad y los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que el legislador tuviera como perjudicado del delito sólo a un grupo de familiares y sólo por ciertos delitos, sin atender a que en muchos casos el grado de consanguinidad deja de ser el factor más importante para definir la magnitud del daño causado y la muerte o la desaparición no son los únicos aspectos relevantes para identificar a las víctimas de grupos armados ilegales (...) (subrayas fuera de texto).

Lo anterior permite deducir una regla que debe aplicarse en los casos concretos, consistente en aceptar que, además de las víctimas directas existen las víctimas indirectas, y que estas últimas se dividen en dos: unas que gozan de presunción legal y otras, que siendo víctimas reales, deben probar esa condición en el proceso.

4.2 Víctima individual y víctima colectiva

Un segundo criterio de clasificación, diferente del anterior, es el que permite distinguir entre víctimas individuales y víctimas colectivas; lo que debe tenerse en cuenta para esta clasificación no es el número de víctimas o personas que se afectan con el daño o que sufren perjuicios, sino el tipo de bien jurídico tutelado que se ha afectado como producto de la acción delictiva del GAOML; si varias personas han sufrido daños originados por el mismo o por varios hechos atribuibles a un GAOML estamos en presencia de un conjunto de víctimas individuales de carácter plural, donde cada una debe buscar la reparación del perjuicio que ha padecido; en cambio, si las personas en su conjunto hacían uso de un derecho, de un interés o de un bien jurídico colectivo que se ha afectado con las indicadas acciones delictivas, la víctima será colectiva y como tal debe tener una reparación para el daño colectivo sufrido.

La **víctima individual** es la persona o personas que han sufrido daños personales, directos e individuales, que afectan su integridad personal, su patrimonio o uno de sus derechos fundamentales, y en consecuencia deben ser objeto de una reparación personal que implica su restitución, rehabilitación, indemnización, satisfacción y garantía de no repetición en forma individual.

La **víctima colectiva** es un conjunto de personas integrantes de una comunidad o de una colectividad, a la cual se le ha afectado un derecho, un interés o un bien jurídico colectivo, al cual no puede acceder, en adelante, en tanto grupo o colectividad, pues en razón de los hechos delictivos de los GAOML se ha afectado un bien colectivo de tal manera que los derechos o facultades que sobre el mismo se ejercían no se podrán disfrutar en el futuro; tal es el caso de un daño a las redes e infraestructura a través de la cual se prestan servicios públicos, la destrucción de una escuela, centro de salud o centro cultural, la destrucción del amoblamiento urbano que se integra al espacio público o, en fin, bienes de uso o beneficio colectivo al que se asimilan los anteriores.

Con el fin de facilitar la identificación de cuándo se está en presencia de una víctima colectiva puede utilizarse, como método, el de recurrir, aunque sin limitarse exclusivamente a ellos, a los derechos colectivos enunciados en forma general en el artículo 4º de la Ley 472 de 1989, según la cual son derechos o intereses colectivos los siguientes²⁰:

- *El goce de un ambiente sano.*
- *La moralidad administrativa.*
- *La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales.*
- *La conservación de las especies animales y vegetales y la protección de áreas de especial importancia ecológica.*
- *Los intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.*
- *El goce del espacio público.*
- *La utilización y defensa de los bienes de uso público.*
- *El patrimonio público.*
- *El patrimonio cultural de la Nación.*
- *La seguridad y salubridad públicas.*
- *La libre competencia económica.*
- *El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.*
- *La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares.*
- *La prohibición para la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos.*
- *La seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.*
- *Los derechos de los consumidores y usuarios.*
- *Los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.*

Lo importante, para tener en cuenta en este caso, es que las víctimas de daños colectivos deben tener una reparación de la misma naturaleza, esto es, colectiva²¹, y el Juez

²⁰ Por citarse a manera de ejemplo, no se incluyen todos los derechos a que hace referencia la Ley, ni con las condiciones que allí se establecen; sólo se citan algunos que pueden ilustrar la existencia de un derecho considerado de carácter colectivo por el legislador.

²¹ El concepto de colectividad es connatural a la pretensión de la Ley 975 de 2005. Atendiendo a las dificultades operativas para investigar a las colectividades criminales, la normativa previó situaciones en las que existen víctimas sin victimario, en el entendido de que siguen siendo víctimas porque la responsabilidad es atribuible a la fracción de la organización respectiva. Al respecto ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto, Rad. 29560, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

competente en la sentencia debe ordenarla, bien con un contenido económico, o, en algunos casos, con la orden de buscar la reconstrucción colectiva del tejido social, con la imposición de reparaciones de contenido moral y aún de carácter simbólico²².

La reparación colectiva, por haberse afectado un bien de similar naturaleza, podría ilustrarse con medidas tales como la de ordenar la construcción o la financiación de la construcción de un escenario deportivo o para eventos culturales que sustituya otro que fue destruido como efecto de la acción violenta de los GAOML, o para que compense la destrucción de un lugar de encuentro público de carácter colectivo que era factor de cohesión social y ha desaparecido como consecuencia de la acción violenta de los GAOML.

4.3 Víctimas con trato ordinario y víctimas especiales

Las **víctimas con trato ordinario** son aquellas en las que no concurre una condición que las vuelva "*persona especialmente protegida*" a pesar de que ha sido víctima de un GAOML; en este evento la víctima puede ejercer los derechos generales que le otorga la ley, en su condición general u ordinaria, de víctima sin calificativos.

Las **víctimas en condiciones especiales** son aquellas que tienen calidades o reconocimientos especiales derivados de la ley. En el proceso de justicia y paz se trata de dos tipos de víctimas con calidades especiales, cuya especialidad se origina en condiciones esencialmente diferentes: "*las víctimas que por sus condiciones son personas especialmente protegidas*" y los "*miembros de la fuerza pública*" a los cuales el artículo 5° de la ley les reconoce la condición de víctima.

En el primer grupo tenemos a los niños y niñas, ancianos, minusválidos o personas con limitaciones psíquicas o sensoriales. La ley prevé que los funcionarios encargados de adelantar actuaciones judiciales dentro del proceso tomen medidas especiales de protección y tratamiento que les permita hacer valer adecuadamente sus derechos; sin

²² En relación con la reparación simbólica la H. Corte Constitucional, en la Sentencia C-575 de 2006, expresa lo siguiente: "*Por su parte el artículo octavo luego de señalar que «el derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas» alude a la reparación simbólica que define como «toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas». Al tiempo que señala que «La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática»*".

embargo la ley no les reconoce un tipo de indemnización o de reparación especial o diferente a la ordinaria²³.

También estarían dentro de este segundo grupo, los grupos étnicos minoritarios o los grupos especialmente indefensos o con menor grado de desarrollo, a los que hace referencia el artículo 49 de la Ley²⁴, al establecer las medidas especiales de tipo administrativo que deben adoptarse en las zonas más afectadas por la violencia, sin distinguir el tipo de personas que viven en ellas. Sin embargo, no se pretende fijar reglas especiales en relación con la reparación que deba adoptarse mediante decisión judicial; sólo se hace referencia a medidas administrativas en favor de algunas comunidades y de otro tipo de medidas que, en el proceso judicial, faciliten la participación de esta clase de víctimas.

4.3.1 Integrantes de la fuerza pública y su condición de víctimas²⁵

Los miembros de la fuerza pública fueron incluidos por la ley en condición de víctimas directas²⁶, y sus familiares en la de víctimas indirectas²⁷, cuando se les ha ocasionado un daño por miembros de los GAOML, y respecto de ellas se producen efectos similares a los ya vistos para las demás víctimas; lo especial de esta inclusión es que en ella se deben tener como comprendidos los actos del servicio, esto es, aquellos casos en los que los

²³ La clasificación a que se hace referencia tiene fundamento en disposiciones como las contenidas en los artículos 38, 39, 41 y 58 de la Ley 975 de 2005.

²⁴ Dice el artículo 49 de la LJP: “Programas de reparación Colectiva. El Gobierno, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones, deberá implementar un programa institucional de reparación colectiva que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la institucionalidad propia del Estado social de derecho particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia”.

²⁵ Véase Ley 975 de 2005, art. 5°. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto, Rad. 29240, M.P.: Javier Zapata Ortiz, y Auto, Rad. 27484, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

²⁶ En el inciso 4° del artículo 5° de la Ley 975 de 2005, en relación con los miembros de la fuerza pública, se establece lo siguiente: “Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley” (subrayas fuera de texto).

²⁷ El inciso 5° del artículo 5° de la Ley 975 de 2005, en relación con las víctimas indirectas en el caso de los miembros de la fuerza pública, establece lo siguiente: “Asimismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley”. Véase Corte Constitucional, Sentencias C-370 de 2006, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa y otros; C-516 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

miembros de la fuerza pública fallecen o resultan lesionados en razón del servicio de seguridad a cargo del Estado²⁸.

Se debe resaltar que la ley, al definir como víctima a los miembros de la fuerza pública, no incluye en forma expresa los daños originados en “*sufrimiento emocional*”, ni los relativos a detrimento financiero o económico, aunque no existe una razón válida para concluir que si este tipo de daño llega a presentarse no se pueda alegar, pues lo importante es que exista un daño que ocasiona un perjuicio y no propiamente la naturaleza del mismo.

4.4 Víctimas determinadas e indeterminadas

Un cuarto criterio útil de clasificación es el relativo a distinguir entre las víctimas determinadas y las víctimas indeterminadas, tomando como criterio de referencia su plena identificación o no dentro del proceso; esto tendrá significación de importancia al establecer las obligaciones especiales que tiene sobretodo el Ministerio Público, en relación con las víctimas indeterminadas²⁹.

La **víctima determinada** es la persona plenamente identificada que, cumpliendo las condiciones de la ley, comparece al proceso y hace valer sus derechos. Si es identificable pero no comparece al proceso para los efectos del proceso de justicia y paz, su situación es asimilable a la de una víctima indeterminada.

La **víctima indeterminada**³⁰ corresponde a las personas que existen y que reúnen las condiciones de la ley, pero que por las dificultades que genera su identificación como víctimas no han concurrido al proceso con el fin de hacer valer sus derechos; su

²⁸ La Corte Constitucional, en la Sentencia C-575 de 2006, expresó: “Ahora bien, frente al texto de dichas disposiciones internacionales –que son los que invocan los demandantes y los diferentes intervinientes– la Corte constata que ninguna oposición se configura entre estas y el inciso cuarto del artículo 5° de la Ley 975 de 2005 acusado, pues de las mismas no se desprende una prohibición para el Estado colombiano de conceder o atribuir el estatus de víctima a los miembros de la fuerza pública en las circunstancias a que alude la ley referida. (...) *“Tampoco encuentra la Corte que con ello se vulnere el principio de distinción –entre la sociedad civil y los combatientes– a que se aludió en la misma Sentencia C-255 de 1995, pues en el presente caso de lo que se trata no es de asimilar a los civiles con dichos combatientes para someter a los civiles a una situación de aquellas que precisamente prohíben los textos internacionales citados, sino que se trata es simplemente del otorgamiento a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de la Ley sub examine del carácter de víctimas. Se trata pues más bien de una norma interna más garantista que las previstas en el ordenamiento internacional”*.

²⁹ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto, Rad. 30442, octubre 3 de 2008, M.P.: Alfredo Gómez Quintero. Procuraduría General de la Nación. Circular de 10 de octubre de 2006 del Despacho del Procurador General de la Nación; Directiva 008 de 05 de junio de 2007.

³⁰ Véase Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Resolución N° 0-7178. Bogotá, noviembre 28 de 2008.

condición de indeterminada no hace posible que sus derechos se concreten y mucho menos que se ordene la reparación de sus daños. Una vez estas personas comparecen al proceso pierden su condición de indeterminación y adquieren la condición ordinaria de determinada.

Con el fin de brindar adecuada protección a las víctimas indeterminadas existen dos cargas especiales, una la tiene la Fiscalía y otra la Procuraduría; la Fiscalía General de la Nación debe citar públicamente a las víctimas indeterminadas de las conductas punibles cometidas por los miembros de los GAOML, que el Gobierno Nacional haya postulado como candidatos al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005, para que ejerzan sus derechos; si no comparecen, el Ministerio Público tiene la obligación especial de garantizar su representación en el correspondiente proceso.

La garantía que brinda la Procuraduría en esos casos, en relación con las víctimas indeterminadas de conformidad a lo establecido en el artículo 3° del Decreto 315 de 2007, es sólo mientras tienen esta condición, pues si las víctimas comparecen tienen derecho a acceder en forma personal o a través de apoderado a las diligencias que se desarrollen en todas las etapas procesales, particularmente al incidente de reparación integral.

5. Derechos de las víctimas en el proceso de justicia y paz³¹

Los artículos 37 a 41 de la Ley 975 de 2005 reconocen un conjunto de derechos de las víctimas, en relación o frente a la administración de justicia, con los que se busca que ellas puedan lograr la reparación integral mediante el proceso judicial que se adelanta; los más significativos de esos derechos son los siguientes:

- *Acceder a la justicia desde el inicio del correspondiente proceso para conocer la verdad del hecho que las victimizó³².*

³¹ Véase Corte Constitucional, Sentencias C-516 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; C-454 de 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; C-209 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto, Rad. 27052, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón; Auto, Rad. 29472, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas; Auto, Rad. 29559, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca; Auto, Rad. 26945, MM.PP.: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. Véase Ley 975 de 2005, arts. 6°, 7° y 8°. Véase Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Bogotá, Memorandos N° 39 y 40, junio 18 de 2008, y Resolución N° 0-7178, noviembre 28 de 2008. Véase también Decreto 4760 de 30 de diciembre de 2005, arts. 9°-11; Decreto 3391 de 29 de septiembre de 2006, art. 8°; Decreto 315 de 07 de febrero de 2007.

³² Corte Constitucional, Sentencias C-454 de 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; C-370 de 2006, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa y otros; C-412 de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero y T-275 de 1994,

- *Participar durante todo el desarrollo del proceso relacionado con su caso. Ello supone ser enteradas de manera sencilla y práctica sobre el propósito y el procedimiento de la Ley 975 de 2005, formas y momentos de participar en el proceso para el ejercicio de sus derechos de verdad, justicia y reparación, comunicándoles con la debida anticipación y por el medio más eficaz la programación de las actuaciones procesales relacionadas con su caso*³³.
- *Denunciar, para efectos de reparación, bienes no entregados por los postulados*³⁴.
- *Recibir durante todo el procedimiento un trato humano digno.*
- *La protección de su intimidad y garantía de su seguridad, la de sus familiares y testigos a favor.*
- *Una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito.*
- *Ser oídas y que se les facilite el aporte de pruebas.*
- *Recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, información pertinente para la protección de sus intereses.*
- *Conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas.*
- *Ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal y a interponer los recursos cuando a ello hubiere lugar.*
- *Ser asistidas durante el juicio por un abogado de confianza o por la Procuraduría Judicial.*
- *Recibir asistencia integral para su recuperación.*
- *Ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete, en el evento de no conocer el idioma, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.*
- *Que se adopten medidas adecuadas y todas las acciones pertinentes para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, y su dignidad humana.*
- *A que, como excepción al principio del carácter público de las audiencias de juzgamiento, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, a fin de protegerla ordene que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada.*

M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto, Rad. 27484, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, en la cual se aclara la participación de las víctimas en el Proceso Especial de Justicia y Paz y se señala la diferencia entre el derecho que tienen las víctimas a ser informadas de los resultados obtenidos con la investigación y la posibilidad de interrogar directamente al desmovilizado en la diligencia de versión libre, en tanto esta facultad atañe al Fiscal delegado.

³³ Véase GTZ, EMBAJADA DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA-PROYECTO PROFIS-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, Ley 975 de 2005, Sección D, p. D8.

³⁴ Véase Decreto 315 de 2007.

- *A que tanto los órganos judiciales como las entidades de apoyo técnico y la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, tengan en cuenta las necesidades especiales de las mujeres, de las niñas, niños, personas mayores de edad o con discapacidad que participen en el proceso.*

Las víctimas además tienen los siguientes derechos frente a algunos funcionarios que pertenecen a las instituciones, que están presentes en el proceso de justicia y paz³⁵:

- Magistrados de Control de Garantías.** La víctima puede solicitar y obtener adecuada protección para su integridad cuando está amenazada o se encuentra ante potenciales riesgos o peligros, sin perjuicio del acceso al programa especial de protección que contempla la asistencia inicial y las medidas de protección inmediata³⁶. Solicitar medidas cautelares sobre los bienes que pertenecen al desmovilizado o al GAOML al que pertenece.
- Magistrados de Conocimiento de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá.** La víctima puede solicitar o promover el incidente de reparación.
- Defensoría Pública**³⁷. Solicitar y recibir de la Defensoría asistencia para el ejercicio de sus derechos dentro del marco de la LJP. Además puede ser asistida por un abogado de la Defensoría del Pueblo.
- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR).** La víctima puede recibir orientaciones de la CNRR sobre trámites para acceder a sus derechos.

Estos derechos o garantías previstos en la ley deben ser observados y aplicados por las autoridades que ejercen funciones dentro del proceso judicial, dado que con ellos no se busca otra cosa que facilitar a la víctima que llegue a satisfacer sus derechos fundamentales que para el caso son obtener la verdad, la justicia y la reparación. Luego los derechos enunciados no constituyen un fin en sí mismo, y su real importancia se asocia a la posibilidad de hacer efectivos los derechos sustanciales a la verdad, justicia y reparación, que se asocian a ellos, aunque como medios cumplan una función reparatoria.

³⁵ Véase en lo que sigue, GTZ, EMBAJADA DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA-PROYECTO PROFIS-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, Ley 975 de 2005, Sección D, p. D9.

³⁶ Véase Ley 975 de 2005 art. 38. Decreto 3570 de 18 de septiembre de 2007, que crea el Programa de Protección para Víctimas y Testigos de la Ley 975 de 2005.

³⁷ La representación judicial de víctimas por parte de la Defensoría del Pueblo está reglada en la Resolución 1113 de 15 de diciembre de 2006 del Defensor del Pueblo. En cuanto al procedimiento de atención y víctimas, Véase Resolución 438 de 25 de mayo de 2007 del Defensor del Pueblo.

5.1 Derechos sustanciales de las víctimas

Como lo hemos venido repitiendo, los derechos sustanciales de las víctimas en el proceso de justicia y paz son la verdad, la justicia y la reparación, pero en muchas oportunidades los dos primeros derechos se concretan en la reparación integral. La reparación integral incluye los derechos a la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la seguridad de no repetición, cuyo alcance se puede establecer en estos términos:

5.1.1 Derecho a la restitución

Su alcance legal está contenido en el artículo 46 de la Ley 975 de 2005 según el cual, *“La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades”*. Para lograrlo, en la decisión judicial se deben incluir todas las medidas necesarias para que la víctima o víctimas que comparecen al proceso vuelvan a tener las condiciones que antes tenían, y para ello deberá garantizarse que los bienes de la víctima le serán devueltos tal como lo ordena la ley.

5.1.2 Derecho a la indemnización

Desde el punto de vista económico o patrimonial la indemnización, junto con la restitución, es el derecho que tiene un mayor contenido, puesto que para que la reparación sea plena este concepto debe incluir la compensación de todos los perjuicios materiales e inmateriales de la víctima, entre los cuales se incluyen, dentro de los primeros, (i) el daño emergente y (ii) el lucro cesante, y dentro de los segundos, (iii) los perjuicios morales, y (iv) el daño a la vida de relación; estos conceptos se desarrollan a nivel de detalle en los capítulos correspondientes al daño y a la reparación del daño.

5.1.3 Derecho a la rehabilitación

Este derecho, que aparece definido en el artículo 47 de la Ley, consiste en la reparación del daño a la salud física y mental de la víctima, y por lo tanto en los términos de la Ley, *“...deberá incluir la atención médica y psicológica para las víctimas y sus parientes en primer grado de consanguinidad de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas”*³⁸.

³⁸ En relación con la forma como debe entenderse las aparentes restricciones que se derivan de la lectura simple de la norma, la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006, expresó: *“Distinta es la posición frente al artículo 47 de la ley demandada, pues en ese caso la norma atribuye ese acto de reparación [la atención médica y psicológica],*

No obstante que de la simple lectura de la norma podrían deducirse dos importantes restricciones que la harían inconstitucional, dado que, de un lado, limita la reparación sólo a algunos parientes y, del otro, la condiciona al presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas, en criterio de la Corte Constitucional, expuesto al declarar exequible el texto de la ley –en forma condicionada–, la misma debe aplicarse bajo el entendido que sólo hace mención a los parientes y al Fondo para señalar que las personas allí mencionadas tienen el derecho a la rehabilitación sin que ello implique que, en general, el mismo derecho no deba reconocerse a todas las víctimas y, en segundo lugar, que el hecho de que se mencionen los recursos del Fondo no está limitando el deber de reparación que tiene el condenado ni los recursos que debe destinar el Estado a este propósito.

En consecuencia, lo indicado es que en la sentencia la jurisdicción penal imponga obligaciones para la rehabilitación de la víctima a cargo del condenado, de los miembros del grupo al que el mismo pertenece o perteneció o, finalmente, del Estado, en el caso de que la víctima requiera de este tipo de reparación y aparezca probado dentro de las condiciones ordinarias de la prueba en el proceso. Sin embargo, con el fin de que la víctima pueda ejercer este derecho, la sentencia debe determinar, explícitamente, quién debe asumir la obligación o precisar si se trata de una obligación solidaria.

5.1.4 Derecho a la satisfacción o compensación moral y a la garantía de no repetición³⁹

Consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido. Como modalidades de reparación propias del proceso de justicia y paz, en el artículo 48 de la Ley se hace referencia a un conjunto de prestaciones o medidas de reparación que deben declarar los operadores judiciales al momento de emitir la sentencia condenatoria y que hacen referencia a los siguientes aspectos:

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

al Fondo y lo limita a su presupuesto, de suerte que la eventual carencia de recursos puede afectar la efectividad del derecho a la reparación de las víctimas, razón por la cual es necesario un pronunciamiento de este Tribunal Constitucional, que condicione la exequibilidad de dicha norma a que se entienda que los gastos que demande la rehabilitación de las víctimas deben ser cubiertos por el condenado, dentro de su deber de reparar integralmente a la víctima o por el Estado a través del Fondo, sin que la carencia de recursos justifique el incumplimiento de ese deber”.

³⁹ Véase Corte Constitucional, Sentencias C-370 de 2006 y C-516 de 2007.

- b) **Restitución efectiva.** La búsqueda de los desaparecidos o de las personas muertas y la ayuda para identificarlas y volverlas a inhumar, según las tradiciones familiares y comunitarias. Esta tarea se encuentra principalmente a cargo de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.
- c) **Reputación.** La decisión judicial que restablezca la dignidad y derechos asociados al buen nombre de la víctima y las de sus parientes en primer grado de consanguinidad.
- d) **Reconocimiento.** La disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades.
- e) **Reparaciones simbólicas.** Es toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tiende a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de las conductas penales, la aceptación de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas. Se podrá, por ejemplo, ordenar conmemoraciones, homenajes, construcción de monumentos, denominar edificios, calles, plazoletas o establecer cátedras sobre derechos humanos en las instituciones educativas con el nombre de las víctimas.
- f) **Desmovilización y desmantelamiento de los GAOML.** Como formas de garantizar la no repetición de las conductas delictivas.
- g) **Formación de los condenados.** La asistencia a cursos de capacitación en materia de derechos humanos a los responsables de las violaciones⁴⁰.

Como se puede observar, se trata de un conjunto de medidas que deben ser adoptadas en la sentencia y que buscan reivindicar social y moralmente a la víctima, y su reintegración en forma digna al grupo social al que pertenece; además, están orientadas a hacer explícita la voluntad de los GAOML y de sus miembros de comprometerse con la paz y reincorporarse a la vida civil.

6. Divulgación de los derechos de las víctimas⁴¹

La participación de las víctimas en el Proceso de la Ley de Justicia y Paz (LJP), depende en gran medida de las estrategias de difusión que deben desarrollar las instituciones del Estado para mantener informadas a las víctimas sobre sus derechos y formas de participación.

⁴⁰ Véase Ley de Justicia y Paz, art. 48, num. 8.

⁴¹ En lo que sigue, Véase GTZ, EMBAJADA DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, PROYECTO PROFIS, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, Ley 975 de 2005, Sección D, pp. D9 y ss.

6.1 Edictos emplazatorios a víctimas indeterminadas⁴²

El edicto es elaborado por cada Fiscal de Justicia y Paz y remitido a la Dirección General para que por intermedio de Acción Social sea publicado⁴³. El edicto debe contener los siguientes datos: nombres y apellidos del postulado; tipo de documento de identidad del postulado y número; alias utilizados por los postulados; Bloque o Frente del cual se desmovilizó, con la indicación de los demás bloques a los que perteneció; número del radicado del Proceso y Fiscalía de Justicia y Paz que investiga, y fotografía del postulado.

La Secretaría de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (UNFJYP) fijará el edicto emplazatorio, y además realizará los trámites administrativos para garantizar su publicidad en un diario de amplia circulación nacional y su radiodifusión.

6.2 Jornadas de atención a víctimas

Es un evento dirigido a las comunidades que se realiza en las zonas donde tuvieron injerencia los GAOML que se han desmovilizado. Su objetivo es informar a las víctimas sobre el proceso de justicia y paz, y de la manera como ellas pueden acceder al proceso. Para el desarrollo de estas jornadas es preciso, por parte de los Funcionarios de la UNFJYP, tener en cuenta el “Protocolo Único para el Desarrollo de Jornadas de Atención a Víctimas”. El Fiscal deberá programar con la debida antelación cada jornada e informar con tiempo a las víctimas el día y la hora para su celebración. Además deberá coordinar esta jornada con la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la CNRR, Acción Social y las personerías municipales.

Una vez iniciada la jornada se debe en primer lugar informar a los participantes sobre el procedimiento de la Ley 975 de 2005, los derechos que les asisten a las víctimas, las autoridades encargadas de garantizarlos, los momentos en los cuales pueden participar, explicación sobre las formas y documentos para lograr la acreditación sumaria de la condición de víctima, en los términos del Decreto 315 de 2007 y la Resolución 04773 de 2007, instrucción sobre el Programa de Protección de Víctimas (Decreto 3570 de 2007), información sobre el Programa de Reparación Administrativa (Decreto 1260 de 2008), y explicación sobre la manera de llenar el Formato de Registro de Hechos Atribuibles a los GAOML y el Formato Nacional para la Búsqueda de Personas Desaparecidas.

⁴² Véase Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando N° 007, marzo 26 de 2007, y N° 11 de abril 16 de 2007.

⁴³ Véase Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando N° 10 de febrero 25 de 2005.

La jornada termina revisando e ingresando al Sistema de Información de Justicia y Paz (SIJYP) o al SIRDEC (Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres) los formatos diligenciados y sus anexos.

Si se trata del delito de desaparición forzada puede también realizarse una jornada de exhibición y hallazgo en diligencias de exhumación.

7. Acreditación de la condición de víctima

Para que la víctima sea tenida como tal en el proceso de justicia y paz, debe comparecer por sí o a través de su representante o apoderado en el proceso y acreditar procesalmente su condición de víctima directa o indirecta, con el cumplimiento de las condiciones ya examinadas en este capítulo; la víctima puede comparecer en cualquier estado del proceso pero, en todo caso, debe haberse incorporado al mismo al momento de adelantar el incidente de “*reparación integral*”, pues es aquí en donde se hacen producir verdaderos efectos reparatorios a su condición de víctima.

La acreditación sumaria constituye el momento de apertura de la participación de las víctimas en las diferentes etapas procesales que contempla la ley. Por su naturaleza sumaria, esta acreditación no implica de manera directa la demostración del daño ni es suficiente para que las víctimas accedan al derecho de reparación⁴⁴.

Los derechos de la víctima en relación con la administración de justicia⁴⁵ se deben hacer valer en las diferentes etapas e instancias del proceso, y tiene pleno derecho a conocer en detalle la manera como ha actuado su victimario y las circunstancias y motivos determinantes del daño que se le ha causado y, en consecuencia, debe ser tenida como tal en el momento procesal en que lo solicite; pero, se repite, el momento determinante para obtener la reparación es en el incidente de reparación integral a que hace referencia el artículo 23 de la Ley 975 de 2005.

8. Prueba de la condición de víctima

Sin desconocer la informalidad y flexibilidad que debe tener la práctica de pruebas y la incorporación de las mismas al proceso, además de la ayuda y colaboración que la

⁴⁴ Véase GTZ, EMBAJADA DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA-PROYECTO PROFIS-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, Ley 975 de 2005, Sección D, p. D24.

⁴⁵ Aparecen detallados en los artículos 37 a 41 de la Ley.

Procuraduría Judicial y la Defensoría del Pueblo para el proceso de justicia y paz debe brindar a la víctimas, es necesario que las mismas, acudiendo a principios de libertad de prueba, que se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico, acrediten su condición de tales, para lo cual será necesario probar el daño causado y, como consecuencia del mismo, los perjuicios que se han ocasionado; en el caso de víctimas indirectas deberán probar la existencia de la víctima directa y las condiciones de parentesco, para los casos en que se presume su condición de víctima y, en los demás casos, además del parentesco, el vínculo afectivo o patrimonial que origina el perjuicio cuya reparación se busca en el proceso.

De todos modos, es claro que debe darse cumplimiento al principio de la necesidad de la prueba de modo que no bastará con la simple afirmación de tener la condición de víctima para obtener la reparación; es necesaria la prueba del daño, y es a la víctima a quien le corresponde probarlo.

No obstante, dentro de lo posible, las víctimas deben demostrar al Fiscal delegado, previa y sumariamente, el agravio y la ocurrencia de un daño directo, real, concreto y específico, derivado del accionar de los miembros de los GAOML desmovilizados y cobijados por el marco del proceso. Se deberán identificar y allegar, en la medida de lo posible, **alguno de los siguientes documentos**, con el propósito de demostrar sumariamente el daño sufrido⁴⁶:

- Copia de la denuncia a través de la cual se dio a conocer el hecho generador del daño a alguna autoridad judicial, administrativa o de policía.
- Certificación expedida por autoridad judicial, administrativa, de policía o por el Ministerio Público que dé constancia de los hechos que causaron daño.
- Dependiendo del caso, copia de la providencia judicial mediante la cual se dio orden de apertura de la investigación, se impuso medida de aseguramiento o se profirió resolución de acusación o sentencia condenatoria, o copia del registro de audiencia de imputación, formulación de cargos, o individualización de la pena y sentencia, a razón del hecho que causó un daño.
- Certificación, expedida por autoridad municipal competente, sobre la vecindad o la residencia respecto del lugar y tiempo en que se presume ocurrieron los hechos que causaron el daño.
- Certificación, expedida por autoridad competente, que acredite o demuestre el parentesco con la víctima que sufrió el daño directo.

En cualquier caso, las víctimas deben diligenciar el Formato de Reporte de Hechos atribuibles al GAOML y/o el Formato de Víctimas de Desaparición Forzada, en los

⁴⁶ Véase Decreto 315 de 2007, art. 4°.

cuales deberá escribir su nombre, apellido y número de cédula, dirección y teléfono en donde se les pueda contactar, datos completos de las víctimas, las circunstancias de tiempo (día, mes y año), modo y lugar en que ocurrieron los hechos, si conoce o sabe quiénes fueron los presuntos autores del hecho (bloque, frente o forma organizativa) y, en caso de que exista alguna investigación penal por estos delitos, deberá facilitar el número de expediente o la copia de la denuncia, si los conoce o los tiene en su poder.

Posteriormente el Fiscal Delegado de la UNFJYP realiza labores de verificación y análisis de la información obtenida. Si como resultado de las labores de verificación y análisis obtiene elementos de juicio sólidos que le permiten establecer la relación del hecho reportado por la víctima con las actividades del GAOML desmovilizado o de algunos de sus miembros, hará el reconocimiento sumario de la calidad de víctima o perjudicado **mediante orden escrita**.

Además, si el caso está judicializado, el Fiscal delegado documentará como mínimo lo siguiente: la autoridad judicial que conoce del caso con indicación del respectivo distrito judicial o dirección seccional; el nombre y datos relevantes de la(s) víctima(s), el resumen del hecho, los presuntos responsables del hecho y sus características morfofotográficas, y demás datos que permitan su individualización e identificación, la etapa procesal en que se encuentra la actuación, la existencia o no de un vínculo con un miembro de un GAOML, los posibles testigos y lugares de ubicación, y la existencia de elementos de juicio que permitan inferir que el hecho obedeció a un patrón sistemático y generalizado atribuible a un determinado GAOML.

Pero si el caso no está judicializado, el Fiscal delegado deberá remitir copia del reporte a la Dirección Seccional de Fiscalías que corresponda, para que se dé inicio a las labores de análisis y verificación.

Si el Fiscal delegado considera que no existen elementos sólidos que determinen que la persona solicitante es víctima, **mediante orden motivada** se abstendrá de hacer el reconocimiento sumario y enviará los documentos relacionados al despacho judicial que conozca del caso, y si el hecho no se ha judicializado el Fiscal delegado dispondrá lo pertinente ante la Dirección Seccional de Fiscalías de la jurisdicción que corresponda⁴⁷.

El Fiscal debe **revocar** el reconocimiento sumario si en el desarrollo de la investigación establece que el hecho no es competencia de la UNFJYP.

⁴⁷ Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Bogotá, Resolución N° 0-4773, diciembre 3 de 2007.

9. Definición de víctima según la jurisprudencia internacional y los sistemas de justicia transicional

De acuerdo con lo expresado en el presente capítulo, el concepto de víctima en derecho internacional no dista mucho de las definiciones del derecho colombiano.

A su vez, comparando las diferentes legislaciones en contextos de transición o en la utilización de mecanismos propios de la justicia transicional, se encuentra que en varios casos se ha circunscrito la definición de víctima a circunstancias de modo, tiempo y lugar⁴⁸.

En numerosos contextos, como por ejemplo en Sudáfrica⁴⁹ (*Promotion of National Unity and Reconciliation Act of 1995*) se menciona que la condición de víctima será determinada por una comisión especial (en el caso de ese país por la propia Comisión de Verdad y Reconciliación). Este reenvío a una comisión, u otros sistemas de control estatal o independiente, no es la regla en todos los sistemas de reparación aunque es bastante frecuente⁵⁰. A su vez, la citada Comisión sudafricana considera como víctima a quien ha sufrido un perjuicio en forma de una lesión física o psicológica, un sufrimiento emocional, una pérdida pecuniaria o una sustancial discapacidad, como resultado de una grave violación a los derechos humanos o como resultado de un acto asociado con objetivos políticos para los cuales la amnistía fue otorgada⁵¹. También se hace alusión a los parientes o los dependientes como víctimas⁵². En varios casos las leyes de reparación

⁴⁸ Por ejemplo, las víctimas de violaciones a los derechos humanos por los hechos acaecidos entre tal año y tal año en tal lugar. Véase República de Argentina, Leyes 23.466, 24.043, 24.321, 24.411, 25.914. Decretos 1228 de 1987, 70 de 1991, 205 de 1997 y 403 de 1995; República de Chile, Ley 19.123; República Federativa del Brasil, Ley 9.140, Ley 18.596 de 18 de septiembre de 2009 (Uruguay); entre muchas otras. No obstante, las legislaciones dejaban a criterio de un organismo la determinación de la condición de víctima, v. gr. Programa de Calificación (Chile), Comisión de la Ley 9.140 (Brasil). Sobre ese punto véase BOLÍVAR, AURA PATRICIA. “Mecanismos de reparación en perspectiva comparada.” En: *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Obra colectiva. Ed. Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez, Rodrigo Uprimny Yepes, pp. 106 y ss.

⁴⁹ Véase Regulation 1660. Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 1995, Act 34/95: Regulations Regarding Reparation to Victims in: Government Gazette. Republic of South Africa. Regulation Gazette N° 7821. Vol. 461, Pretoria, November 12, 2003, N° 25695. Department of Justice and Constitutional Development. November 12, 2003.

⁵⁰ Además de los mencionados casos de Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, se conocen, entre otros, los de la República de Corea, La ley 7214 del 27 de marzo de 2004; el de Taiwán con *El estatuto para la compensación por el Incidente del 28 de Febrero de 1947 de 7 de abril de 1995 y la ley para la compensación a las víctimas de la Ley Marcial (Estado de sitio) de 28 de mayo de 1998*; Rusia: La Ley para la Rehabilitación de las víctimas de la represión de noviembre de 1991.

⁵¹ Promotion of National Unity and Reconciliation Act of 1995. Sec. 1(1) (xix) (a), 1(1) (ix).

⁵² *Ibidem* Sec. 1(1) (xix) (c).

llegan posteriormente a la creación de una comisión de la verdad, y se apoyan en los reportes finales –total o parcialmente⁵³– de dichas instancias, para declarar quién tendrá derecho a las reparaciones⁵⁴.

De todas formas, de acuerdo a la experiencia comparada, las situaciones son muy diversas y resulta muy difícil definir categorías para cada uno de los contextos en los que se llevan a cabo las leyes de reparación.

Por su parte, las definiciones del derecho internacional tienden a ser omnicomprensivas.

Así, entonces, los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, de las Naciones Unidas⁵⁵, define víctima como:

Toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del Derecho Internacional Humanitario.

Para las Naciones Unidas el concepto de víctima comprende también a la familia:

Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización⁵⁶.

⁵³ Por ejemplo la Ley de Reparación Integral de Uruguay (Ley 18.596 de 18 de septiembre de 2009) toma en cuenta las conclusiones de la Comisión para la Paz de 2000 para tener por acreditada la condición de víctima de los que allí habían sido declarados, sin perjuicio de que la ley abarca a otros grupos de víctimas (artículo 9 C).

⁵⁴ Por ejemplo, en el caso de los programas de reparación chilenos, o parcialmente de Argentina. Sobre ello, Véase GUEMBE, MARÍA JOSÉ. “La experiencia argentina de reparación económica de graves violaciones a los derechos humanos”. En: DÍAZ, CATALINA (Ed.). *Reparación para las víctimas de la violencia política*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2008, pp. 19 a 70.

⁵⁵ A/RES/60/147, 16 de diciembre de 2005. En el mismo sentido: Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; Consejo de Europa, Recomendación N° R (2006) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la Asistencia a las Víctimas de Delitos; Unión Europea, Decisión Marco del Consejo de marzo 15 de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal (2001/220/JAI).

⁵⁶ *Ibidem*.

La Convención Americana de Derechos Humanos no contempla el concepto de víctima (que sin embargo utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH–; ver *infra*), sino el de parte lesionada⁵⁷. Por su parte, el Convenio Europeo para los Derechos Humanos⁵⁸ utiliza el concepto de perjudicado. La Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– manejan el concepto de víctima. En materia de reparaciones la Corte IDH utiliza también el término de beneficiarios.

En el Derecho Internacional Humanitario y en el Derecho Penal Internacional se habla de víctima y causahabiente⁵⁹ para distinguir a la víctima y sus familiares.

El artículo 85 del Reglamento de Procedimientos y Pruebas de la CPI define la víctima como: “*Las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte*”⁶⁰.

Interpretando los citados textos, la jurisprudencia internacional ha hecho extensivo el concepto de víctima tanto a las personas que en el orden interno tendrían la condición de víctimas directas, como a sus familiares.

En efecto, aparte de considerar como víctima a quien padece una violación a sus derechos, el Comité de Derechos Humanos –DDHH– de las Naciones Unidas considera que los familiares de las víctimas que han sufrido una grave violación a sus DDHH son también víctimas, por cuanto el dolor padecido constituye un trato cruel, inhumano o degradante, siendo así una violación al derecho a la integridad personal⁶¹ consagrado en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁶². Esta misma posición la comparte la Corte IDH⁶³ y el TEDH⁶⁴.

En cuanto a la prueba de condición de víctima, el estándar de la Corte Interamericana es el siguiente, cuando se trata de familiares directos de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos:

⁵⁷ Artículo 63, aprobado en Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

⁵⁸ Artículo 41.

⁵⁹ Artículo 73 del Estatuto de la CPI. Aprobado en Colombia mediante el Acto Legislativo 02 de 2001 y la Ley 742 de 2002.

⁶⁰ *Adde*, SCP, 17/01/2006.

⁶¹ Naciones Unidas. Comité de DDHH. Comunicación 107/1981, Quinteros V. Uruguay, Párrafo 14.

⁶² Artículo 7º, aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968

⁶³ Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C N° 36. , Párrafo 116. Caso Valle Jaramillo, Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Párrafo 119.

⁶⁴ Council of Europe, ECHR, Case of Hasan Ilhan v. Turkey, sentence of november 9 of 2004, Párrafo 107.

El Tribunal considera que se puede declarar la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos aplicando una presunción iuris tantum respecto de madres y padres, hijas e hijos, esposos y esposas, compañeros y compañeras permanentes (en adelante “familiares directos”), siempre que ello responda a las circunstancias particulares en el caso, conforme ha sucedido, por ejemplo, en los casos de algunas masacres, desapariciones forzadas de personas, ejecuciones extrajudiciales. En el caso de tales familiares directos, corresponde al Estado desvirtuar dicha presunción. En los demás supuestos, el Tribunal deberá analizar si de la prueba que consta en el expediente se acredita una violación del derecho a la integridad personal de la presunta víctima, sea o no familiar de alguna otra víctima en el caso⁶⁵.

Por lo tanto, cuando se trata de familiares directos de graves violaciones a los derechos humanos se presume la condición de víctima, invirtiendo la carga de la prueba para el Estado. En los otros casos se deberá demostrar la condición de víctima probando el daño sufrido por las violaciones.

En síntesis, de acuerdo con el derecho internacional, el término víctima se refiere a todo aquél que ha padecido un perjuicio con ocasión de la violación de sus derechos humanos, perjuicio consistente en una aminoración física, síquica, material o de sus derechos fundamentales. Los familiares o allegados a las víctimas directas pueden también ser considerados como víctimas.

10. Los grupos como víctimas en el Derecho Internacional

En relación con la posibilidad de considerar a los grupos como víctimas, no existe una posición jurídica consolidada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶⁶. No obstante, ciertamente se ha analizado el tema y se han hecho aportes con el fin de dilucidar esta nueva problemática presente en el derecho de daños.

Algunos programas o mecanismos de reparación hacen mención a una dimensión colectiva abstracta, como por ejemplo aquellos que se refieren a la sociedad en su conjunto, al pueblo, o reconocen a un grupo de víctimas como una entidad que debe ser reparada colectivamente⁶⁷. Igualmente se hace referencia al derecho a la verdad

⁶⁵ Caso Valle Jaramillo *supra*, Párrafo 119.

⁶⁶ Véase SHELTON, D. *Remedies in International Human Rights Law*, New York. Oxford University Press, 2005, p. 246.

⁶⁷ Véase Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1991, Chile. Hace mención a la necesidad de preservar la memoria histórica de lo acontecido, pp. XI, XII, XV; Decreto Supremo 355 de 25 de abril de 1990,

como forma de reparación colectiva para los grupos de víctimas y también para la sociedad en su conjunto⁶⁸ (permitiendo por ejemplo que se pueda llevar a cabo la reconciliación entre distintos grupos)⁶⁹. Esa misma idea se encuentra recogida en los instrumentos internacionales⁷⁰ de derechos humanos y en la jurisprudencia nacional⁷¹ e internacional⁷². En ese mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) en sus *Lineamientos*

que crea la CVR chilena de 1990, léase los considerandos 1 a 8; Informe Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, Chile, p. 9, noviembre de 2004; Naciones Unidas, Consejo de Seguridad S/25500, 1993, Informe de la Comisión de la Verdad de El Salvador. Capítulo V, Recomendaciones, compensación moral, p. 186; Informe Final, Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia, Bogotá, Colombia, 2009, p. 11, Párrafo 15; Mandate of the Canadian Truth and Reconciliation Commission, 2007, Goals 1 b); Germany, Law creating the Commission of Inquiry on “Working Through the History and the Consequences of the SED Dictatorship”, Act Number 12/2597, de 14 de mayo de 1992, Párrafo 3 de Parte II; véase asimismo España, artículo 2 de la ley 52/2007, de 26 de diciembre de 2007, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2007/12/27/pdfs/A53410-53416.pdf>: “derecho de todos los ciudadanos a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal y familiar (...)”.

⁶⁸ Véase, entre otros, NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Estudio sobre el Derecho a la Verdad*. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006, Párrafos 14, 15, 23, 36 y 37.

⁶⁹ Véase por ejemplo Informe Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, Chile, p. 618, Informe de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, Vol. 5, 1998, pp. 350 y ss.; véase asimismo el caso de la Investigación Nacional sobre Generaciones Robadas en Australia, creada el 11 de mayo de 1995; sobre el tema véase VIJAYARASA, RAMONA. “Enfrentando la Historia de Australia: verdad y reconciliación para las generaciones robadas”. En: *Revista Sur*. N° 7. Año 4. Red Universitaria de Derechos Humanos, San Pablo, 2007, pp. 129 y ss.

⁷⁰ Véase *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad*. Op. cit. Bajo el acápite del *derecho a saber*, mencionan el derecho a la verdad en lo relativo al derecho que tiene cada pueblo a conocer su propia historia de violaciones a los derechos humanos (Principio 2), *Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 2 octubre de 1997, Párrafo 17.

⁷¹ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006.

⁷² Véase, entre otros, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 136/99, de 22 de diciembre de 1999, Caso Ignacio Ellacuría y otros, Párrafo 221, Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.120 Doc. 60. 13 diciembre 2004, Párrafo 32, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia OEA/Ser.L/V/II.125, 1° de agosto de 2006, Párrafo 41, Corte IDH, Caso La Rochela, *supra*, Párrafo 195; Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C. N° 153, Párrafo 135 h), Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C. N° 140, Párrafo 164 e).

Principales para una Política Integral de Reparaciones en Colombia⁷³, y la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación⁷⁴.

Por otro lado, en la experiencia comparada de la justicia transicional, los programas de reparación suelen incluir a grupos y colectivos (determinados y/o determinables) como víctimas. Por ejemplo en Canadá los litigios civiles por los abusos cometidos contra los niños autóctonos en los internados escolares detonaron en un procedimiento alternativo de arreglo de disputa, en el cual se incluyó la creación de una Comisión para la Verdad como medida de reparación⁷⁵. En esos mismos rubros se encuentran las reparaciones para las víctimas sobrevivientes del régimen nazi, en especial la comunidad judía y todos aquellos que se vieron obligados a realizar trabajo forzado bajo el nazismo⁷⁶. Véase asimismo el caso de las anulaciones de sentencias del nacional socialismo alemán⁷⁷, el caso de los japoneses estadounidenses internados en campos en EE.UU. durante la Segunda Guerra Mundial⁷⁸, o el de las *Comfort Women coreanas* durante la Segunda Guerra Mundial⁷⁹.

⁷³ Véase Comisión IDH, documento OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, de 19 febrero 2008, párrafo 3.

⁷⁴ Véase CNRR, *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*, Bogotá 2007, párrafos 2, 5, 8, 9, 12a, 15, 18, 22 entre otros.

⁷⁵ Véase KEN-COOPER STEPHENSON. "Reparations for residential Shool Abuses in Canadá: litigation, ADR, and Politics". En: MAX DU PLESSIS et al. *Repairing the Past? International Perspectives, on Reparations for Gross Human Rights abuses*. Intersentia, Amberes, 2007, pp. 359 y ss. Véase también el ofrecimiento de disculpas públicas del Primer Ministro Stephen Harper, el 11 de junio de 2008, 39th Parliament, 2nd Session, edited hansard • number 110.

⁷⁶ Véase AUTHERS, JOHN. "Making good again: German compensation for forced and slave laborers". En: DE GREIFF, PABLO (Ed.). *The Handbook of Reparations*. International Center for Transitional Justice, 2006, pp. 420 y ss.; Settlement Agreement, United States District Court, Eastern District of New York, Holocaust Victims Assets, CV-96-4849, CV-96-6161, CV-97-0461. United States Courthouse, Brooklyn, New York, august 12, 1998; United States, District Court of New Jersey; Alice Burguer and others vs. Degussa A.G. Corporation, Civil Actions N° 98-3958, 98-5019; United States, District Court of the Eastern District of New York, Evgeny Guminsky and others vs. Opel AG, Volkswagen AG, Siemens AG and other german companies, Class action, entre otras.

⁷⁷ *Act to nullify wrongful decisions of the National Socialist criminal law system and sterilization decisions of former hereditary health courts*. Bundesgesetzblatt, Part I, 1998-08-31, N° 58, pp. 2501-2504. Provides for the nullification of court decisions which were made for political, military, racial, and religious reasons, as well as sterilization decisions under the Act for the prevention of hereditarily ill progeny (14 July 1933). Texto disponible en alemán: <http://www.gesetze-im-internet.de/ns-aufhg/BJNR250110998.html>. Para más información véase ERRANDONEA, JORGE. *Estudio comparado de la anulación de sentencias injustas en España*. Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2008, p. 19.

⁷⁸ Véase YAMAMOTO, ERIC et al. En: DE GREIFF, PABLO (Ed.). *The Handbook of Reparations*. International Center for Transitional Justice, 2006, pp. 269 y 270.

⁷⁹ Véase BO JUNG KWON. "I will be forgotten: legal redress for corean comfort women". En: MAX DU PLESSIS et al. *Repairing the Past? International Perspectives, on Reparations for Gross Human Rights abuses*. Op. cit., pp. 413 y ss.

Esa alusión a la necesidad de llevar a cabo reparaciones colectivas a sujetos colectivos no ha sido la regla en todos los contextos de justicia transicional como lo demuestra el caso de Chile, en donde la falta de perspectiva diferencial en el otorgamiento de las reparaciones a integrantes de comunidades indígenas ha tenido consecuencias negativas en las relaciones *intragrupo*⁸⁰.

En el derecho internacional, aún cuando el concepto se encuentra en elaboración, el mismo ha tenido desarrollos importantes: por ejemplo, el Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo (OIT⁸¹) contempla la indemnización a las comunidades indígenas por los daños ocasionados cuando se realice una actividad minera en su territorio⁸². Igualmente, se contempla la indemnización a las comunidades indígenas por cualquier perjuicio que reciban con ocasión de un traslado o reubicación⁸³. Además, de acuerdo a la letra del Convenio, los países que lo ratifiquen están sometidos a un mecanismo de supervisión sobre la implementación de las disposiciones del instrumento⁸⁴.

Los citados principios y directrices sobre los derechos de las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos (DDHH) expresan que existe una tendencia contemporánea de victimizar a los grupos de personas tomados estos como objetivo colectivo⁸⁵, y en este sentido los Estados deben procurar el acceso a la justicia de las víctimas como grupo para obtener su reparación⁸⁶.

También el Relator de las Naciones Unidas sobre los derechos de las víctimas a recibir una indemnización, señala que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH– los grupos son susceptibles de reparación bajo causales como el daño ambiental o los daños a grupos étnicos⁸⁷.

⁸⁰ Véase, por ejemplo, LIRA, ELISABETH. “The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile”. En: DE GREIFF, PABLO (Ed.). *The Handbook of Reparations*. International Center for Transitional Justice, New York, 2006, p. 63. Véase también LIRA, ELISABETH y LOVEMAN, BRIAN. *Políticas de reparación*. Santiago: LOM Ediciones, 1990-2004, 2005, pp. 153 y 154.

⁸¹ Adoptado el 27 de junio de 1989, y ratificado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991.

⁸² Véase el artículo 15 del Convenio.

⁸³ Véase el artículo 16 del Convenio.

⁸⁴ Para más detalles sobre los mecanismos de supervisión referirse por ejemplo a S. JAMES ANAYA. *Indigenous People in International Law*. Oxford University Press, 2004, pp. 217 en adelante.

⁸⁵ A/RES/60/147, Preámbulo. *Supra*.

⁸⁶ *Ibidem*, Párrafo 13.

⁸⁷ “Son de importancia vital para la vida y el bienestar de las poblaciones indígenas los derechos sobre la tierra y los derechos relativos a los recursos naturales, así como a la protección del medio ambiente. En el derecho internacional, ya existente o en formación, relativo a los derechos de las poblaciones indígenas se hace especial hincapié en la protección de esos derechos colectivos (...).”

Al respecto, el Comité de DH, en el caso *Ominayak v. Canadá*⁸⁸ consideró para efectos de la reparación, la propiedad colectiva de las comunidades indígenas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Papamichalopoulos v. Grecia*⁸⁹ reconoció como forma de reparación a un grupo afectado, la construcción de nuevas viviendas al establecer que se les debía restituir un área de tierras con sus construcciones. A pesar de lo anterior, son los peticionarios los beneficiarios de la reparación, y estos se encuentran determinados y personalizados en la correspondiente petición (por lo tanto no se trata puramente de una reparación colectiva). Los daños ambientales fueron reconocidos por el TEDH en los casos *López Ostra v. Spain*⁹⁰, *Fadeyeva v. Rusia*⁹¹ y *Guerra v. Italia*⁹². Sin embargo las reparaciones otorgadas por el TEDH han tendido a individualizar a las víctimas y no a reparar al grupo como tal.

En el Sistema Interamericano este tipo de reparación con dimensión colectiva se presenta cuando una violación a los Derechos Humanos produce un impacto que trasciende la esfera subjetiva del daño individual para convertirse, por la gravedad de la violación en un daño a la comunidad, producida por su incidencia directa en la misma, por ende, la reparación también debe envolver a la comunidad afectada. El más claro ejemplo se da en

"En el proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas se reconoce el derecho a la restitución o, cuando ésta no sea posible, a una compensación justa y equitativa por las tierras y territorios que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre e informado. La compensación tomará, de preferencia, la forma de tierras y territorios de calidad, cantidad o condición jurídica por lo menos igual a las que se perdieron.

"En lo que respecta al daño ambiental, que puede afectar a diversos derechos humanos, en particular el derecho a la vida y el derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar, es útil tener presente la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada el 14 de junio de 1992 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. El principio 13 de la Declaración de Río, que se basa en gran medida en el principio 22 de la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, dice lo siguiente: "Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción". VAN BOVEN, T. Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales. ONU, ECOSOC. E/CN.4/Sub.2/1993/8. Párrs. 17 a 20.

⁸⁸ Naciones Unidas CCPR/C/38/D/167/1984. *Chief Bernard Ominayak and Lubicon Lake Band v. Canada.*

⁸⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Papamichalopoulos v. Greece.* October 31 of 1995: punto resolutivo "The Court Unanimously: Holds that the respondent State is to return to the applicants, within six months, the land in issue of an area of 104,018 sq. m, including the buildings on it".

⁹⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *López Ostra v. Spain,* December 9 of 1994.

⁹¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Fadeyeva v. Rusia,* June 9 of 2005.

⁹² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS *Guerra v. Italy,* January 17 1998.

el caso *Aleboetoe vs. Surinam*, donde la Corte IDH determinó como forma de reparación social la construcción de una escuela y un puesto de salud a la comunidad afectada⁹³.

A pesar de lo anterior, aún si los medios de reparación pueden ser considerados colectivos, con efectos colectivos o con una dimensión colectiva⁹⁴, es importante recordar que la Corte IDH siempre declara violados derechos de individuos determinados o determinables, no de colectividades. Como dice CLAUDIO NASH, refiriéndose a las reparaciones colectivas:

*si bien establecieron formas de reparación que beneficiaban a la comunidad, estas no se ordenaron en atención a la naturaleza del colectivo, sino que como formas de reparación vinculadas a las víctimas individuales (educación en un caso y memoria histórica en el otro)*⁹⁵.

En el contexto del Derecho Penal Internacional encontramos que las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (CPI) consideran como

⁹³ “En su escrito explica la Comisión que en la sociedad maroon tradicional, una persona no sólo es miembro de su grupo familiar sino, también, de su comunidad aldeana y del grupo tribal. Los aldeanos constituyen, según ella, una familia en el sentido amplio, razón por la cual el perjuicio causado a uno de sus miembros constituiría también un daño a la comunidad, que tendría que ser indemnizado.

“La Corte considera, respecto del argumento que funda la reclamación de una indemnización por daño moral en la particular estructura social de los saramacas que se habrían perjudicado en general por los asesinatos, que todo individuo, además de ser miembro de su familia y ciudadano de un Estado, pertenece generalmente a comunidades intermedias. En la práctica, la obligación de pagar una indemnización moral no se extiende a favor de ellas ni a favor del Estado en que la víctima participaba, los cuales quedan satisfechos con la realización del orden jurídico. Si en algún caso excepcional se ha otorgado una indemnización en esta hipótesis, se ha tratado de una comunidad que ha sufrido un daño directo (...).

“Ordena al Estado de Suriname igualmente, con carácter de reparación, reabrir la escuela (...) en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en operación en el curso de ese año el dispensario existente en ese lugar”. Corte I.D.H., Caso Aloboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C. N° 15. Párrafos. 83 y ss. Véase también Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C. N° 77, Párrafo 103; Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C. N° 38, Párrafo 48.5.

⁹⁴ Véase por ejemplo Corte I.D.H., Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C. N° 79, Párrafo 149, o Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C. N° 146, Párrafos 120 y 121.

⁹⁵ Véase NASH, CLAUDIO. *Las Reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, p. 38. Véase asimismo RUIZ CHIRIBOGA, OSWALDO. “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano”. En: *Revista Sur*. San Pablo. Red Universitaria de Derechos Humanos, N° 5. Año 3, 2006, p. 47.

víctimas a organizaciones o instituciones dedicadas a la religión, el arte, la ciencia, la salud, la cultura, la historia o a cuestiones humanitarias, que sufran daños en los bienes que utilizan para prestar estos servicios⁹⁶.

Por lo tanto, la aplicación de las reparaciones colectivas cobrará gran vigencia en los casos de violaciones colectivas a los DDHH, en daños ambientales y en daños a etnias y comunidades indígenas, reparaciones que, no obstante, están en una fase de desarrollo primigenia.

Por último, en atención a lo expresado, se pueden distinguir varias situaciones que no deben confundirse: a) el reconocimiento de un daño a una o varias víctimas, b) las reparaciones que pueden ser colectivas, plurales o grupales.

Dentro de la primera noción se encuentran los daños reconocidos a los grupos familiares de las víctimas directas, a los sujetos colectivos (por ejemplo etnias indígenas), a los derechos colectivos (por ejemplo medioambientales) o a los grupos de individuos determinables (por ejemplo a las víctimas de un tipo particular de violación). En cuanto a las reparaciones, estas no siempre coinciden con el carácter individual o colectivo de la víctima. Las sentencias de la Corte IDH son características de reparaciones que adquieren efectos colectivos o una dimensión colectiva, pero con víctimas declaradas que son individuales (y no como un sujeto colectivo).

11. Noción de víctima en el Derecho Internacional

Sistema Interamericano de Protección a los DDHH	Sistema de las Naciones Unidas	Sistema Europeo de Protección a los DDHH	Corte Penal Internacional
Persona natural, que sufra daños como consecuencia de	Persona natural que sufra daños como	Persona natural o jurídica que sufra daños como	Persona que sufra un daño como consecuencia

⁹⁶ CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Las Reglas de Procedimiento y Prueba*. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000).

“Regla 85: Definición de víctimas: Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas:

“a. Por «víctimas» se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;

“b. Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”.

Sistema Interamericano de Protección a los DDHH	Sistema de las Naciones Unidas	Sistema Europeo de Protección a los DDHH	Corte Penal Internacional
<p>las violaciones a los DDHH⁹⁷.</p> <p>Las víctimas tienen que estar determinadas o determinables⁹⁸</p>	<p>consecuencia de violaciones a los DDHH y al DIH⁹⁹.</p> <p>Las víctimas tienen que estar determinadas¹⁰⁰.</p>	<p>consecuencia de violaciones a los DDHH¹⁰¹.</p> <p>Las víctimas tienen que estar determinadas¹⁰².</p>	<p>de un delito de competencia de la CPI¹⁰³ y organizaciones o instituciones dedicadas a la religión, el arte, la ciencia, la salud, la cultura, la historia o a cuestiones humanitarias, que sufran daños en los bienes que utilizan para prestar estos servicios a CPI¹⁰⁴. Víctimas tienen que estar determinadas¹⁰⁵.</p>

⁹⁷ CADH. Art. 63.1; Véase Corte IDH. Caso Blake supra Caso Valle Jaramillo supra., Párrafo 119.

⁹⁸ Véase Corte IDH. Caso *Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C. N° 164. Las víctimas determinables solo son para la aplicación de las medidas provisionales de protección proferidas por la Corte IDH. Ver al respecto: DÍAZ VARGAS, ÁLVARO Y LÓPEZ, CLAUDIA ET AL. *Manual de Procedimiento de Justicia y Paz*. Bogotá: GTZ, 2009, p. 66 y Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000, Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia, Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, entre otras.

⁹⁹ Definición de los Relatores de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de graves violaciones a los DDHH y al DIH (ver supra).

¹⁰⁰ Naciones Unidas, Comité de DDHH, caso de los minúsculos italianos, Observaciones del 10.04.1984.

¹⁰¹ CEDH. Art. 41.

¹⁰² CEDH. Art. 34.

¹⁰³ Estatuto de la CPI. Art. 73; Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI. Art. 85.

¹⁰⁴ Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI. *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

Conclusiones

Visto en panorama el concepto de víctima, es decir, desde la perspectiva del DIH, de algunas normativas internacionales de justicia transicional, de las reglas generales del derecho colombiano y de las particulares de la Ley de Justicia y Paz, se puede concluir que:

- La víctima es toda persona, esto es, **todo ser humano**, que individual o colectivamente ha recibido un daño, ocasionado por la actividad ilícita de un grupo armado organizado al margen de la ley.
- La víctima acredita su condición demostrando **el daño** que se le ha causado y tiene derecho a ser reparada, a que se conozca la verdad y a que se haga justicia con quienes le han ocasionado el daño.
- Los derechos sustanciales de la víctima son los de obtener **verdad, justicia y a ser reparada**, derechos que se asocian y están vinculados entres sí y frente a los cuales la justicia y la verdad son los sustanciales en el proceso penal, pues la reparación puede ser lograda por otros medios y aún la víctima o víctimas pueden renunciar a su obtención.
- Tanto la víctima como el daño tienen la dimensión **individual y colectiva**, lo que no se determina por el número de afectados sino por el tipo de bien jurídico tutelado, y ello debe ser asociado con la reparación del daño que se ha causado; así, tienen dimensión individual (por tanto reparación individual), las lesiones o muerte que se causa a o una o varias personas. Y tiene dimensión colectiva (por tanto reparación colectiva), la afectación a un derecho colectivo de los individuos que integran la sociedad como por ejemplo la destrucción de un colegio o de un hospital que está al servicio de la comunidad, a través del cual las personas ejercen sus derechos a la educación y a la salud.
- La reparación a la víctima debe estar referida al daño causado y debe ser integral, concepto que involucra la plenitud de la misma en toda su dimensión, pues no sólo tiene un contenido económico, sino que además asociada a que la víctima vuelva a integrarse a la sociedad de que hace parte, su existencia sea dignificada, se conozca toda la verdad, se haga justicia y tenga la garantía de no repetición de los daños que se le han causado.

Capítulo II

El daño¹

1. Concepto de daño

El tema del daño es elemento central en este estudio. El daño constituye el núcleo mismo del instituto de la responsabilidad patrimonial, pues al menos en sistemas jurídicos como el nuestro, si no existe daño y daño resarcible, mal puede predicarse la existencia

¹ Advertencia introductoria. Inicialmente, y con el propósito de evitar confusiones posteriores, vale la pena señalar que el tratamiento de “*el daño*” como hecho jurídico que desencadena la responsabilidad patrimonial y otras medidas reparatorias, es común en las diversas áreas del conocimiento jurídico que se ocupan del mismo, es decir, el derecho civil, el penal en cuanto permita su reclamación en el mismo proceso, o el contencioso administrativo en los eventos en que la pretensión resarcitoria se formula frente al Estado. Y ello es así, por cuanto en nuestro derecho lo que se repara (a través de las diversas medidas que ya se han enunciado y que se seguirán tratando a lo largo de este trabajo) es el daño que padeció o sufrió la víctima, el cual no tiene porqué variar según sea el ámbito procesal en el que se lo indemnice o el agente respecto del cual se lo reclame; quiere decir lo anterior que el daño que sufren las víctimas respecto de victimarios que se enmarcan en la normativa de la Ley 975 de 2005 no varía porque decidan hacer sus reclamaciones por fuera del procedimiento previsto en esta ley o porque, eventualmente, entiendan que han de hacerlo ante los jueces contencioso administrativos en frente del Estado. Por esta razón el concepto de daño así como sus clases y formas de reparación son comunes aunque en el tema de la tasación pueden variar sobre todo en lo que concierne al daño inmaterial. Por esta razón en este Capítulo se traerán conceptos doctrinarios y jurisprudenciales que desde las diversas áreas del derecho se han ocupado del daño, y que por lo tanto son aplicables en la Ley 975 de 2005. Además, ese daño debe ser antijurídico (art. 90 de la Carta Política). Cuando se haya de hacer distinciones sobre tratamientos diferentes que le den o le hayan dado los jueces, oportunamente lo advertiremos. Una cosa adicional: el daño, el tipo de daño, su cuantía, no tienen variación (quizás la única excepción se refiere al tope del daño moral fijado por el Código Penal y por la jurisprudencia del Consejo de Estado en niveles distintos), porque el mismo sea producido por una conducta punible o por otra conducta irregular aunque no punible o por una conducta lícita; esas circunstancias que se refieren al dolo, a la culpa, a la falla del servicio (culpa del Estado), o la responsabilidad objetiva (sin culpa o sin falla), tienen que ver con títulos de imputación del daño pero no con el daño mismo o su cuantía; el daño llega hasta donde se lo pruebe en el proceso y esa es la lesión patrimonial o inmaterial que se va a reparar, sin consideración, para esos efectos, de su fuente, de su causa que bien puede resultar culpable o no. Por supuesto que hay consideraciones diferentes que se hacen según que se trate de un daño material o de uno inmaterial; en el primero, la prueba que aporta la víctima sobre su existencia y sobre su cuantía será, por regla general, el patrón que orienta la decisión del juez; en el segundo, el asunto es similar: es la prueba de la existencia del daño inmaterial y de su intensidad (porque en este caso y por las razones que desarrolla este capítulo, no puede haber cuantía).

de la obligación reparatoria que se contiene en el instituto de la responsabilidad². De allí que en los procedimientos de reparación de víctimas previstos por la Ley 975 de 2005 haya necesidad de tener en claro el o los daños que han de ser objeto de restitución, de indemnización o de otras medidas reparatorias. En una sola frase, si no existe daño no puede haber reparación posible; solo se repara el daño que efectivamente sufrió la víctima.

La noción jurídica de daño se corresponde con la que retiene el lenguaje corriente. Dañar, según el Diccionario de la Lengua Española, es “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia” o “maltratar o echar a perder una cosa”³.

En sentido similar se enfilan las múltiples nociones que ha propuesto la doctrina: “aminoración o alteración de una situación favorable” (DE CUPIS)⁴, “lesión a un interés jurídico” (VÁZQUEZ FERREYRA)⁵, “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra” (SANTOS BRITZ)⁶, etc.

En síntesis, el daño es una lesión (destrucción, aminoración, menoscabo) que sufre una persona y que recae sobre un bien o sobre un derecho material o inmaterial, en general sobre un interés legítimo, como tal es un hecho físico que, para llegar a tener las características propias de un hecho jurídico (generar consecuencias en derecho), debe reunir otras condiciones que lo convierten en “daño resarcible”, capaz de generar la responsabilidad de otra persona distinta de la víctima, entendiendo por tal la persona que padece el daño⁷.

² TRIGO REPRESAS, FÉLIZ A. y LÓPEZ DE MESA, MARCELO J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T. I. Buenos Aires: Edit. Fedye, 2004, pp. 393 y ss. Señalan los indicados autores: “El daño es el primer presupuesto o elemento de la responsabilidad civil. Es que el problema de la responsabilidad civil recién puede plantearse cuando existe un daño, ya que sólo en presencia de éste el jurista estará en condiciones de indagar si el mismo fue provocado (nexo causal) infringiéndose un deber jurídico (antijuridicidad) y culpablemente (imputabilidad). A la inversa, si no hubiera perjuicio alguno (...) resultaría superfluo investigar la existencia o inexistencia de los otros elementos de la responsabilidad civil”.

³ Vigésima primera edición.

⁴ Véase DE CUPIS, ADRIANO. *El daño. Teoría General de la responsabilidad civil*. Trad. de Ángel Martínez Sarrión. 2ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1970, p. 23.

⁵ VÁZQUEZ FERREIRA, ROBERTO A. *Responsabilidad por daños (elementos)*. Buenos Aires. Ed. Depalma, 1993, p. 174.

⁶ SANTOS BRIZ, JAIME. *La Responsabilidad Civil*. Montecorvo, S.A., 1986, p. 135.

⁷ Para el profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO (*De la Responsabilidad Civil*. T. IV. Bogotá: Edit. Temis, 1999, pp. 5 y ss.), “Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima”.

Antes de abordar tales requisitos o condiciones que hacen del daño (hecho físico) un hecho jurídico (daño resarcible), conviene hacer una distinción, debatida en doctrina pero que resultará útil en el manejo que, de esta institución reparatoria, han de hacer los fiscales y jueces en torno de los preceptos contenidos en la Ley 975 de 2005. Se trata de diferenciar entre el daño y el perjuicio.

1.1 Daño y perjuicio

Pese a que en el lenguaje común, e incluso en el lenguaje jurídico, los dos términos se tomen como sinónimos, existen –sin embargo– entre ellos claras distinciones que no solamente generan preocupaciones académicas sino consecuencias prácticas, como lo ha subrayado algún sector de la doctrina nacional⁸ y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

El daño es la mengua, menoscabo o desaparición de una cosa⁹, de un bien¹⁰ o la lesión a la integridad física o psíquica de una persona o su muerte. Respecto de la integridad corporal de una persona natural, entonces, la noción de “daño” surge evidente: es la lesión a su integridad psicofísica, como una herida, un golpe, una fractura, etc., o la pérdida de la vida; respecto de los bienes, es su disminución, su destrucción, siempre teniendo en cuenta que los bienes de una persona no son solamente los bienes materiales, de modo que la afectación puede ocurrir en esferas tales como la libertad, el buen nombre, la honra, etc.

El profesor GUIDO ALPA (*Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. 1ª ed. en castellano. Lima: Jurista Editores, 2006), para tener claro el concepto de daño se deben tener en cuenta varias premisas, de las cuales destacamos estas: “a) *La noción ontológica de daño que aquí se acredita es aquella parte de la doctrina que desmaterializa y despatrimonializa el daño. Las razones de esta visión son varias, de naturaleza teórica y política del derecho. Hoy en día «daño» no es ya, en la conciencia social ni en la praxis jurisprudencial, ni en las propias intervenciones legislativas, un simple detrimento del patrimonio de la víctima del ilícito: daño es la lesión de un interés protegido y se agota en esto. De dicha lesión pueden derivar, o no, consecuencias de carácter económico; ello depende del bien protegido (por ejemplo la salud, el honor y, en general, los aspectos de la personalidad, no comportan, necesariamente, un menoscabo patrimonial, en caso de ser lesionados).* b) *La noción jurídica de daño se configura en términos de daño injusto.* c) *Así entendido, el daño es, necesariamente, un elemento del ilícito, porque el elemento, en cuanto tal, comporta la lesión de un interés protegido (...)*”.

⁸ HENAO, JUAN CARLOS. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 76 a 79.

⁹ “Cosa”, según el Diccionario de la Lengua Española, es “*todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta*”.

¹⁰ El artículo 653 del Código Civil establece que “*los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporales, las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas*”.

Ocurrido el daño (por ejemplo la lesión en la integridad corporal de una persona), puede originarse el perjuicio (material o inmaterial, daño emergente o lucro cesante, daño moral o perjuicio a la vida de relación, etc., en tratándose de perjuicios individuales), que es lo que realmente se repara¹¹.

Además de la doctrina, también la jurisprudencia hace la diferencia que anotamos. En efecto, el Consejo de Estado con mucha frecuencia, después de establecer el hecho de la muerte o de la lesión física de una persona o del menoscabo patrimonial de la víctima, utiliza fórmulas como esta: *“Así las cosas, está demostrado el daño del cual, según lo expresado en la demanda, se derivan los perjuicios cuya indemnización se solicita”*¹².

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal¹³, se sitúa en sentido similar, como se desprende de párrafos como éste de una de sus sentencias:

6. En primer lugar vale destacar, que el lucro cesante, según el artículo 1614 del Código Civil, consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica por parte de la víctima o sus familiares como consecuencia del daño, y que ésta se habría producido si el evento dañosos no se hubiere verificado. Es, por tanto, lo que se ha dejado de ganar de no haber sucedido el mentado daño (subrayas fuera de texto).

También la Corte Constitucional¹⁴, aunque sin referirse expresamente a los términos que hemos venido usando, al hacer la distinción entre víctimas y perjudicados con el delito, marca la diferencia anotada. En efecto, señala:

La Corte precisa que parte civil, víctima y perjudicado son conceptos jurídicos diferentes. En efecto, la víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también un daño, en ese sentido, es igualmente perjudicado (subrayas fuera de texto).

¹¹ Hay quienes formulan la misma distinción que estamos haciendo bajo la perspectiva de un daño fuente y un daño consecuencia, siendo el primero lo que aquí estamos entendiendo por daño y el segundo lo que correspondería al perjuicio. Quizás estos vocablos resulten más descriptivos si se considera que los perjuicios son consecuencia (daño consecuencia) del daño (daño fuente) en un enlace causal. En otros términos, los perjuicios (daño consecuencia) han de ser causados por el daño (daño fuente).

¹² Hay muchos fallos que podrían citarse, pero baste –para ejemplificar– el de 6 de septiembre de 2001 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Expedientes acumulados 13.232 y 15.646. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Véase HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, ALIER y FRANCO GÓMEZ, CATALINA. *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado*. Bogotá: Ed. Nueva Jurídica, 2007, pp. 404 y ss.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 27 de octubre de 2008, Expediente 25.782, M.P.: Jorge Luis Quintero Milánés.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

Desde esta perspectiva, es decir, visto el daño como producto del delito, la distinción surge con mayor claridad; la víctima del delito (lo que normalmente se llama la víctima directa), será la persona lesionada en su integridad corporal, o la persona fallecida, por ejemplo. En el primer caso (y eventualmente en el segundo), también será perjudicada, en tanto ha debido hacer desembolsos para lograr su curación, su recuperación o porque sus ingresos disminuyeron por razón de la incapacidad que le dejó la lesión; los perjudicados, sin embargo, serán más numerosos: son todas las personas que, por razón del delito cometido, padecen perjuicios de orden material o inmaterial.

La distinción entre daño y perjuicio adquiere importancia a la hora de adoptar las decisiones judiciales reparatorias, al menos en lo que concierne con el perjuicio individual, porque el juzgador ha de encontrar probado (por cualquiera de los medios de prueba legalmente aceptados), el daño (v. gr. la muerte o la lesión); pero, además, debe encontrar probados los perjuicios (v. gr. el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral o el daño a la vida de relación), así como el enlace causal entre aquél y éstos, dado que los perjuicios han de ser consecuencia directa del daño.

Al daño, es decir al daño fuente, se refiere la Ley 975 de 2005 en el artículo 5°, cuando señala como “*daños directos*” los padecidos por las víctimas y a título de ejemplo (“*tales como...*”), las lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial, o menoscabo de sus derechos fundamentales.

En el plano internacional el concepto de daño opera como consecuencia de la responsabilidad surgida a través de la comisión de un ilícito internacional¹⁵. Es decir que el ilícito internacional consiste en la infracción de una obligación internacional consagrada en un tratado internacional¹⁶ o en la costumbre¹⁷, en razón de una acción u omisión atribuible a un sujeto¹⁸.

¹⁵ En este sentido, el Proyecto de Resolución de la Asamblea General de la ONU, sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos señala: “Artículo 1. *Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.* Artículo 2. *Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el Derecho Internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.* Véase Naciones Unidas, Asamblea General, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53° Período de Sesiones, Proyecto de Resolución II, Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, de noviembre 26 de 2001, A/56/589, p. 6.

¹⁶ Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Los tratados internacionales son fuente de Derecho Internacional.

¹⁷ Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La costumbre internacional es fuente de Derecho Internacional.

¹⁸ Los sujetos de Derecho Internacional son: los Estados, las Organizaciones Internacionales y los individuos. En este sentido MANUEL DIEZ DE VELASCO expresa: “Los comportamientos de los sujetos del D.I., que se traducen

En síntesis, el ilícito internacional que configura el daño es el presupuesto principal para que opere la responsabilidad internacional de los Estados¹⁹ en el plano del Derecho Internacional Público. En las otras disciplinas el ilícito internacional genera la responsabilidad de los otros sujetos y la consecuencia de esa responsabilidad es la reparación, como lo veremos en otros apartes de este trabajo.

Así, entonces, la reparación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene como génesis la existencia real y cierta de un daño al igual que en las demás disciplinas jurídicas que se ocupan del tema. Es por eso que en el plano del DIDH el profesor THEO VAN BOVEN define el daño como: “(...) *lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales*”²⁰.

Igual definición tienen los citados Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones de las Naciones Unidas²¹.

De su lado, el Estatuto de la CPI parte de la existencia del daño como origen de las reparaciones, aunque no lo define de ninguna manera²².

Se puede afirmar, entonces, que existe un marco común al indicar que las referencias al elemento daño en el DIDH parten del hecho de una disminución patrimonial o de una lesión en el ámbito afectivo, personal e íntimo y de la integridad de la persona.

en actos en sentido lato (abarcando, pues, toda conducta consistente en una acción o en una omisión), son susceptibles de ser valorados desde el punto de vista de su conformidad o contrariedad con dicho ordenamiento jurídico: en ese último caso, se habla comúnmente de los actos ilícitos, generadores de ciertas consecuencias jurídicas negativas para el propio sujeto a quien le son atribuibles, de entre las cuales la más característica junto a otras posibles, como la inoponibilidad o la nulidad del acto es la responsabilidad internacional”. Véase DIEZ DE VELASCO MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Editorial Tecnos, 1994, p. 707.

¹⁹ PIZA ROCAFORT, R. *Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos*. San José: UACA, 1989, p. 19 y TORRES ACOSTA, L.A. *La reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá, 1998.

²⁰ VAN BOVEN, T. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales*. ONU, Ecosoc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, p. 9.

²¹ Op. cit., p. 19.

²² *Supra*, art. 73.

2. Perjuicio individual²³. Características

Decir que el perjuicio es individual equivale a decir que es **personal** o, lo que es lo mismo, que es padecido por una persona en su patrimonio material o inmaterial²⁴. Es el perjuicio que sufre un “*individuo*” y que él mismo reclama como propio, circunstancia que, por regla general, se ha deducido como indispensable para que el daño sea resarcible.

Para el caso no interesa que se trate de una persona natural o de una colectiva; las dos son, a estos ojos, individuos que si son perjudicados pueden reclamar la reparación de los perjuicios de que son víctimas.

Se trata, pues, de un perjuicio identificado no solo por su contenido sino por su titular, si ese calificativo se puede dar a la víctima que es quien lo padece; la persona que sufre el daño ha de guardar identidad con la que formula la reclamación reparatoria, sin perjuicio –claro está– de los eventos de sucesión intervivos o por causa de muerte.

Allí adquiere relevancia la distinción entre la víctima del delito (lesionado, torturado, desaparecido, muerto, etc.) y las víctimas del perjuicio (es decir los que sufrieron perjuicios derivados del delito, como por ejemplo: sus padres, hijos, cónyuges, la misma víctima, etc.). Todos ellos –víctimas directas del delito y personas que resultan perjudicadas con él– sufren un daño individual de carácter personal, que podrán reclamar en el proceso de justicia y paz, en los términos de la Ley 975 de 2005.

El carácter personal del daño que, como se deduce de lo dicho consiste en que lo haya padecido una persona en su patrimonio material o inmaterial, y que sea ella quien haga la reclamación para su resarcimiento, tiene enorme trascendencia en relación con la legitimación de quien se presenta como víctima en demanda de reparación; en efecto, lo que legitima la formulación de la pretensión resarcitoria es la condición de víctima, la calidad de damnificado, la circunstancia de haber padecido un daño, no los vínculos de parentesco o similares con la víctima directa.

En el artículo 5° de la Ley 975 de 2005 se encuentran dos nociones de “víctima”, para los efectos de la ley: a) la víctima directa del delito (inciso primero), y b) víctima

²³ Hay que advertir que, aparte de ese daño, existe el daño colectivo –previsto en la Ley 472 de 1998 que regula las acciones populares y en los artículos 2359 y 1005 del Código Civil– que reviste naturaleza y características distintas y del cual nos ocuparemos más adelante.

²⁴ De allí que, por ejemplo, MANUEL OSORIO en su *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (25ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 1998), señale para el adjetivo “*personal*”, este significado: “*Relativo a una persona. Privativo de alguien. De ejercicio por uno mismo. Individual*”.

presunta integrada por los miembros del grupo familiar en los restringidos términos que se precisan en el inciso segundo (cónyuge, compañero o compañera permanente, o familiar en el primer grado de consanguinidad o primero civil de la víctima directa, cuando la misma ha muerto o está desaparecida). Esta presunción de víctimas es legal, y por ende si no es atacada su legitimidad no requiere prueba adicional. Sin embargo la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de este artículo 5°, señaló que dicha presunción: “...no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley”²⁵. Así las cosas, éstos otros familiares que no aparecen dentro de la enumeración y víctimas de otros hechos punibles fuera de la muerte y la desaparición, de lo único que se les está excluyendo es de la presunción de la ley, lo cual no impide que puedan demostrar dicha condición y participar en el proceso, siempre y cuando concurren en ellos los demás requisitos para obtener la debida reparación.

Tampoco se puede olvidar que existe, por mandamiento legal (artículo 7° de la Ley 975 de 2005) una legitimación de la sociedad para lograr la eficacia de su derecho a la verdad, razón por la cual puede obtener determinadas reparaciones simbólicas, además de las reparaciones colectivas de las poblaciones afectadas (artículo 8°). Todo esto para dejar a salvo, desde ahora, la legitimación colectiva, vale decir, de las comunidades o de la sociedad en tanto víctimas del obrar delictuoso de los grupos armados organizados al margen de la ley.

En efecto, por oposición al daño individual hoy se pregona, como se deduce de cuanto antecede, la existencia de un daño o perjuicio colectivo, del cual nos ocuparemos más adelante pero que, en principio, sería aquél que no tiene como titular a un individuo o persona determinados sino que lo padece una colectividad en su conjunto, de modo tal que no puede ser individualizado por regla general. En otros términos, y por oposición a cuanto se acaba de decir, **el daño colectivo no es personal**, en el entendido de que no afecta a un individuo aislado sino a toda la comunidad a la que pertenece, a la colectividad de la que forma parte. Por esta razón la Ley 975 de 2005 se refiere a las dos clases de daño en el artículo 5° al establecer que se entiende por víctima (para los efectos de esa ley), la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos.

El perjuicio individual –para ser resarcible– debe, además de ser personal en los términos atrás indicados, reunir otras exigencias: ha de ser **antijurídico, cierto y directo**.

²⁵ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 2006. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

2.1 Antijuridicidad del daño

La Constitución Política colombiana de 1991, al consagrar la responsabilidad patrimonial del Estado en el inciso primero del artículo 90, coloca como fundamento de tal institución resarcitoria el daño antijurídico; tal previsión, sin embargo, no significa que en el plano privado no se deba exigir la antijuridicidad del daño como presupuesto necesario para que el mismo resulte indemnizable.

Para poder definir lo que debe entenderse por daño antijurídico podemos acudir a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano, quien –guiado por la doctrina y la jurisprudencia españolas– ha concluido que el **daño antijurídico es aquél que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar**; esa fórmula permite establecer, desde este punto de vista, dos clases de daños: a) los daños antijurídicos que la víctima no tiene obligación de soportar y son, por lo mismo, indemnizables, y b) los daños que no son antijurídicos y que, por consiguiente, no son indemnizables.

Aunque de acuerdo con las características de las materias sobre las que versa la Ley de Justicia y Paz, la mayor parte o la casi totalidad de los perjuicios reclamados resultarán antijurídicos, no sobra aludir al hecho de que **el daño indemnizable debe atender contra un interés legítimo**, entendido como aquel interés o bien jurídico que se sitúa dentro de la tutela estatal, bien porque expresamente el ordenamiento así lo consagre o porque no existe prohibición jurídica alguna para obtenerlo. Se trata, pues, de la supresión o disminución de un beneficio lícito que aprovechaba a la víctima, por lo tanto no puede generar daño resarcible aquél que resulta del ejercicio de actividades ilegítimas o prohibidas por el derecho²⁶, por ejemplo los provenientes de actividades delictivas. En otras palabras, si el daño no fuese antijurídico, es claro que no es indemnizable y es de la víctima cargar con sus consecuencias. Por esta razón, repetimos, sólo se indemniza el daño no justificado o antijurídico.

Resulta conveniente advertir, en todo caso, que **la antijuridicidad del daño nada tiene que ver con la antijuridicidad del hecho que lo causa**; daño y causa del daño son cosas distintas; el daño puede resultar antijurídico aunque su causa sea lícita, como ocurre en la mayor parte de los casos de responsabilidad objetiva en los cuales el daño se causa en ejercicio de una actividad lícita. El análisis de la antijuridicidad del daño se hace con

²⁶ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, en la obra ya citada, manifiestan: “*un rufián o tratante de blancas no podría válidamente reclamar indemnización porque una de estas mujeres firmase un contrato para prostituirse en beneficio del rufián y luego lo incumpliera*”, o en los clásicos ejemplos de BUSTAMANTE ALSINA, “*un contrabandista no puede reclamar daños y perjuicios a su cómplice que se niega a reconocerle su participación en las utilidades del negocio ilícito*”.

independencia de cualquier otro elemento de la responsabilidad (incluida su causa), circunstancia que permite concluir, como lo ha hecho el Consejo de Estado colombiano, que el daño antijurídico es aquél que no debe soportar la víctima de acuerdo con el ordenamiento jurídico²⁷.

De este modo, el daño antijurídico se proyecta a través de dos dimensiones importantes:

- a) De un lado, consiste en la violación de un derecho o de un interés legítimo de la víctima (sea ésta individual o colectiva), derecho que puede estar consagrado en el ordenamiento interno o en el internacional aplicable en Colombia; si así no fuere, simplemente no habrá daño.
- b) De otra parte, la causa del daño puede ser ilícita o no serlo, toda vez que la causa lícita del daño no excluye, *per se*, la antijuridicidad de este último. Si la causa del daño es antijurídica, antijuridicidad que resulta de la violación de normas nacionales o internacionales aplicables en el país, el daño será siempre antijurídico, y la víctima no tiene deber alguno de soportar la lesión. Aquí deben situarse los daños provenientes de violaciones a los derechos humanos, bien que su garantía provenga de una norma nacional o de una internacional, o de ambas. Este daño, por consiguiente, será siempre indemnizable. En cambio cuando la causa es lícita, lo cual equivale a decir que la misma se cumplió conforme a derecho, subsiste la posibilidad de que el daño resulte antijurídico

²⁷ Véase Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente N° 12555, Sentencia de agosto 12 de 2001, C.P.: Alier Hernández Enríquez y Expediente N° 10867, Sentencia de enero 27 de 2000, M.P.: Alier Hernández. En esta oportunidad se dijo: *“En el concepto de daño antijurídico contenido en el mandamiento constitucional del artículo 90, pues sobre él –en tanto afecta a la víctima– se edifica la responsabilidad del Estado, a condición de que le sea imputable. El daño, en «su sentido natural y obvio», es un hecho, consistente en «el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien», «...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc. ...» y «...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo». Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de «causales de justificación». Este punto lo explica así el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA: «La calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto». Adviértase cómo, entendido así el daño antijurídico frente al cual la C.P. impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, si bien puede revestir modalidades diversas (material, moral, fisiológico, etc.), constituye una constante, razón por la cual, al tiempo que constituye un elemento indispensable para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, se sitúa en la base misma de la institución jurídica proveyéndola de fundamento”.*

o no según que la víctima tuviera o no el deber jurídico de soportarlo. Es lo que se denomina la responsabilidad sin culpa que tiene múltiples ámbitos de aplicación, como es el caso de la teoría del riesgo. Sobre este punto concreto, es decir, la consagración de la responsabilidad objetiva en el derecho civil colombiano en varios aspectos pero, concretamente, referido al evento de los daños causados por actividades peligrosas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 24 de agosto de 2009, Exp. 11001-3103-038-2001-01054-01, expresó:

Con estas premisas, para la Sala, el régimen de responsabilidad por las actividades peligrosas es singular y está sujeto a directrices específicas en su etiología, ratio y fundamento. Por su virtud, el fundamento y criterio de imputación de la responsabilidad es el riesgo que el ejercicio de una actividad peligrosa comporta por el peligro potencial e inminente de causar un daño a los bienes e intereses tutelados por el ordenamiento. La culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas ni para su exoneración; no es menester su demostración, ni tampoco se presume; el damnificado tiene la carga probatoria exclusivamente de la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad; y, el autor de la lesión, la del elemento extraño, o sea, la fuerza mayor o caso fortuito, la participación de un tercero o de la víctima que al actuar como causa única o exclusiva del quebranto, desde luego, rompe el nexo causal y determina que no le es causalmente atribuible, esto es, que no es autor. En contraste, siendo causa concurrente, pervive el deber jurídico de reparar en la medida de su contribución al daño. Desde este punto de vista, tal especie de responsabilidad, por regla general, admite la causa extraña, esto es la probanza de un hecho causal ajeno como la fuerza mayor o el caso fortuito, la intervención exclusiva de un tercero o de la víctima, sin perjuicio de las previsiones normativas; por ejemplo, en el transporte aéreo, la fuerza mayor no es susceptible de desvanecerla (art. 1880 del Código de Comercio), más sí el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima (Cas. Civ. de 14 de abril de 2008, Radicación 2300131030022001-00082-01). (...).

Forzoso es concluir que, toda persona que en ejercicio de una actividad peligrosa cause un daño, está en la imperiosa obligación de repararlo y solo podrá eximirse probando la causa extraña, esto es, demostrando que no es autor, en tanto el daño no pueda imputarse al ejercicio de su actividad peligrosa ni a su conducta (subrayas fuera de texto).

Como se puede observar, en el estadio propio de la responsabilidad civil se admite –como hace tiempo se viene haciendo también en cuanto atañe a la responsabilidad del Estado– la responsabilidad objetiva o sin culpa (o sin falla del servicio, en el caso de los entes públicos), eventos en los cuales surge claro que el daño será antijurídico aunque la causa que lo produce sea lícita, no culpable, es decir, no antijurídica.

Menester es, por consiguiente, que se haya lesionado un derecho subjetivo de la víctima o, al menos, un interés legítimo suyo²⁸ para que el daño devenga antijurídico e indemnizable²⁹. Si bien el marco conceptual es un poco distinto³⁰, en tanto se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado que tiene sus connotaciones propias, vale la pena citar, a título de ilustración, dos casos en los cuales el Consejo de Estado no encontró acreditada la antijuridicidad del daño.

El primero se refiere a la destrucción de un carro tanque que se destinaba a la venta de agua en el Departamento de la Guajira, evento en el cual el Consejo encontró que el vehículo era de nacionalidad venezolana y que el actor no había realizado los trámites necesarios para internarlo en el territorio nacional. De tal circunstancia dedujo que el daño reclamado carecía de antijuridicidad y exoneró, por consiguiente, de responsabilidad a la entidad demandada³¹. Aunque la sentencia no lo dice, es claro que la jurisprudencia está vinculando la noción de daño antijurídico al precepto constitucional del artículo 58, según el cual *“se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles...”*. En efecto, solo quienes hayan adquirido sus derechos conforme a la ley son titulares también de la garantía estatal sobre los mismos y, por consiguiente, frente a su destrucción o menoscabo atribuibles a la acción u omisión del Estado podrán válidamente reclamar por su reparación. Se tratará, en estos casos, de un daño antijurídico. No ocurre lo mismo cuando el pretendido derecho que es objeto de lesión se obtiene contrariando la ley, evento en el cual la garantía estatal desaparece y el daño, de producirse, carece de antijuridicidad³².

²⁸ Para esclarecer el punto, el profesor TAMAYO JARAMILLO (op. cit.) señala que hay una serie de situaciones jurídicas *“...que, sin reunir las características de los derechos reales o personales, conceden sin embargo a los individuos la facultad de disfrutar de todos aquellos beneficios que no han sido prohibidos por el orden jurídico. (...) Dentro de estas situaciones jurídicas lícitas encontramos la de la posibilidad de que los individuos puedan beneficiarse espiritualmente con la existencia de otras personas o con la ayuda gratuita que alguien les brindaba (...) En conclusión: el daño será indemnizable cuando se lesionan las facultades jurídicas para exigir o recibir el beneficio que ha sido suprimido”*.

²⁹ El profesor TAMAYO JARAMILLO (op. cit., pp. 8 y ss.) explica así el asunto: *“...la destrucción o deterioro material de una cosa o de una situación constituye daño en sentido físico, mas no jurídico. Para que pueda hablarse de un daño en sentido jurídico civil, se requiere que esa cosa o situación estén protegidas por el orden jurídico, es decir, que sean bienes, jurídicamente hablando”*.

³⁰ En el caso del daño colectivo se permite la protección judicial frente al daño contingente, es decir la amenaza de un derecho colectivo; o, lo que es lo mismo, se admite la protección frente a un daño no cierto en el entendido de que aún no ha ocurrido.

³¹ Véase Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1° de julio de 2004, Exp. 14.565. *“...Así las cosas, no cabe duda de que no está demostrado el origen lícito del beneficio perdido como consecuencia del daño cuya reparación se reclama, esto es, el carácter antijurídico del perjuicio sufrido. En efecto, no está acreditado el derecho del demandante de ingresar a Colombia y movilizar en el territorio de Maicao, el vehículo poseído, y mucho menos el de desarrollar, por medio del mismo, la actividad económica de la cual se derivaba el lucro perdido. Por esta razón, es claro que no se encuentra probado el primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado y resulta improcedente su declaración”*.

³² Véase HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, ALIER y FRANCO GÓMEZ, CATALINA. Op. cit., pp. 35 y ss.

El segundo de los eventos fallados por el Consejo de Estado se refiere a la negativa a indemnizar a unos constructores que vieron suspendida la construcción de unos edificios destinados a vivienda, pese a que habían obtenido la licencia respectiva, porque los niveles de ruido superaban los aceptables en una zona residencial. El Consejo concluyó que los demandantes estaban en la obligación, por las circunstancias particulares del proceso, de conocer dicha limitación³³.

2.2 Certeza del daño

El perjuicio individual indemnizable debe ser cierto. También ha de serlo el daño colectivo solo que, respecto de él, la sola amenaza seria e inminente (o sea el daño contingente) también será un daño cierto; en todo caso, las líneas que siguen están destinadas al daño individual. La certeza de este perjuicio consiste en que el mismo efectivamente ocurrió (si al momento de dictar el fallo ya está consolidado) o efectivamente va a ocurrir (si tal ocurrencia tendrá lugar con posterioridad a la sentencia). En todo caso, se excluye de reparación el daño simplemente eventual o hipotético, es decir el daño supuesto o aquél que puede o no ocurrir o que solo remotamente se producirá (hecha la salvedad, anteriormente anotada, en relación con el daño colectivo).

Existen muchos pronunciamientos de la jurisprudencia colombiana tanto en materia civil como en la contencioso administrativa (que, para el caso no tiene porqué ser distinta), aludiendo al hecho de que el daño resarcible (cualquiera fuera su naturaleza, clase o tipo) debe ser un daño cierto. En efecto, a título de ejemplo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha expresado que el daño debe ser cierto en términos como éstos³⁴:

La Sala ha dicho, en reiterada jurisprudencia, que para que un daño sea indemnizable debe ser cierto, es decir que no se trate de meras posibilidades, o de una simple especulación³⁵.

También la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³⁶ se ha referido al tema, como se desprende de este aparte de uno de sus fallos:

³³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2005, Exp. 12.158.

³⁴ Igual posición tiene el Derecho Argentino. Al respecto ver: PIZARRO, RAMÓN DANIEL. “Resarcimiento del Daño Moral”. En: *Del Daño*. Obra colectiva. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia Ltda., 2001. pp. 122 y ss.; GORDILLO, AGUSTÍN. Op. cit., pp. XIX-15 y ss. Código Civil de la República Argentina, art. 1068: “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 12555, Sentencia de agosto 12 de 2001, C.P.: Alier Hernández Enriquez.

³⁶ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 4 de marzo de 2009, Exp. 28.516, M.P.: Augusto José Ibáñez Guzmán.

Además, la constitución de parte civil está orientada a la indemnización de perjuicios; es decir, que con ella se busca garantizar la reparación integral del daño sufrido, pero no puede convertirse en una fuente de enriquecimiento sin causa para quien acude al proceso penal en busca de resarcimiento económico. De ahí la necesidad de expresar en qué consiste el daño, cuál es el concepto en virtud del cual se demanda reparación y cuál el nexo de causalidad con la conducta penal que se investiga (subrayas fuera de texto).

De hecho, el Código Penal en su artículo 97 distingue entre los perjuicios materiales y los morales, e indica la manera en que debe determinarse la indemnización por cada uno de ellos:

- La indemnización por los daños materiales será fijada de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso, por tanto, la demanda de parte civil debe consignar con claridad cuáles son los perjuicios que la conducta punible le ha causado al accionante (daño emergente y lucro cesante), pues será con fundamento en dicha pretensión que se desarrolle el debate probatorio. Así, en el trámite del correspondiente incidente de parte civil sólo serán admisibles aquellas pruebas que resulten conducentes y pertinentes para acreditar el monto del perjuicio material que el libelo de demanda ha anunciado (subrayas fuera del texto).

- Para determinar la indemnización por los perjuicios morales, la ley le ha otorgado al juez la facultad de concretar su monto hasta en una suma equivalente, en moneda nacional, a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, acorde con la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. No se deja entonces al arbitrio del juez el reconocimiento de la existencia del perjuicio, pues la causación del daño moral debe estar debidamente planteado, de tal suerte que, una vez probado, el funcionario judicial sólo tendrá la posibilidad de fijar su cuantía.

Lo anterior sustenta con mayor fuerza la carga procesal que recae en el actor para que señale cuáles son los perjuicios sufridos y de qué orden, lo que de manera alguna implica para él la obligación de señalar la cuantía, pues ello bien puede ser el fruto de un dictamen pericial o de la prueba que se recaude durante la actuación procesal.

Esta exigencia, con todo, no excluye la existencia de un daño futuro indemnizable como lo han deducido la doctrina universal y la jurisprudencia de las Cortes colombianas. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, ha expresado:

Si bien es cierto, como lo dice el actor, el daño futuro puede ser resarcible, también es verdad, que sólo lo es, en la medida en que el daño objeto de reparación sea cierto y

esté acreditado en el proceso, así lo ha expresado la Sala de Casación Civil de la Corte, en pronunciamiento que por oportuno al caso precisa recordar: “Al respecto la Corte reitera que el daño objeto de reparación debe ser cierto, pero no necesariamente debe ser actual, porque el daño cierto y futuro, como igualmente se ha sostenido, también es indemnizable, tal como ocurre con las lesiones o secuelas que afectan la integridad física personal y exigen una atención médica o quirúrgica. Estas secuelas o lesiones son el daño mismo, por ende cierto. (...)”³⁷ (subrayas fuera del texto).

Es claro, sin embargo, que el grado de certeza varía según que el daño por el cual se reclama sea actual (es decir consolidado para la fecha del fallo) o sea futuro; respecto del primero debe existir prueba suficiente de su ocurrencia (incluso de su cuantía), de modo que la existencia del daño no se somete a duda; hacia el futuro, en cambio, el grado de certidumbre del juez no será igual, pese a que, como en el caso anterior, debe existir prueba suficiente de que el daño va a ocurrir, siguiendo el curso normal de las cosas (es lo que se denomina “daño virtual”). Sin embargo, nótese cómo la certeza, hacia el futuro, se convierte, más que en una certeza absoluta, en un alto grado de probabilidad aunque no desciende a los estadios de una simple posibilidad que estaría generando un daño eventual no indemnizable. La probabilidad genera daño cierto a ojos del derecho, la posibilidad no. Así las cosas, el daño futuro no puede llegar a ser catalogado como un daño eventual, porque en ese evento no tendrá la condición de indemnizable.

Ilustrando lo anterior con un ejemplo, podemos decir que cuando muere un menor de 7 años es eventual la reclamación de un lucro cesante a partir de conjeturas sobre su vida profesional. En cambio, cuando el mismo menor sufre una lesión que lo incapacita completamente para trabajar, hacia el futuro, hay certeza de que dejará de devengar, lo que podría, sin duda, producir con su fuerza de trabajo. En el primer supuesto no hay daño indemnizable, en cambio en el segundo sí lo hay.

2.3 Pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidad o pérdida de chance es un daño que puede afectar tanto la esfera material como la inmaterial de los derechos y bienes jurídicos; en efecto, al menos en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se han establecido casos de pérdida de oportunidades materiales como, por ejemplo, en la frustración de negocios posibles o de concursar en procesos de selección –v. gr. licitaciones– por un rechazo ilegal de la entidad licitante, o por la pérdida de oportunidades de supervivencia que tiene relación directa con la vida, como bien y derecho inmaterial de la persona humana.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 1º de septiembre de 2004, Exp. 19.865, M.P.: Herman Galán Castellanos.

Obviamente, para que la **pérdida de oportunidad o de chance** constituya efectivamente un daño resarcible **debe ser real y seria**; de lo contrario, no existirá daño cierto, pues podrá tratarse de una mera eventualidad.

Un ejemplo que puede ilustrar el asunto y que ocurre con relativa frecuencia en los procesos contractuales del Estado (pero que también pudiera presentarse en los privados) y que es factible que pueda presentarse en los casos que se manejan a través de la Ley 975 de 2005, es el siguiente: un oferente en un proceso de selección, si cumple los requisitos establecidos en la ley y en los pliegos de condiciones, adquiere –con la presentación de su oferta– ciertas obligaciones y ciertos derechos; entre estos últimos figura el consistente en participar del concurso, vale decir, tiene derecho a que su oferta sea evaluada tanto en relación con los pliegos establecidos por la entidad como en relación con las demás ofertas que se presentan a la selección. Con fundamento en tal evaluación tiene derecho a obtener una calificación y a ser clasificado en relación con las otras ofertas, pero si desde el comienzo del procedimiento se rechaza su oferta bajo una excusa falsa, por ejemplo, de que el proponente no reúne los requisitos de participación en el proceso, se le está lesionando su derecho a participar en la selección y eso constituye la supresión de una expectativa real, de un chance, de una oportunidad. Nadie podría sostener, *a priori*, que iría a ser beneficiario del contrato, asunto que –de probarse– generaría otro tipo de daño, pero resulta indudable que se le negó la posibilidad de participar del proceso mismo de selección de contratista. Esa es la pérdida de oportunidad.

JORGE BUSTAMANTE ALSINA³⁸ se refiere así al tema:

La pérdida de la chance es un daño cierto, no eventual, pues se frustra ciertamente para otro, una oportunidad que existe como tal, de obtener una ganancia o de evitarse un perjuicio. La indemnización deberá ser de la chance misma y no de la ganancia por lo que aquella deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad.

El procedimiento de evaluación es arbitrario y queda librado al poder soberano de los jueces, pero esta incertidumbre no excluye que los tribunales se esfuercen en obtener una apreciación lo más precisa posible considerando la importancia de las chances.

Sin embargo, a la pérdida de oportunidad –por las dificultades que presenta su reconocimiento– se la relaciona, en determinados casos, con la certeza del daño, y en otros con el nexo de causalidad.

³⁸ BUSTAMANTE ALSINA, JORGE. “El resarcimiento del daño compensatorio”, en: *Del Daño*. Obra Colectiva. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 2001.

De acuerdo con el profesor JUAN CARLOS HENAO³⁹,

En estos casos el juez debe pronunciarse a partir de supuestos que, según el demandante, se habrían de producir de no haberse interpuesto el hecho dañino. El juez debe, por lo tanto, calificar primero los elementos que le permiten saber si la hipótesis se habría de presentar normalmente, justo en razón de que no va a expresarse nunca en la realidad (p. 159).

Para el profesor TAMAYO JARAMILLO⁴⁰, en este evento,

(...) el único daño consiste en no poder disfrutar la posibilidad de ganar una competencia que, como consecuencia lógica, también podía haber perdido. Y, más adelante, agrega: (...) el que tiene la posibilidad de ganar algo, dispone de un bien económico que inclusive a veces puede enajenarse, como cuando se vende un derecho litigioso, o un billete de lotería. El valor, desde luego, depende de las probabilidades de éxito que se tienen con esa oportunidad. El daño consiste no en la pérdida del premio o de la pretensión, sino en la pérdida de la oportunidad de conseguirlos.

De acuerdo con el profesor argentino RAMÓN DANIEL PIZARRO⁴¹:

Existe pérdida de chance cuando se frustra una oportunidad de obtener un beneficio, o de evitar un menoscabo de índoles material o espiritual. Adviértase que lo frustrado no es el beneficio esperado, sino la mera probabilidad de lograrlo que razonablemente hubiese tenido el damnificado de no mediar el ilícito. (...)

La doctrina moderna, (...) [admite] el valor económico o espiritual que en sí mismo tiene la existencia de un chance, y el carácter dañoso que puede generar un menoscabo derivado de su pérdida o disminución.

El juicio de valoración se realiza tomando en cuenta el grado de probabilidad objetiva existente para que la prosecución del proceso causal pudiese derivar en un beneficio económico o espiritual, y también las circunstancias particulares del caso concreto.

Vale la pena, con todo, hacer una distinción que puede resultar importante: una cosa es la existencia del daño y otra distinta su cuantía; la primera, la existencia –bien que se

³⁹ HENAO, JUAN CARLOS. *El Daño*. Ob. cit., p. 159.

⁴⁰ TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *De la Responsabilidad Civil*. T. IV. Bogotá. Edit. Temis, 1999, p. 33.

⁴¹ PIZARRO, RAMÓN DANIEL. “Resarcimiento del Daño Moral”, en: *Del Daño*. Obra colectiva. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia Ltda., 2001, pp. 585 y 586.

trate de un daño actual o de uno futuro—, debe estar probada en el proceso y es *conditio sine qua non* para declarar la responsabilidad patrimonial; la segunda, la cuantía del daño, también debe probarse y es condición de la condena en concreto.

Bajo el esquema de la Ley 975 las dos (existencia y cuantía) deben aparecer probadas en el expediente por cuanto no hay lugar a condenas *in genere* o en abstracto en los procesos de responsabilidad civil, cosa que sí es posible en los que se pretende la responsabilidad del Estado⁴².

Por consiguiente, en la reparación de víctimas prevista en la Ley 975 de 2005, el juez debe encontrar probados en el expediente dos aspectos: (i) **la existencia del daño**, lo cual le permite declarar la responsabilidad civil del condenado, y (ii) **la cuantía del daño**, circunstancia necesaria para poder atender el mandamiento legal de que la condena debe hacerse en concreto.

La pregunta consiguiente es: ¿Qué debe hacer el juez de justicia y paz cuando encuentra probado el daño (es decir su existencia) pero carece de prueba de su cuantía?

En principio, el juzgador de justicia y paz debe acudir —para efectos de la integración normativa de la Ley 975 de 2005 y en lo que a temas de reparación concierne— a las normas civiles; por lo tanto, en este caso, al Código de Procedimiento Civil, como lo dispone la última frase el artículo 2° del Decreto 4760 de diciembre 30 de 2005⁴³.

Es claro que el tema reparatorio contenido en la Ley 975 de 2005 se refiere, principalmente, a una relación entre particulares, y por lo tanto a relaciones civiles reguladas por dichas normas. En efecto, los daños que han de repararse son aquéllos causados por los delitos cometidos por personas vinculadas a GAOML, lo que indica, repetimos, que tanto víctima como victimario tienen la condición de particulares.

⁴² Precisa el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 307: “...Cuando el juez considere que no existe prueba suficiente para la condena en concreto, decretará de oficio, por una vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin”. En cambio, el C.C.A. en el artículo 172 regula las condenas en abstracto: “Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestos en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental...”.

⁴³ Dice el artículo 2° del Decreto 4760 de 2005: “Marco Interpretativo. La interpretación y aflicción de las disposiciones previstas en la Ley 975 de 2005 deberán realizarse de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia. La incorporación de algunas disposiciones internacionales en la citada ley, no debe entenderse como la negación de otras normas internacionales que regulan esta misma materia.

”En lo no previsto de manera específica por la Ley 975 de 2005 se aplicarán las normas de procedimiento penal contenidas en la Ley 906 de 2004 y, en lo compatible con la estructura del proceso regulado por aquella, lo dispuesto por la Ley 600 de 2000, así como la Ley 793 de 2002 y las normas civiles en lo que corresponda (negrillas fuera de texto).

En estas condiciones, a nuestro juicio, se debe aplicar el artículo 307 del C. de P.C., el cual en la parte final del inciso primero dispone: “*Cuando el juez considere que no existe prueba suficiente para la condena en concreto, decretará de oficio, por una vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin*”. Esta fórmula legal nos parece preferible a la aplicación inmediata del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 del 7 de julio de 1998 que, en todo caso, también podría resultar aplicable.

Obviamente, en el terreno propio de la pérdida de oportunidad, el tema de la cuantificación del daño ofrece serias dificultades; el profesor RAMÓN DANIEL PIZARRO⁴⁴ da estas pautas generales:

Una cosa es que sólo se repare la pérdida de oportunidad para alcanzar cierto beneficio (económico o espiritual) y otra, distinta, es que dicha reparación no deba ser plena. (...).

¿Cómo se determina dicho valor resarcitorio?

Es una cuestión en la que predomina el prudente arbitrio judicial, tanto en materia de daño patrimonial cuanto en el ámbito del daño moral. Por cierto que la voluntad del juzgador debe sustentarse en elementos de hecho, que le permitan fundamentar y justificar su determinación cualitativa y cuantitativa. De allí que para determinar el quantum indemnizatorio deba tener en cuenta:

I.Cuál habría sido la situación de la víctima si la chance invocada se hubiese realizado. Se debe tomar en cuenta, para ello, la existencia del grado del álea.

II. La chance en sí misma, valorada en función del interés conculcado, del grado de probabilidad de su producción y del carácter reversible o irreversible del perjuicio que provoque su frustración.

III. El monto indemnizatorio que hubiese correspondido en caso de haberse concretado la chance y obtenido el beneficio esperado. Los Jueces deben considerar integralmente el álea que afecta la realización de la chance perdida: es por ello que la indemnización deberá ser, en principio, menor que la que correspondería en caso de certeza total del daño. Lo que no significa que por tratarse de una chance, se manden pagar sumas irrisorias, que (por lo general) constituyen una burla para el damnificado.

Estos criterios de la doctrina han sido acogidos por el juez colombiano, al menos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de modo que el procedimiento, en la

⁴⁴ Op. cit., p. 588.

práctica, es el siguiente: se hace el cálculo del daño pleno, es decir, como si el beneficio que se buscaba efectivamente se hubiera podido obtener, y a esa cuantía se le asigna un porcentaje de acuerdo con el análisis que se haga del caso concreto, por ejemplo, un 20%.

2.4 Daño directo

Normalmente la doctrina exige, para que el daño sea indemnizable, que sea directo; la Ley 975 de 2005 hace otro tanto en el artículo 5°: *“Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido **daños directos**...”*.

Sin embargo –y pese a la calificación expresa de la Ley 975 de 2005–, lo cierto es que este requisito hace alusión al nexo de causalidad que debe existir entre el evento dañoso y el daño; dicho de otra manera, el daño ha de provenir directamente (ser efecto) del hecho dañoso (que ha de ser su causa), de modo que más que un requisito del daño indemnizable, es un elemento de la responsabilidad que se tratará en el momento de estudiar la imputabilidad del daño a la cual, tradicionalmente, se le han reconocido dos esferas de acción: la de imputación fáctica correspondiente al nexo de causalidad entre el hecho dañoso (en este caso el delito) y el daño, y la de imputación jurídica que relleva las razones jurídicas de la obligación reparatoria.

3. Presupuestos del daño en el contexto de la Ley 975 de 2005

Los derechos de las víctimas –y entre ellos el derecho a la reparación– deben quedar garantizados en el desarrollo de un procedimiento que busca unos claros propósitos políticos: la búsqueda de la paz y la reincorporación a la vida civil de personas que, en las condiciones descritas en la ley, estaban organizadas al margen de la ley.

De allí que resulte necesario establecer, a partir de las normas de la Ley 975 de 2005, la naturaleza del daño indemnizable para determinar su compatibilidad en relación con el daño que compromete, en las reglas generales, la responsabilidad civil de los particulares. Ello no impide reconocer que, en todo caso, el daño indemnizable en el marco de la Ley 975 de 2005 debe estar rodeado de ciertas características, a saber: a) que los daños sean causados por los miembros de los GAOML; y, b) que los daños sean consecuencia de acciones u omisiones transgresoras de la ley penal.

En efecto, el sujeto activo del daño, vale decir, sus autores, han de ser los grupos descritos o sus miembros (la desmovilización puede ser individual o colectiva, artículo 9°), siempre que las acciones generadoras del daño se hayan cometido durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos (artículo 10) y durante la vigencia de la Ley 975 de 2005, vale decir, hasta el 25 de julio de 2005.

A idéntica conclusión se llega a partir de lo previsto por el inciso primero del artículo 42 de la Ley 975 de 2005, que consagra el deber de reparar a cargo de los miembros de GAOML, condenados mediante sentencia judicial y, por consiguiente, beneficiados con las medidas penales benignas que la misma ley consagra, o del inciso segundo que opera en aquellos eventos en los cuales no se ha podido identificar a la persona concreta causante del daño pero se logre probar que el mismo fue causado por el GAOML.

Por otra parte, los daños deben ser consecuencia de la transgresión a la ley penal por parte del GAOML o de cualquiera de sus miembros. Esta aseveración, por lo demás, lejos de constituir una regla especial de la Ley 975 de 2005, es la norma general en cuanto toca con la indemnización de perjuicios en el proceso penal. Así lo ha reconocido, por ejemplo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: *“Adicional a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, conforme a legislación y jurisprudencia existentes, solo los daños morales y materiales que sean producto directo e inmediato del hecho atribuido al condenado, deben ser indemnizados”*⁴⁵, y así lo establece el artículo 2° de la ley⁴⁶, contexto dentro del cual no resulta extraño que, en el artículo 5°, exija que *“los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal...”*, lo que en otros términos significa que los daños indemnizables, por los procedimientos propios de la Ley 975 de 2005, son aquéllos que provienen de (i) la comisión de un delito (ii) por un GAOML (iii) o por un miembro de un GAOML durante y con ocasión de la permanencia al GAOML (iv) que queden cubiertos por la Ley 975 de 2005.

Lo anterior debe aclararse en dos sentidos: **primero** que no significa que otros daños causados por los indicados grupos o por sus miembros, que queden por fuera del contexto de la Ley 975 de 2005 no deban ser indemnizados; una conclusión tal sería notoriamente injusta y contraria a la ley; lo que ocurre es que la reparación de tales daños ha de buscarse por los procedimientos ordinarios y ante los jueces competentes, para el caso concreto. Sobre este particular pudiera ser útil recordar que, en términos del artículo 94 de Código Penal, *“la conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquélla”*, y para los eventos en que la conducta pudiera no ser delictuosa, el artículo 2341 del Código Civil prescribe: *“el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*, y,

⁴⁵ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 11 de agosto de 2004, Exp. 20139, M.P.: Mauro Solarte Portilla.

⁴⁶ “Artículo 2°. Ámbito de la ley, interpretación y aplicación normativa. *La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional (...)*”.

segundo, que el concepto de “*daño*”, en sí mismo, no tiene ninguna variación porque su reparación se haya de hacer dentro o fuera de la Ley 975 de 2005. En consecuencia, y por este segundo aspecto, todo cuanto se ha dicho respecto del daño en general y, sobre todo, en relación con el daño resarcible y con sus características, conserva plena aplicación para los reconocimientos que se hayan de hacer en aplicación de la Ley 975 de 2005. Por lo tanto y en cuanto se refiere al daño individual (el daño colectivo tendrá un aparte especial en este trabajo), el daño ha de ser antijurídico, personal y cierto, y solo en tales condiciones el Juzgador de Justicia y Paz podrá reconocerlo.

4. Clases y tipos de daños de acuerdo con la legislación nacional, en particular con la Ley 975 de 2005 y con la jurisprudencia colombiana

Pretendemos, en este apartado del trabajo, auscultar las clases y tipos de daños que aparecen consagrados en la legislación colombiana, con un énfasis particular para la Ley 975 de 2005, o que, sin consagración legal o con consagración positiva muy general, han sido desarrollados por la jurisprudencia patria, en especial la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia (en sus Salas de Casación Penal y Civil) y el Consejo de Estado.

4.1 Clases de daños desde el punto de vista de la víctima

Para efectos reparatorios la víctima o la persona que padece el daño puede ser individual o colectiva.

Para el estudio del daño individual se estudiará la tipología tradicional, teniendo en cuenta el perjuicio individual. Para el daño colectivo realizaremos el análisis del derecho colectivo o del interés colectivo (Ley 472 de 1998) o del bien jurídico colectivo (Código Penal) afectado, del cual resultará el o los daños generados a la comunidad con la acción delincencial.

4.1.1 Daño individual

De esta clase de daño hemos venido ocupándonos hasta ahora. Es aquél que padece un individuo⁴⁷, es decir, una persona, natural o jurídica, en su patrimonio material o inmaterial. Tal y como lo hemos manifestado, para que este daño sea indemnizable debe ser antijurídico, personal y cierto.

⁴⁷ El Diccionario de la Lengua Española trae estas acepciones en relación con el vocablo individuo: “*Que no puede ser dividido; cada ser organizado, animal o vegetal, respecto de la especie a que pertenece; (...) la propia persona con abstracción de las demás...*”.

Se trata del daño al que hemos estado acostumbrados a referirnos comúnmente, que surge como consecuencia de la sociedad de riesgos y que afecta los derechos individuales que tutela el Estado en las Constituciones Políticas y en las leyes.

De este modo, cuando alguno de tales derechos (del individuo) resulta menguado, menoscabado o eliminado, estamos en presencia de un daño y el individuo que lo padece o sus sucesores están legitimados para presentarse ante los jueces (o ante otras autoridades) a reclamar la necesaria tutela protectora de su bien personal maltratado. Por esto en la generalidad de los casos se requiere una legitimación especial para reclamar por los daños que se derivan del desconocimiento del derecho individual. Hay necesidad, en todo caso, de tener interés y demostrarlo en la reclamación.

Para los daños individuales la ley, la doctrina y la jurisprudencia nacionales e internacionales reconocen, de manera uniforme, dos grandes categorías: el daño material y el inmaterial. Sin embargo, es posible que en el tratamiento en uno u otro régimen jurídico o en uno u otro doctrinante existan diferentes denominaciones a estos daños individuales, que no afectan para nada el contenido de los mismos⁴⁸.

a) *Daño material*

Es la propia ley (el Código Civil colombiano que es aplicable a los diversos eventos de responsabilidad civil y patrimonial, incluso la del Estado), la que establece la indemnización de los perjuicios materiales entendidos como la afectación o el menoscabo o la eliminación de bienes o derechos integrantes del patrimonio material de una persona⁴⁹.

⁴⁸ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, anota sobre este particular: “(...) No sobra recordar que los perjuicios son de dos clases: **patrimoniales** los unos y **extrapatrimoniales** los otros. **Los primeros se clasifican en daño emergente y lucro cesante, y los segundos vienen a ser los morales**, entendiendo por daño emergente aquel que representa el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio del lesionado, el cual no puede fundarse sino en el acervo probatorio allegado al proceso, para cuyo fin debe tenerse en cuenta las expensas hechas por causa o con ocasión del evento lesivo, vale decir, el transporte, la asistencia médica y hospitalaria, el valor de los daños sufridos por objetos pertenecientes a la víctima, etc. El lucro cesante viene a ser la utilidad, la ganancia que el perjudicado ha dejado de obtener, esto es, el incremento patrimonial que con bastante probabilidad habría perfilado de no haberse presentado el hecho ilícito que causó el daño. Por su lado, el daño moral puede interpretarse como la lesión que padece la víctima la cual está concebida como el dolor humano o sufrimiento que ésta experimenta, y que dada su naturaleza, corresponde al mundo de la sensibilidad espiritual y mantiene relación directa con la dignidad del ser humano (...)” (negrillas fuera de texto). Véase Sentencia del 4 de febrero de 2009, Exp. 28.085, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

⁴⁹ El profesor JUAN CARLO HENAO (*El Daño*. Op. cit., pp. 195 y ss.), explica que “...los perjuicios de orden material son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir medibles o mesurables en dinero”.

En la ley, en la jurisprudencia y en la doctrina colombianas, el perjuicio material reviste dos modalidades que han quedado establecidas en el mismo Código Civil: el daño emergente⁵⁰ y el lucro cesante⁵¹.

De acuerdo con el pensamiento del profesor TAMAYO JARAMILLO⁵², “*hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima*”.

En consecuencia, por daño emergente hay que entender la pérdida de un bien (mueble o inmueble) o su deterioro que genera una disminución en su precio, pero también debe entenderse por tal cualquier desembolso de recursos que deba hacer la víctima con el propósito de superar (total o parcialmente) el daño ocasionado. El despojo de una finca, la pérdida de ganados, los costos de reparación de un vehículo, el menor valor de esos u otros bienes generados por el daño ocasionado, la pérdida de cultivos, etc., serán eventos constitutivos de daño emergente.

En cambio el lucro cesante está constituido por los ingresos, las ganancias, el provecho que la víctima iría, ciertamente, a obtener y no obtuvo por habérselo impedido el evento dañoso, los ingresos laborales que no reporta el patrimonio de la víctima por causa de una lesión corporal, las ganancias fundadamente esperables de una negociación frustrada, el aprovechamiento económico que habría generado la explotación de un bien (v. gr. un vehículo o un bien inmueble), explotación que devino imposible, etc.

Así lo ha entendido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en el siguiente aparte⁵³:

1. Establece el Código Civil, artículos 1613 y 1614, que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, entendiendo el primero como la

⁵⁰ Preceptúa el artículo 1613 del Código Civil: “Indemnización de perjuicios. *La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*”.

⁵¹ Establece el artículo 1614 del Código Civil: “Daño emergente y lucro cesante. *Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento*”.

⁵² Op. cit., p. 136.

⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de noviembre de 2001, Exp. 15.243, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

pérdida o disminución patrimonial y las erogaciones causadas; y el segundo, como la ganancia o provecho dejado de percibir. Así, la reparación material tiene como base el quebranto económico sufrido; de ahí que el inciso 2° del artículo 107 del Código Penal que estaba vigente cuando ocurrieron los hechos, contemplaba dentro de los factores determinantes para la tasación prudencial del daño material, la supresión o merma de la capacidad productiva y los gastos ocasionados, daños materiales que deben aparecer comprobados, como ahora refiere expresamente el artículo 97 de la Ley 599 de 2000 (“los daños materiales deben probarse en el proceso”).

O en este otro⁵⁴:

Con arreglo a los artículos 1613 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, los daños materiales están constituidos por el daño emergente referido a las erogaciones crematísticas realizadas por el perjudicado para atender las consecuencias del delito; y el lucro cesante a las ganancias o a lo que deja de percibir el perjudicado a causa de la comisión del delito.

La lesión psicofísica o la muerte pueden, como es obvio, generar tales perjuicios los que, en acatamiento del artículo 1613 del Código Civil colombiano⁵⁵, se deben reparar y así lo disponen con frecuencia los jueces colombianos, cualquiera fuera la jurisdicción a la que pertenecen (civil, penal, contencioso administrativa, etc.), a través de las dos modalidades que prevé la ley civil, correspondientes al daño emergente (ejemplos de daño emergente pueden ser los gastos médicos, costos hospitalarios, medicinas, sillas de ruedas, prótesis, etc., o los gastos funerarios, de transporte del cadáver o la pérdida de bienes materiales muebles o inmuebles o su depreciación ocurrida por el evento dañoso, etc.), y al lucro cesante, según se trate –para lo primero– de una pérdida material o de un desembolso en dinero, o –para lo segundo– de la ganancia o provecho que deja de reportar la víctima, a términos del artículo 1614 del mismo código (ejemplo de lucro cesante es la no percepción de la utilidad esperada en la ejecución de un contrato, o la no percepción de ingresos laborales por la incapacidad física para trabajar, o la no obtención de recursos por la explotación de un bien mueble o inmueble, etc.). El grado de certeza para los perjuicios materiales es casi absoluto, en la mayoría de los casos, y el juez, por regla general, no tendrá dudas para su reconocimiento y valoración⁵⁶. Eso no

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 11 de agosto de 2004, Exp. 20.139, M.P.: Mauro Solarte Portilla.

⁵⁵ Preceptúa dicha disposición: “la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

⁵⁶ Esta posición es uniforme con el derecho argentino (ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. *Resarcimiento de daños*. Op. cit.) y mexicano (Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, art. 14).

impide que, sobre todo en actividades complejas, el juez acuda al auxilio de expertos para la determinación del daño y para su cuantificación, sobre todo cuando se trata de daño futuro en cualquiera de las dos modalidades: daño emergente o lucro cesante.

Aspecto importante de destacar es que tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden revestir, desde el punto de vista temporal, las modalidades de presentes o de futuros. Ya hemos dicho que el momento en el cual se ha de establecer la condición de actual o de futuro de un daño es el que corresponde a su determinación, avalúo y reconocimiento. En cuanto nos interesa, ese momento será el correspondiente al del fallo. En tales condiciones, mirando hacia el pasado –y en el caso de una lesión psicofísica, por ejemplo–, hablando del daño emergente, habrá costos, desembolsos que la víctima habrá tenido que hacer con anterioridad a la sentencia: costos médicos, de cirugías, psiquiátricos, de enfermeras, precio de medicamentos, de aparatos ortopédicos, etc., frente a los cuales, probablemente, existirán facturas, recibos, etc., que los acreditan. Tales perjuicios (desembolsos), sin embargo, no finalizan porque se pronuncie la sentencia sino que, en muchos casos, se continúan produciendo hacia adelante, en oportunidades hasta la muerte de la víctima (es el caso de las personas que por razón de las lesiones quedan cuadripléjicas); en efecto, hacia el futuro la víctima seguirá necesitando de atención médica, psiquiátrica, psicológica, de medicinas, etc., por un tiempo que, normalmente, se determina a través de un dictamen médico científico, a partir del cual el juzgador debe hacer los cálculos respectivos⁵⁷.

Otro tanto ocurre con el lucro cesante. Es perfectamente posible que para el momento del fallo se haya consolidado una parte de esta modalidad del daño material; el caso más frecuente, aunque no el único, es el de los ingresos laborales que se han dejado de percibir con ocasión del evento dañoso; habrá una parte de tales ingresos que se dejaron de percibir desde la producción del daño hasta la expedición de la sentencia; esa circunstancia, sin embargo, se puede extender hacia el futuro (en un plazo que dependerá de las pruebas que haya en el proceso, pero que puede llegar hasta la vida probable de la víctima), dado que la víctima

⁵⁷ Véase Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de febrero 12 de 2004, Exp. 13952, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, que reconoció que en los casos de violaciones de derechos humanos se deben indemnizar los perjuicios originados en los distintos gastos que los afectados debieron realizar por causa de las violaciones, tales como: costos de ambulancia, hospitalización, tratamientos médicos y quirúrgicos, medicamentos, terapias, gastos funerarios, incluidos en éstos los servicios inherentes al sepelio (ej.: féretro, velación, ceremonia religiosa, cremación, inhumación, entre otros). En igual sentido, Véase Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2000, Exp. 11.842, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, en que se reconoció a favor de una persona parapléjica, como consecuencia de un accidente de tránsito, los tratamientos médicos, las medicinas, los aparatos ortopédicos, etc., que se demostró necesitaba hasta el fin de su vida probable (daño futuro), así como los que hasta ese momento se probaron como causados (daño actual).

debía continuar beneficiándose con los ingresos producto de su trabajo, y por la ocurrencia del daño no lo logra.

De allí que en estos casos el Consejo de Estado, por ejemplo, se refiera a un período de indemnización consolidada (para el daño actual o pasado), y a otro de indemnización futura donde calcula la incidencia, hacia el futuro, del daño en el patrimonio de la víctima, clasificación que se puede aplicar tanto al daño emergente como al lucro cesante. Tales períodos (consolidado y futuro), como se verá en el capítulo correspondiente a la tasación del daño, se liquidan bajo fórmulas diferentes, circunstancia que se explica porque hacia el pasado se está haciendo un pago tardío, y hacia el futuro se está haciendo un pago anticipado.

De reglas similares se sirve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵⁸, como se deduce de los siguientes párrafos:

En efecto, en primer lugar, el juzgador estimó que el lucro cesante consolidado se establece entre el periodo comprendido entre la muerte de la víctima y la fecha en que se dictó el correspondiente fallo de mérito (4 meses). En el presente asunto a los 383 meses que constituye la expectativa de vida de Torres Figueroa de acuerdo con la Resolución 0497 del 20 de mayo de 1997 de la entonces Superintendencia Bancaria y sabiendo que para la época en que ocurrieron los hechos la víctima contaba con 44 años de edad, se le restaron los citados 4 meses, arrojando como guarismo 379 meses.

Así mismo, el Tribunal concluyó que los 4 meses “nos arroja un lucro cesante consolidado de tres millones doscientos ochenta mil ciento ochenta pesos (\$3.280.180.00) (...)”.

Por manera que para determinar el lucro cesante futuro, el juzgador de segunda instancia dividió aquella cifra “por los meses liquidados, es decir, cuatro. Lo que nos daría una suma de ochocientos veinte mil cuarenta y cinco pesos (\$820.045.00), como renta actualizada que se proyecta hasta la duración de la supervivencia la cual es de 379 meses, pues en el lucro cesante consolidado ya fueron liquidados cuatro meses”.

A continuación, con base en “la tabla para actualizar el lucro cesante futuro, con la fórmula que ha venido utilizando la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, utilizando un interés compuesto anual del 6%, nos da como resultado un factor de 172.82 frente a los 379 meses, lo cual multiplicado por la renta actualizada, arroja como resultado ciento cuarenta y un millones setecientos doce mil pesos (\$141.712.000.00) por concepto de lucro cesante futuro actualizado a favor de la cónyuge”.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 27 de octubre de 2008, Exp. 20779, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

Por su parte, en lo atinente a los hijos advirtió “que por este concepto, es de anotar que por sus edades, el monto es diferente, es así que para el de cinco años la liquidación es de veintinueve millones trescientos once mil ciento seis pesos (\$29.311.106.00); y al de quince años, le corresponde una liquidación de ocho millones ochenta y dos mil novecientos pesos (\$8.082.900.00).

“Para efectos indemnizatorios del lucro cesante por la muerte de una persona, existe presunción de dependencia de los hijos hasta llegar a la mayoría de edad. En el caso que se acredite que se está estudiando o preparándose para ejercer una profesión u oficio, se tendrá como edad límite para indemnizar los veinticinco años. En el caso de Guillermo Alejandro Torres Medina, con veintidós años de edad, por no demostrar estar estudiando al momento de la muerte de su padre, y además asegurar estar trabajando en la fundación ayuda al deporte, como aparece en declaración dada por éste no se le reconocerá la indemnización por lucro cesante futuro.

“Por lo anterior, se tiene como monto total por perjuicios materiales la suma de 487 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y por concepto de perjuicios morales la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que deberá cancelar a la orden de los perjudicados.”

De acuerdo con las anteriores consideraciones realizadas por el Tribunal, se advierte que los cálculos hechos por el sentenciador para concluir en el lucro cesante se ajustan a las previsiones legales y a las desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia. En tales condiciones, de la tasación de los perjuicios la Sala no avizora que se haya infringido la ley sustancial, de manera indirecta, derivada de la errada apreciación de la prueba y, menos, por que se hubiese omitido un medio de convicción en el acto de estimación.

Recuérdese que el interés del 14% se infirió de acuerdo con la tabla del índice del precio del consumidor, mientras que el 6% se tomó según lo preceptuado por el artículo 1617 del Código Civil.

b) Daños inmateriales⁵⁹

Perjuicios inmateriales son aquéllos que se producen por la lesión o el desconocimiento de bienes de la misma naturaleza, normalmente pertenecientes a la personalidad de la víctima y carentes, en principio, de valor económico dado que no están en el comercio;

⁵⁹ Los daños inmateriales “son aquellos que, existiendo afectación de la persona humana, producen un impacto adverso en la esfera emocional, afectiva, sensorial, o espiritual de la misma”. Véase Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 12 de septiembre de 2002.

la jurisprudencia nacional entiende que la lesión psicofísica o la muerte constituyen circunstancias eficientes para producirlos en tanto afectan la integridad corporal (física o psíquica) o el derecho a la vida, pero, claro está, los ejemplos se pueden multiplicar: las afectaciones al buen nombre, a la honra, a la tranquilidad, a la libertad, a la salud, a la intimidad, a la identidad personal, la generación de temor o de dolor físico o moral, la angustia, la tristeza, la desazón, la depresión, el desasosiego, la afectación del proyecto de vida, los cambios en la relación de las personas que hacen más gravosa su existencia, etc.

El reconocimiento de este tipo de daños carece de una definición legal⁶⁰ que, como en el caso de los perjuicios materiales, oriente al juzgador; sin embargo, ello no significa que no estén incluidos, por el ordenamiento positivo colombiano, dentro del instituto indemnizatorio como de hace mucho tiempo lo tiene reconocido tanto la jurisdicción civil como la contencioso administrativa. Tampoco resultan cuantificables (están por fuera del comercio), y esa circunstancia ha dificultado su reconocimiento en diversas épocas y en varios sistemas jurídicos; la jurisprudencia nacional entiende que, probada la existencia y la intensidad del daño inmaterial, la víctima tiene derecho a una satisfacción económica que compense –así sea parcialmente– la lesión a su derecho.

A términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, referida a las consecuencias del daño corporal, el perjuicio moral está constituido por el dolor físico⁶¹ que padece la víctima como consecuencia de la lesión, así como por la afectación de sus sentimientos íntimos.

La denominación “daño moral” fue, durante mucho tiempo, comprensiva de la totalidad del daño inmaterial que pudiera padecer la persona humana a la cual, generalmente, se restringía el concepto. Esta situación varió hace ya algunos años en el Consejo de Estado, y muy recientemente en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Hoy las dos Corporaciones reconocen otros tipos de daños, a título de daño inmaterial⁶². No parece haber ocurrido lo mismo en la Sala de Casación Penal, en cuanto debe ocuparse de estos asuntos reparatorios del daño causado con el delito⁶³.

⁶⁰ De allí que el profesor FERNANDO HINESTROSA, en lúcida aclaración de voto a la sentencia de la Sección Tercera de 25 de febrero de 1982, Exp. 1651, se refiriera al daño moral como a una figura “...relativamente reciente, discutida y discutible por todos sus aspectos y menesterosa de una precisión conceptual y pragmática mayores de las alcanzadas hasta ahora”.

⁶¹ La inclusión del dolor físico en el daño moral ha generado algunas críticas de la doctrina que prefieren, para él, un rubro especial del daño. Ver. MCAUSLAND, MARÍA CECILIA. Op. cit., *infra*.

⁶² Ver MCAUSLAND SÁNCHEZ, MARÍA CECILIA. *Tipología y reparación del daño patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 59 y ss.

⁶³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 11 de agosto de 2004, Exp. 20.139, M.P.: Mauro Solarte Portilla.

El tema del daño inmaterial, en concreto del daño moral, surgió en nuestra jurisprudencia en un conocido y reconocido fallo de 21 de julio de 1922, proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁶⁴, por medio del cual se casó parcialmente la sentencia recurrida, entre otras cosas, en cuanto había negado el reconocimiento de los perjuicios morales que reclamaba el señor Villaveces (víctima demandante) porque los restos de su esposa habían sido exhumados de la bóveda de la cual era propietario y enterrados en una fosa común; de tales hechos dedujo la Corte que el señor Villaveces había padecido un daño moral que debía indemnizarse a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, bajo la consideración de que “... todo derecho lesionado requiere una reparación a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social...”, y que “...si en muchos casos es difícil determinar el quantum de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedaban desamparados por la leyes civiles...”.

A partir de allí⁶⁵ el juez colombiano, sobre todo el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Civil –Corporaciones que durante un tiempo compartieron tesis y hoy tienen marcadas diferencias que últimamente tienden a reducirse en este punto concreto– fundaron sus decisiones iniciales en la disposición legal contenida en el artículo 95 del Código Penal de 1936, a cuya aplicación analógica se acudió en estos casos, y a cuyos términos,

Cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos.

Las reflexiones que condujeron a la aplicación analógica de la norma penal partieron del supuesto según el cual no existía, en la legislación civil ni en otra norma aplicable a la reparación de los daños civiles o los que se produjeran en materia contencioso administrativa, una disposición positiva que regulara específicamente el asunto atañadero a los perjuicios morales; por esta razón, y bajo el recurso previsto en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887⁶⁶, se acudió a una disposición que regulara casos

⁶⁴ Con ponencia del Magistrado Tancredo Nanneti.

⁶⁵ Sobre la evolución del instituto del daño moral en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se puede consultar el excelente ensayo de la profesora MARÍA CECILIA MCAUSLAND. *Reflexiones sobre el contenido del daño inmaterial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. En: *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*. Libro homenaje a FERNANDO HINESTROSA. 40 años de rectoría 1963-2003. T. II, pp. 323 a 343.

⁶⁶ El precepto legal dispone: “*Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho*”.

semejantes, norma que se encontró –por las cabezas de las dos jurisdicciones– en el transcrito artículo 95 del Código de Procedimiento Penal de 1936.

Con posterioridad, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia abandonaría –en 1974– esa estrategia porque, a su juicio, en el artículo 2341⁶⁷ del Código Civil se contemplaba perfectamente la hipótesis del reconocimiento y pago de los perjuicios morales (comprensivos para entonces, como se dijo, de la totalidad del daño inmaterial), de modo que cualquier recurso a la analogía resultaba impracticable.

Otro tanto hizo la Sección Tercera del Consejo de Estado en el año 2001⁶⁸, Corporación que, además, encontró aplicable, para ese momento, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, a cuyo tenor dice:

Valoración de Daños. Dentro de cualquier proceso que surtan ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

De allí que hoy ni la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema ni la Sección Tercera del Consejo de Estado recurran a la aplicación de los artículos correspondientes en la Ley 599 de 2000 (arts. 94-100) para los necesarios reconocimientos de los perjuicios inmatrimales sufridos por la víctimas.

Sin embargo, consideramos que siempre que el daño moral fuese el resultado de un delito, y en la medida en que las leyes civiles y administrativas no señalan un tope legal de indemnización, se debe acudir en esas jurisdicciones a aplicar el artículo 97 del actual Código Penal, pues es la única norma que fija topes legales de indemnización.

En esta dirección apunta la aclaración de voto a la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶⁹, que se cita a continuación:

2.2. Ahora bien, al examinarse el contenido y alcance del artículo 97 del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000) se encuentra que, en aquellos eventos en los cuales el daño antijurídico haya tenido origen en una conducta delictiva, independiente

⁶⁷ Señala esa disposición: “Responsabilidad extracontractual. *El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.*”

⁶⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Exp. 13232-15646, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp. 17.994, C.P.: Enrique Gil Botero.

al hecho de quién o quiénes sean los autores materiales o copartícipes en la comisión del ilícito, siempre que ese daño resulte imputable al Estado, la valoración del perjuicio extrapatrimonial podrá decretarse con base en los baremos de la disposición mencionada.

En efecto, el artículo 97 ibídem preceptúa:

“Artículo 97. Indemnización por daños. *En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales.*

”Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

”Los daños materiales deben probarse en el proceso”.

2.3. Como se aprecia, se torna necesario que la Sección precise la tesis según la cual el tope máximo del perjuicio moral, asciende a la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, por las siguientes razones:

(...) ii) La regulación se refiere, entonces, a los perjuicios de tipo extrapatrimonial, esto es, el moral o cualquier otro que pueda ser decretado según la tipología del perjuicio avalada por la Sala (v. gr. perjuicio fisiológico, daño a la vida de relación, alteración a las condiciones de existencia, etc.).

iii) La norma es facultativa, puesto que no establece el monto señalado de forma imperativa con el condicionamiento “hasta”, sino que usa la proposición de habilitación “podrá”. En consecuencia, si el juez penal puede decretar una indemnización de cada perjuicio extrapatrimonial hasta de 1.000 salarios mínimos mensuales legales, no se encuentra justificación alguna para que el Juez de lo Contencioso Administrativo esté limitado al tope de 100 SMMLV.

(...)

v) No es aceptable un argumento que pretenda desconocer la posibilidad de aplicar el referente legal de 1.000 SMMLV, con base en lo significativo de esa suma para efectos de las condenas patrimoniales del Estado, puesto que es el propio legislador quien facultó al juez para determinar que sean impuestas condenas por ese monto. Además, con base en el postulado de mayor exigibilidad, no resulta lógico que si los particulares pueden ser condenados por ese valor, 1.000 SMMLV, el Estado no pueda serlo a partir de la acreditación de un daño antijurídico que le es imputable, y que, en el plano

fáctico, supone la trasgresión de un bien jurídico de aquellos a que hace referencia el ordenamiento penal (v. gr. la desaparición forzada, el genocidio, la tortura, etc.).

(...)

vii) No significa lo anterior, que se abogue por una aplicación analógica del artículo 97 del Código Penal, a efectos de fijar los estándares indemnizatorios, para la Sala, la norma sirve de ratio o fundamento de forma directa al principio del arbitrio iuris con el que cuenta el juez de lo contencioso administrativo para establecer el monto de la condena, siempre y cuando el daño tenga origen en una conducta punible.

(...)

2.5. En esa perspectiva, considero que la postura mayoritaria limita la posibilidad de aplicación de un criterio o estándar indemnizatorio contenido en la ley, sin que exista justificación alguna que avale ese trato diferencial entre la Jurisdicción Ordinaria Penal y la Jurisdicción Contencioso Administrativo, máxime cuando el daño antijurídico analizado proviene de la comisión de un delito, tal y como se constató en el caso concreto, donde aquél fue el producto de la materialización de una de las más censurables conductas ilícitas a que hace referencia la legislación nacional e internacional, esto es, la desaparición forzada de personas.

c) Tipos de daño inmaterial

Como se dejó anotado antes, en un comienzo el daño moral se lo entendió como comprensivo de la totalidad del daño inmaterial; de este modo, cualquier afectación a los derechos o bienes propios de la persona se reconocía y reparaba a título de daño moral, pues constituía el tipo único de daño inmaterial.

Posteriormente, como se verá en los párrafos que siguen, primero en el Consejo de Estado, y luego en la Corte Suprema de Justicia, se amplió la tipología del daño inmaterial con lo que hoy se conoce como “*daño a la vida de relación*” (con algunas variantes en cuanto a la denominación).

1) Daño moral⁷⁰

En general, el perjuicio moral estará constituido por el dolor físico que padece la víctima como consecuencia de lesión a su integridad corporal, así como por la afectación de sus

⁷⁰ Véase HERNÁNDEZ ALIER y FRANCO GÓMEZ, CATALINA. Op. cit.

sentimientos íntimos que se traduce en la tristeza, la angustia, el temor, la desazón, la depresión a que se ve expuesta al advertir su estado de postración, o los defectos en su integridad corporal que prosiguen a la lesión, o la afectación de los sentimientos por la pérdida de un ser querido, o por el dolor que padece el ser que se ama, o por el temor que le genera la producción reiterada o imprevista de actos violentos, o por la pérdida o deterioro de cosas sentimentalmente valiosas para su propietario, o por las pérdidas económicas especialmente importantes, o por la afectación del derecho a la honra o al buen nombre que lo exponen al escarnio público, etc.⁷¹.

En todo caso, característica fundamental de este daño es, de una parte, la naturaleza inmaterial del derecho o del bien afectado, como ya se ha visto, y, además, la circunstancia de que se trata de un daño que se produce en la esfera íntima, espiritual del ser humano (se trata de un daño que no ha sido reconocido a favor de personas jurídicas⁷²), en tanto es capaz de sufrir angustia, tristeza, dolor físico y permanece allí, en esa esfera espiritual, es decir no es un daño que se proyecte a la vida exterior

⁷¹ Esta categoría de daños también está reconocida en México y Argentina. Al respecto ver citas anteriores. Sin embargo en relación con México, el daño moral no se aplica para responsabilidad del Estado en los Estados de Aguascalientes, Baja California, Chiapas, Durango, Hidalgo, Michoacán, Nuevo León y Sinaloa: PRADO MAILLARD, JOSÉ LUIS. “La responsabilidad civil como antecedente de la responsabilidad patrimonial directa y objetiva del Estado. Experiencia mexicana”. En: *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina y México*. Op. cit.

⁷² “Si bien por regla general la indemnización por perjuicios morales va acorde con la aflicción, la pena y el arbitramiento y la amargura sufridos por la persona como consecuencia del daño recibido, tal gama de sentimientos angustiosos es inherente al ser humano sensitivamente capaz de recibirlos, de tal forma que la personería jurídica incapacitada e inhabilitada por su propia naturaleza para experimentar tales sensaciones, queda exenta de pretender indemnizaciones de índole moral cuando la causa del daño, como en el presente caso, es el fallecimiento de uno de los miembros adscritos de esa persona moral. Se ha considerado que la base del perjuicio moral subjetivo estriba en la aflicción, tristeza o angustia nacidas del amor, el afecto, la amistad que sienten los demandantes por la víctima, sentimientos unidos al parentesco, en la mayoría de los casos, permiten presumir el dolor que la desaparición les causa y cuya compensación de dinero se procura. Obviamente los sentimientos de aflicción por la muerte de un ser querido no pueden predicarse de una persona jurídica, así ésta se encuentre en las especiales condiciones de integración y solidaridad que testimonialmente se quieren mostrar respecto de la comunidad demandante en el proceso. La realidad continúa siendo la misma: de esa persona jurídica no puede predicarse el daño moral por cuanto carece de la capacidad afectiva y sentimental sobre la cual recarga el perjuicio moral, sin que en estos casos haya lugar a identificar la situación de la persona jurídica con la de sus integrantes, pues para todos los efectos son diferentes. Estos, bien pudieron ser víctimas, individualmente considerados, del perjuicio moral narrado, pero así no se demandó. No se significa lo anterior, según se advirtió, que las personas jurídicas se encuentran totalmente impedidas para acceder judicialmente a reclamar indemnización por perjuicios de orden moral.

De ninguna manera, las consideraciones antecedentes son aplicables para casos como el presente donde el perjuicio moral va indiscutiblemente ligado con los sentimientos propios del afecto y el amor de un ser humano. Otra cosa puede ser, cuando el daño moral no presente esa directa y exclusiva comunicación sentimental, en cuyo caso, bien puede eventualmente pensarse en indemnizar por tal concepto a las personas jurídicas”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 20 de agosto de 1993, Exp. 7881, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

de la persona (criterio que resultará importante para distinguirlo del daño a la vida de relación), sino que permanece dentro de sí misma, independientemente de que se manifieste o no a través de indicios externos de su propia expresión física y que, en muchos casos, permiten percibirlo.

En tal concepción coinciden la Corte Suprema y el Consejo de Estado, organismos que conciben el daño moral como aquél que “...corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo...”⁷³.

A título de guía ejemplificativa vale la pena destacar las dimensiones del daño moral que, con mayor frecuencia, repara la jurisprudencia contencioso administrativa: de ellas se destacan, **en primer lugar, el dolor físico** que experimenta el ser humano; en efecto, en el criterio del Consejo de Estado, el dolor físico debe repararse, pues: “*La jurisprudencia de la Sala ha indicado que el dolor o daño moral puede deducirse de la prueba de la gravedad de la lesión, o puede determinarse a través de prueba directa sobre el sufrimiento padecido con ocasión de aquella*”⁷⁴.

En segundo lugar, el daño moral comprende el **sufrimiento espiritual, la congoja, la tristeza, la desazón, la depresión** que afecta a un ser humano (y sólo a él) como consecuencia de la lesión (física o psíquica) por él sufrida o padecida por personas que le son queridas por vínculos de afecto, de matrimonio, de parentesco, de familia, etc., o que sobrevienen por la pérdida del ser amado.

En tercer término, el daño moral, según el Consejo de Estado, comprende aspectos tales como **el miedo que padece la víctima** en la ocurrencia del evento dañoso: “*En cuanto a la reparación de los perjuicios que se afirma sufrió John Jairo Capera al ser atacado injustamente junto con su hermano por parte del Ejército, se considera que hay lugar a reparación, pues a pesar de que no sufrió ninguna lesión física ni se demostró que se hayan afectado sus condiciones síquicas o emocionales sí sufrió un perjuicio moral derivado del temor de padecer un daño, que no estaba obligado a soportar, el cual revistió gravedad, pues sólo el azar impidió que éste perdiera la vida, como le sucedió a su hermano, mientras los militares disparaban sin ninguna justificación*”⁷⁵, así como la afectación espiritual⁷⁶

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de mayo de 2008, Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01, M.P.: Cesar Julio Valencia Copete y Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias de 10 de agosto de 2005, Exp. 16205, y de 29 de enero de 2004, Exp. 18273.

⁷⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de marzo 1º de 2006, Exp. 17256, *supra*.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de mayo 10 de 2001, Exp. 13475, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de enero 27 de 2000, Exp. 10867, C.P.: Alier Hernández Enríquez.

(angustia, desazón, depresión, tristeza) y la afectación de los sentimientos⁷⁷ (amor, cariño, compañía).

Finalmente, el Consejo de Estado ha reconocido el daño moral originado en el perjuicio sufrido en bienes objeto de afección, entendiendo, eso sí, que el daño moral, en todos los casos, tiene como único sujeto pasivo a la persona humana⁷⁸, lo cual implica que quedan excluidas de reclamación las personas morales.

En aras de la claridad, sin embargo, vale la pena anotar que unas veces la doctrina, y en otras la jurisprudencia aluden a una clasificación del daño moral claramente superada en daño moral subjetivo y daño moral objetivado.

Obviamente, y como se observa de los planteamientos que se han hecho en esta parte del trabajo, la realidad es que el concepto de daño moral debe reservarse para aludir a lo que se denomina como daño moral subjetivo; en cambio, la denominación de “daño moral objetivado” corresponde en verdad a un perjuicio material, en la modalidad de lucro cesante, siendo que se ha entendido como la pérdida de ingresos motivada en la difícil situación anímica de la víctima.

Más recientemente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia explicó, en pleno acuerdo con cuanto aquí se ha dicho:

*El daño moral es subjetivo y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir, el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, es posible que a una persona le ofenda lo que a otra no, por ello la apreciación económica es discrecional del juzgador. Los derechos que se protegen al implementarse la figura del daño moral son aquéllos que protegen la paz, la integridad, honorabilidad y la salud mental y espiritual (...)*⁷⁹.

2) *El daño a la vida de relación*⁸⁰

Como se dijo atrás, en la actualidad el daño moral no es el único perjuicio inmaterial que se puede producir como consecuencia del evento dañoso, ni es el único que reconocen

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de febrero 7 de 2002, Exp. 21266, C.P.: Alier Hernández Enríquez.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de marzo 18 de 2004, Exp. 14589, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido: República de México, Código Civil del Estado de Morelos, art. 1348.

⁷⁹ Sentencia de 4 de febrero de 2009, citada.

⁸⁰ Véase HERNÁNDEZ ALIER y FRANCO GÓMEZ, CATALINA. Op. cit.

y ordenan reparar el Consejo de Estado y, más recientemente, la Corte Suprema de Justicia.

El primer antecedente que podríamos citar para el reconocimiento del daño a la vida de relación lo tenemos en la sentencia de 4 de abril de 1964, en el que la Corte Suprema de Justicia estableció que una conducta dañina podía extender sus efectos además de la esfera económica (daño emergente, lucro cesante) a las relaciones de vida y a los sentimientos del sujeto. Sin embargo, la mayoría de los tratadistas fija como antecedente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia el 3 de julio de 1992, en la que se dijo:

*La parálisis de los miembros inferiores que padece el actor lo priva de los placeres cotidianos de la vida, tales como los de caminar, trotar, montar en bicicleta, bailar, trepar a un árbol, nadar, desplazarse cómodamente de una ciudad a otra y otras actividades similares*⁸¹.

El daño a la vida de relación comienza a perfilarse en el Consejo de Estado con el fallo de la Sección Tercera, de 6 de mayo de 1993⁸², en donde por primera vez esta Corporación reconoce, explícitamente, la existencia de un daño inmaterial, distinto del moral y dispone su indemnización; se lo denominó “*perjuicio fisiológico o a la vida de relación*”, aunque sería la primera denominación (perjuicio fisiológico), la que contaría con fortuna hacia el futuro.

En orden a precisar la novedosa figura, el Consejo expresó que el daño material impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio de la víctima; el moral busca remediarle las angustias, depresiones y el dolor físico; el fisiológico está referido a la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia⁸³.

A partir de la fecha indicada se continuó indemnizando el *perjuicio fisiológico*, para cuyo reconocimiento fue presupuesto necesario que la víctima padeciera de una lesión física (i) y

⁸¹ Véase GONZÁLEZ MEDINA, DIEGO ANDRÉS. “Apuntes sobre la Reparación Judicial en el marco de la Ley de Justicia y Paz”. En: *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: GTZ-Embajada de la República Federal de Alemania. Ed. Milla Ltda., pp. 65 y ss.

⁸² Exp. 7428.

⁸³ Curiosamente, en el caso concreto el perjuicio fisiológico quedó vinculado a un perjuicio económico, pues dijo el Consejo que, con la suma de dinero producto de la indemnización podría la víctima adquirir una silla de ruedas sin sofisticaciones y atender el pago de una persona que lo acompañara, lo cual parece identificarse más con un perjuicio material en la modalidad de daño emergente, o de daño patrimonial familiar. Véase Corte I.D.H., *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C. N° 100.

que dicha lesión le hubiese dejado, como secuela, una perturbación funcional (ii); en otros términos, sólo la víctima directa de una lesión corporal podía aspirar a ser indemnizada por este perjuicio, siempre que se cumplieran otras condiciones; ello generó críticas que se recogieron, con el ánimo de formular precisiones, en la sentencia de la Sección Tercera, de 25 de septiembre de 1997⁸⁴, en la cual se analizan los siguientes aspectos:

En primer lugar, se refirió a la denominación “*perjuicio fisiológico*”, la cual, dijo, corresponde al perjuicio de placer del derecho francés y la atribuyó a una equivocada traducción del perjuicio psicológico que es un daño corporal de carácter objetivo, en tanto que el primero es un daño extrapatrimonial distinto del *pretium doloris*. En todo caso, advirtió que lo fisiológico hace alusión a disfunciones orgánicas y que, por consiguiente, el vocablo no era el adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria. Tampoco corresponde, en tanto perjuicio de placer, al deterioro o destrucción de instrumentos tales como gafas, prótesis, sillas de ruedas, etc., fenómenos que se sitúan dentro del daño material, en la modalidad de daño emergente, como no sufre, finalmente, este perjuicio la víctima que, sin presentar anomalía orgánica, por la depresión que padece, se ve impedida o limitada para realizar las actividades normales de la vida.

Pese a lo anterior, y es lo segundo, el fallo comentado continúa utilizando la locución “*perjuicio fisiológico*”, y a ese título indemniza el que, en el caso concreto, padeció el actor, conducta que siguió asumiendo el Consejo hasta la expedición de la sentencia de 19 de julio de 2000⁸⁵, que se pasa a comentar.

En la sentencia mencionada se precisa el alcance de esta clase de daño inmaterial y se concluye que, definitivamente, *perjuicio fisiológico* y *daño a la vida de relación* no son términos sinónimos, razón por la cual se debe desechar en el futuro la primera de tales denominaciones, para adoptar exclusivamente la segunda, con un contenido sustancialmente distinto y más amplio del que hasta entonces se venía reconociendo por el Consejo de Estado.

En el sentir del Consejo de Estado la ocurrencia de este tipo de daño puede surgir de la lesión corporal, pero también de hechos distintos a ella, siempre que tengan la virtualidad de provocar una alteración a la vida de relación de las personas; tal es el caso de una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio

⁸⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de septiembre de 1997, Exp. 10.421, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

⁸⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2000. Exp. 11.842, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez

nombre o la utilización de éste por otra persona (situación esta última prevista en el artículo 4º del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso, vale decir, un daño moral que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como en los eventos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Acepta, incluso, que este perjuicio provenga de una afectación al patrimonio cuando el perjuicio material es de tal magnitud que, al margen del detrimento económico, produzca una alteración importante de las posibilidades vitales de una persona⁸⁶. En un sentido que guarda relación con lo expuesto, la Corte Interamericana manifiesta:

*Es razonable considerar que las violaciones cometidas en contra del señor Daniel Tibi alteraron de forma manifiesta su proyecto de vida. Las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar, posibles en condiciones normales, fueron interrumpidas de manera abrupta*⁸⁷.

Igualmente, para el Consejo de Estado es claro que puede padecer el *daño a la vida de relación* la víctima directa de la lesión física pero, además de ella, lo pueden sufrir otras personas que le sean cercanas, por ejemplo por razones de parentesco⁸⁸; para ilustrar

⁸⁶ No deja de tener coincidencias el daño a la vida de relación reconocido por el Consejo de Estado colombiano, y el “daño al proyecto de vida” que ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la cual corresponden estas expresiones: “El «proyecto de vida» se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone (...) Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte. 149. En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, sino de una situación probable –no meramente posible– dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Estos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito. (...) En otros términos, el «daño al proyecto de vida», entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable”. Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C. N° 42.

⁸⁷ Corte I.D.H., *Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C. N° 114. Párrafo 245.

⁸⁸ En efecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: *El perjuicio, en los términos de este fallo, puede ser padecido por la víctima directa o por otras personas cercanas, tales como el cónyuge, los parientes o amigos, y hace referencia no sólo a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, sino que también puede predicarse de actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, requieren de un esfuerzo excesivo, o suponen determinadas incomodidades o dificultades. Se trata, pues, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior (en similar sentido, fallos de 18 de octubre de 2000, Exp. 11948; 25 de enero de 2001, Exp. 11413; 9 de agosto de 2001, Exp. 12998; 23 de agosto de 2001, Exp. 13745; 2 de mayo de 2002, Exp. 13477; 15 de agosto de 2002, Exp. 14357; 29 de enero de*

esto último, la sentencia menciona el caso de la esposa y los hijos que al perder a su padre y compañero pierden también la posibilidad de continuar gozando de su protección, el apoyo y las enseñanzas que les brindaba, o cuando, dadas sus condiciones profesionales o de otra índole, se facilitaba para ellos el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones que, en su ausencia, devienen imposibles⁸⁹. De otro lado, no solamente la lesión psicofísica o la muerte pueden constituirse en fundamento del daño a la vida de relación; en efecto, la lesión al derecho a la honra o al buen nombre de una persona son circunstancias que pueden dar origen a este tipo de perjuicios indemnizables. Se trata, pues, de un “daño extrapatrimonial a la vida exterior”⁹⁰, por oposición al que afecta la vida interior que, siempre, será daño moral⁹¹.

2004, Exp. 18273; 14 de abril de 2005, Exp. 13814; 20 de abril de 2005, Exp. 15247; 10 de agosto de 2005, Exp. 16205; 10 de agosto de 2005, Exp. 15775; 1º de marzo de 2006, Exp. 13887; 8 de marzo de 2007, Exp. 15459 y 20 de septiembre de 2007, Exp. 14272, entre otros). Véase Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de mayo de 2008, Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01, M.P.: Cesar Julio Valencia Copete.

⁸⁹ En Sentencia de 15 de agosto de 2002, Exp. 14.357, de la Sección Tercera, se llegó a la conclusión de que el hijo póstumo, independientemente de que pueda sufrir un daño moral, fundamentalmente ve alteradas sus condiciones de existencia, pues lo que pierde es el afecto, el apoyo y la compañía que habría recibido de su padre. En sentido que guarda relación con lo expuesto Véase Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani*. Sentencia de 10 de julio de 2007. *Supra*. Párrafo 180.

⁹⁰ Comentando un tema similar, HÉCTOR PEDRO IRIBARNE expresa lo siguiente: “Prepararse solo el desayuno a la mañana, lustrarse los zapatos, lavarse la ropa o pintar la casa, pueden ser bienes a los que accedo «gratis», si tengo salud, habilidad, ganas y tiempo de lograrlos por mi propio esfuerzo. Pero si mi incapacidad física o psíquica me obstan efectuar alguna de esas tareas, y debo procurarlas en el mercado de trabajo, su «gratuidad» natural se ha de trocar en indudable «onerosidad»”. “Indemnización por lesiones y por incapacidad. Pautas para su cuantificación”. En: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Abeledo-Perrot, p. 307.

⁹¹ Hoy se cuestiona si el daño a la vida de relación goza de autonomía conceptual, o si por el contrario es una especie que ha sido absorbida por el daño biológico o el daño a la salud, así: COMANDÉ GIOVANNI. *Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales. La perspectiva europea*. Bogotá, 2006, p. 78. Otros, al contrario, afirman: “...Hoy parece prevaeciente, en efecto, la orientación en el sentido de que el daño a la vida de relación es apenas un caso de daño a la salud, sin que constituya una especie autónoma de daño, rescirable eventualmente junto con el daño a la salud, sino que constituye solamente un elemento para valorar mejor y cuantificar esta última clase de daño. (...) Hay quienes consideran que una prospectiva semejante, que ve al daño a la vida de relación disolverse en la categoría más amplia de daño biológico (...) debe ser aprobada. Sin embargo, ella aún despierta cierta perplejidad. Antes que nada, podría haber perjuicio a la vida de relación que no provenga de una lesión a la salud, como ocurre en todos los casos en los cuales el impedimento para conducir una vida social normal y tener relaciones normales con los demás, se desprende de una lesión al honor, a la reputación o a otro bien de la personalidad, casos en los que no es posible ni siquiera remotamente pensar en una lesión a la esfera psicofísica del individuo. En segundo lugar, el daño biológico, desde ese punto de vista, vendría a abarcar tanto las consecuencias meramente personales de la lesión a la integridad psicofísica, como las consecuencias interpersonales de ella, esto es, aquellas que inciden sobre la vida de relación. Es claro que entendido de ese modo el daño a la vida de relación viene a estar comprendido en la amplia categoría del daño a la salud, con base en una acepción que, a más de no estar acreditada, también es discutible. Y, en efecto, no se puede decir seriamente (...) que por daño biológico debe entenderse no sólo la lesión a la integridad psicofísica, sino también la lesión de la posibilidad de relacionarse con los demás, con prescindencia, en este último caso, de cada daño a la esfera biológica del individuo. (...) El daño a la vida de relación es conceptualmente

Este último aspecto adquiere notable importancia para distinguir el daño moral y el daño a la vida de relación, ambos integrantes del perjuicio inmaterial: en efecto, mientras –como antes se dijo– el daño moral se produce en la esfera íntima de la persona humana y allí permanece, el daño a la vida de relación tendrá el mismo origen pero, a diferencia del moral, se proyecta en la vida exterior de la víctima dificultándole su existencia.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁹² se ha expresado en sentido similar, y en reciente providencia, encargada no solamente de unificar los criterios de las dos jurisdicciones, sino, y además, de arrojar claridad sobre el asunto, ha considerado:

Como se observa, a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial”.

Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar (subrayas fuera de texto).

distinguible del patrimonial y del daño a la salud, y puede coincidir con uno u otro, o presentarse cuando ambos están ausentes. (...) En suma, no se puede negar que la pérdida de la posibilidad de relacionarse en la vida social constituye un daño que es autónomo de los sufrimientos morales que eventualmente pueden presentarse, como de los daños patrimoniales y de aquellos a la salud” (CRICENTI, GIUSEPPE. Il danno non patrimoniale. Cedam, Padova, 1999, p. 124). Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de mayo de 2008, Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01, M.P.: Cesar Julio Valencia Copete.

⁹² Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de mayo de 2008, Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01, M.P.: Cesar Julio Valencia Copete.

Más adelante, la misma providencia sintetiza el contenido del daño a la vida de relación en estos términos:

5. En este orden de ideas, la Corte, a manera de compendio, puntualiza que el daño a la vida de relación se distingue por las siguientes características o particularidades: a) tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado; b) adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho; c) en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico; d) no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos; e) según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquella y éstos; f) su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño –patrimonial o extrapatrimonial– que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas.

En estas condiciones, hoy se puede afirmar que existe plena coincidencia en cuanto a los tipos de perjuicios de carácter inmaterial que reconocen tanto la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil) como el Consejo de Estado (Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo), y que se comprenden en el daño moral y el daño a la vida de relación.

Hay que advertir, finalmente, que si bien la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencias de 15 de agosto y de 18 de octubre de 2007⁹³ aludió al perjuicio, de orden inmaterial, conocido como “alteración de las condiciones de existencia”, es lo cierto que –como lo anota la profesora MARÍA CECILIA MCAUSLAND⁹⁴– por su descripción y contenido es el mismo daño a la vida de relación que, desde el año 2000, viene reconociendo la citada Corporación.

d) Las lesiones constitutivas de daño en el ámbito de la Ley 975 de 2005

El artículo 5° de la Ley 975 de 2005, al definir lo que ha de entenderse por víctima en el marco de su normativa, señala, a título de ejemplo (“tales como...”) una serie de lesiones que pueden afectar a “la víctima directa”, es decir a la persona que resulta lesionada, como a sus parientes en primer grado de consanguinidad o primero civil o a su cónyuge o compañero(a) permanente (“...lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial [visual y/o auditiva], sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales”). Disposiciones similares se repiten para los miembros de la fuerza pública que resulten lesionados por miembros o integrantes de los GAOML.

El artículo 15 de la misma ley, con ocasión de regular “el esclarecimiento de la verdad” reitera, no siempre en los mismos términos, las lesiones constitutivas de daño (“tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales”).

Por su parte en el artículo 23, que establece el “incidente de reparación integral” dentro del procedimiento propio de la Ley 975 de 2005, se señala que dicho trámite incidental comprende “los daños causados con la conducta criminal”.

Conviene, por consiguiente, repasar cada uno de estos aspectos constitutivos de daño en los términos de la ley 975 de 2005 para determinar, de una parte, su contenido, y de otra saber si son excluyentes de otros tipos de daños de acuerdo con el marco referencial que hemos construido a partir de la legislación y la jurisprudencia nacionales, así como del derecho internacional.

1) Lesiones transitorias o permanentes

Nótese cómo no es idéntica la concepción de las lesiones constitutivas de daño en la Ley 975 de 2005. En efecto, mientras el artículo 5° exige que tales lesiones (transitorias

⁹³ AG-0004-01 y AG00029-01.

⁹⁴ Op. cit., pp. 63 y ss.

o permanentes, vocablos que exigirían algún tipo de definición), “*ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva)*”, el artículo 15 alude simplemente a “*lesiones físicas o psicológicas*”.

Para que el asunto vaya resultando claro y comprensible, hay que señalar que quizás no son las lesiones las que revisten características de “*transitoriedad o permanencia*”; una lesión física o psíquica siempre será eso: un atentado contra la integridad física o psíquica de una persona; lo que puede resultar transitorio o permanente son sus efectos. Para dar un ejemplo: una lesión consistente en una herida puede generar una incapacidad física de la víctima, la cual puede ser temporal (lo que quiere decir que, con el tiempo se recupera y readquiere sus facultades plenas) o puede ser permanente (es decir que deberá padecerla de por vida); del mismo modo esta incapacidad podrá ser total (lo que en términos laborales se estima a partir del 50%) o parcial, y a esas condiciones habrá que sujetar el daño padecido y, por consiguiente, la reparación.

Ahora, no parece tener sentido una interpretación según la cual las únicas lesiones a la integridad psicofísica constitutivas de daño en el marco de la ley sean aquéllas que dejen algún tipo de discapacidad; es posible que se produzcan lesiones –y muy graves– que, sin embargo, a la postre no dejan disfunciones o discapacidades corporales; de allí que resulte mucho más coherente la disposición del artículo 15 que habla, simplemente, de “*lesiones físicas o psicológicas*”.

Tampoco resulta comprensible que las únicas discapacidades (discapacitado, según el Diccionario de la Lengua Española, significa minusválido) sensoriales atendibles sean la visual o la auditiva, o las dos. Bien puede tratarse de la pérdida del sentido del gusto, o del tacto, o del olfato, o de cualquier otra función corporal.

Por consiguiente, como la expresión legal es simplemente ejemplificativa y por eso utiliza la dicción “*tales como*”, se podrá –sin problemas– utilizar la formulación genérica del artículo 15 (“*lesiones físicas o psicológicas*”) para entender estructurado el daño reparable en el marco de la Ley 975 de 2005.

Estas lesiones, como se ha visto, podrán originar daños materiales, inmateriales o generar pérdida de oportunidades; los primeros, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, los segundos, en las de daño moral y perjuicio a la vida de relación que serán, todos, perjuicios reparables en los procedimientos propios de la Ley 975 de 2005.

2) *Sufrimiento emocional*

El sufrimiento emocional a que alude la Ley 975 de 2005 se puede interpretar, por la forma como está redactado el texto legal, de dos maneras: a) como que todo sufrimiento

emocional de las víctimas, en los términos que aquí se han descrito, generan daño reparable, o b) que el sufrimiento emocional reparable es aquél que se produce como consecuencia de una lesión transitoria o permanente.

Por las mismas razones anotadas anteriormente habrá que concluir que la interpretación debida es la primera, pues no tendría sentido, por ejemplo, la conclusión de que el sufrimiento emocional derivado de una lesión física o psíquica se deba reparar y, en cambio, se hubiese de excluir el que provenga de causas distintas como el desplazamiento o el secuestro, etc.

Dicho sufrimiento emocional, en todo caso, corresponde a la modalidad de daño inmaterial que hemos denominado como el perjuicio moral.

3) *Pérdida financiera*

Aunque el vocablo “financiero”⁹⁵ tiene un significado restringido y hubiera sido preferible hablar de pérdidas económicas o de pérdidas materiales, sin duda la ley está haciendo alusión a estas últimas.

En tales condiciones bien puede ocurrir que el daño (pérdida material) obedezca al hecho de una lesión psicofísica o que sea consecuencia de otra conducta delictiva de los GAOML o de sus miembros; en ambos casos habrá de constatarse la existencia del daño emergente (pérdidas patrimoniales o desembolsos de dineros originados por el delito, causa del daño) que bien puede ser actual o futuro, y la del lucro cesante en las mismas modalidades. Naturalmente, y como se dijo atrás, estos daños materiales pueden a su vez generar daños inmateriales que son igualmente reparables.

4) *Menoscabo de los derechos fundamentales*

Obviamente, y en aplicación de la regla general, el detrimento a un derecho fundamental origina daños resarcibles. A varios de ellos se ha hecho alusión en líneas anteriores; en todo caso, habrá de estarse a lo previsto en el Capítulo I del Título II de la Constitución Política, que tiene un catálogo de derechos fundamentales completado por la Corte Constitucional y por los Tratados Internacionales. Aquí vale la pena advertir también que en el artículo 15 de la ley se agrega el calificativo “sustancial” al menoscabo de este tipo de derechos, agregado que también carece de sentido; una cosa es la existencia del daño, como lo hemos venido repitiendo, para lo cual es suficiente que exista el quebranto

⁹⁵ Según el Diccionario de la Lengua Española: “*Perteneciente o relativo a la hacienda pública, a las cuestiones bancarias y bursátiles o a los grandes negocios mercantiles*”.

o disminución o detrimento o desaparición de un derecho o de un interés legítimo de cualquier naturaleza (constitucional, legal, convencional), y otra cosa es que la intensidad o gravedad del daño infligido pueda variar según la naturaleza de la infracción.

Sin embargo, no sobra repetir que la lista que se hace en los artículos comentados de la Ley 975 de 2005 es únicamente ejemplificativa, como se deduce con claridad de sus textos. En consecuencia, los daños que se hayan ocasionado a las víctimas determinadas en la Ley 975 de 2005 por delitos cometidos por los GAOML o por sus miembros, durante el tiempo de pertenencia a los grupos y con ocasión de ella, serán reparables conforme a lo descrito en la primera parte de este capítulo. De allí que el artículo 23 de la misma ley se refiera a la “reparación integral de los daños causados con la conducta criminal”, texto general en el cual quedan comprendidos la totalidad de los daños a que aquí hemos hecho referencia, y de allí también que en los incisos siguientes del artículo 5° se refieran a la muerte o al desaparecimiento de las personas como fuente de perjuicios de otras víctimas, distintas del lesionado, bien que la víctima directa fuera un particular o un miembro de la fuerza pública.

e) Relaciones entre el daño material y el inmaterial

Desde un costado distinto del asunto se ha sostenido aquí que daños inmateriales y daños materiales son expresiones distintas del daño resarcible, como que los unos vulneran bienes y derechos que son propios de la personalidad, y los otros bienes y derechos del patrimonio material de las personas; de allí se desprenden una serie de consecuencias a la hora de juzgarlos, reconocerlos y ordenar su reparación, pues mientras los primeros afectan bienes que no están en el comercio y por lo mismo no son cuantificables, los segundos sí lo están y tienen un precio que se puede establecer con relativa facilidad.

Lo anterior, sin embargo, no impide que entre unos y otros perjuicios (materiales e inmateriales) se pueda producir (y que generalmente se produzca), una mutua dependencia, en el entendido de que los perjuicios materiales pueden causar perjuicios inmateriales y estos últimos pueden también ser causa de los primeros. Así, y solo a título de ejemplo, una gran pérdida material, el despojo de la casa de habitación o de la totalidad de los bienes de una persona puede sumir a la víctima o a los miembros de una familia en una depresión y angustia grandes por la importancia de la pérdida patrimonial, por el estado de pobreza en que se ven sumidos de forma intempestiva, por la incertidumbre de su futuro, por el cambio brusco de sus vidas, etc.; lo mismo ocurre con la pérdida o el deterioro de los denominados “bienes de afección”⁹⁶ y, a la inversa, la

⁹⁶ Dispone el artículo 729 del Código Civil: “Cosa principal y accesoria. *Si de las dos cosas unidas, la una es de mucha más estimación que la otra, la primera se mirará como lo principal, y la segunda como lo*

afectación moral de una persona puede tener una incidencia importante en el deterioro de sus ingresos, y con ellos de su patrimonio material.

Es conveniente, pues, que el juzgador logre apreciar el universo completo del daño padecido por la víctima bajo la reflexión de que cada derecho o cada bien lesionado constituye, en principio, un daño indemnizable.

4.1.2 Daño colectivo

Hoy las circunstancias están cambiando y ese cambio tiende a consolidarse. Si bien el individuo conserva su rol social protagónico, los derechos no pertenecen solo a él, o si bien le siguen perteneciendo, la pertenencia se intermedia a través de otros entes: la sociedad en general, colectividades más restringidas como por ejemplo: la comunidad de vecinos, los usuarios de los servicios públicos, los consumidores, etc. La situación ha llegado a tal punto que el ordenamiento positivo se ha visto en la necesidad de reconocer y proteger otros derechos, intereses y bienes jurídicos distintos de los individuales, que han sido denominados doctrinal y jurisprudencialmente como “derechos de tercera generación” o “derechos, bienes o intereses colectivos”⁹⁷.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁹⁸, al sostener, por ejemplo:

accesorio. Se mirará como de más estimación la cosa que tuviere para su dueño un gran valor de afección” (se subraya).

⁹⁷ TRIGO REPESAS y LÓPEZ MESA de su parte, manifiestan: “...*hoy en día se acepta sin dificultad la idea de un daño colectivo, como noción con entidad propia. Se ha señalado así, con acierto, que: «en un mundo amenazado por un riesgo de extinción o de detrimento significativo para la vida, se desdibuja y rectifica la calidad de ‘personal’ o ‘propia’ de ciertos intereses. Estos no pertenecen al sujeto en sentido clásico (como algo estrictamente suyo), y sí sólo de un modo diluido, desparramado entre él y muchos otros. Su titularidad se fragmenta entre una cantidad de indefinidos sujetos particulares, a veces con potencial repercusión en seres todavía inexistentes (el llamado ‘daño a la tercera generación’) y saltando, en suma, tiempos y fronteras ...El daño al medio ambiente extinción de especies, alteración del equilibrio ecológico, preservación de la pureza de la atmósfera, etc.), la amenaza nuclear, los vicios de los productos de consumo, la publicidad engañosa o deformante, y tantos otros problemas, atañen por igual a todos los miembros de la comunidad, o a determinados grupos dentro de ésta, indistinta y no exclusivamente. Los destinatarios de los peligros no son ya las personas, en forma aislada, sino categorías o clases de sujetos, aunados por alguna calidad o característica que da trabazón al conjunto. (...) Luego de lo cual se concluye que ‘daño colectivo es el que surge a raíz de la lesión a un interés de la misma naturaleza. Y colectivo es la calidad que ‘tiene la virtud de recoger o reunir’, por consiguiente se trata de un factor aglutinante, que permite reconocer un daño que se podría considerar único intrínsecamente, en el cual el elemento afectado es de sustancia comunitaria o grupal, y que llega a los sujetos individuales de rebote e indivisiblemente, por la inserción en el conjunto»*”. TRIGO REPESAS, FELIZ A. y LÓPEZ MESA, MARCELO. *Tratado de la responsabilidad civil*. T. IV. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho Y Economía, 2004, pp. 692 y ss.

⁹⁸ Sentencia de 29 de septiembre de 2006, Exp. 23.687, M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés.

Por tal motivo, se puede concluir que la conducta punible produce daños en dos ámbitos, a saber: público y privado. El primero afecta el orden, la tranquilidad y la paz que sufre la sociedad como consecuencia de la conducta reprochable que condujo a infringir la ley penal. Y el segundo, es el que recae sobre la víctima como resultado del hecho ejecutado por el infractor del comportamiento típico, daño privado que origina el derecho a favor de la víctima o de sus herederos para pedir la indemnización o resarcimiento de perjuicios causados por el ilícito.

De ahí que se afirme que la conducta punible no solamente da nacimiento a la acción penal sino que también cuando exista un daño que pueda ser apreciado pecuniariamente, da origen a la obligación de repararlo.

El artículo 96 de la Ley 599 de 2000 (antes artículo 105 del Decreto 100 de 1980) reza que “los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder”.

En la doctrina es usual hacer una distinción referente al daño colectivo: una cosa es el daño colectivamente causado, y otra el daño colectivamente padecido; el primero hace referencia a los casos en que el daño es causado por hechos atribuibles a grupos de personas en los cuales puede identificarse o no al individuo autor del hecho dañoso y, por consiguiente, del daño; es un fenómeno que tiene que ver con la imputación del daño a grupos que, de alguna manera, tiene relevancia en el contexto de la Ley 975 de 2005. El segundo, que por el momento nos interesa, es el daño que padece una colectividad, una comunidad, como consecuencia de la lesión o menoscabo de un derecho, de un interés o de un bien jurídico colectivo.

Si como venimos sosteniendo el daño individual consiste en la lesión a un derecho subjetivo, o al menos a un interés legítimo del individuo, el daño colectivo, por el contrario, tiene que ver con el atentado contra un derecho, interés o bien que pertenecen a la colectividad, a la comunidad, a la sociedad. El daño colectivo, por tanto, también genera un daño, solo que no es un daño contra el individuo –o al menos no directamente–, sino contra la sociedad, contra un grupo social determinado⁹⁹. Este

⁹⁹ El profesor TAMAYO JARAMILLO explica el punto en estos términos: “Concepto de daño colectivo. Según dijimos la acción dañina puede recaer sobre bienes o intereses colectivos, en cuyo caso es la colectividad la legitimada para cobrar la indemnización, de acuerdo con los requisitos previstos en la Ley 472 de 1998. El daño colectivo es aquél que afecta a una comunidad más o menos numerosa, al causarse deterioro a los bienes que sin estar en cabeza de ningún particular, de todas formas benefician la vida en común, como cuando se contaminan las aguas de un río o en general se deteriora el paisaje. (...) Con todo, nada impide que un daño colectivo genere a su vez, daños individuales

daño aún no tiene líneas definitorias muy claras, no sólo porque se trata de un cambio fundamental en la concepción jurídica de los derechos y de los daños, sino porque el avance permanente –y sobre todo precipitado– de la ciencia y de la tecnología no dan lugar a pensar sobre las consecuencias dañosas de las nuevas actividades sociales¹⁰⁰, y de los nuevos roles que enfrenta el individuo en la sociedad, en el grupo de trabajo, en la familia, en el barrio, en el club, en la escuela, en el sindicato, pues de lo que se trata es de cubrir la necesidad que tiene el individuo de realizar sus metas, cristalizar sus sueños, armar un proyecto de vida, en fin, de hacer efectivos sus derechos¹⁰¹.

Sin embargo –y en aras de la claridad– es menester distinguir, como lo indica el profesor TAMAYO JARAMILLO¹⁰², entre daño colectivo y daño plural¹⁰³. El daño colectivo es el

como cuando el río contaminado impide a los pescadores de la región conseguir su sustento diario. En este caso, son los pescadores afectados, los legitimados para cobrar su lucro cesante por no poder pescar, mientras que es la comunidad la legitimada para cobrar la reparación del daño colectivo, reparación que en principio, debería estar destinada a descontaminar el río”.

¹⁰⁰ GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R. *Los daños colectivos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 57 y ss., sostiene: “la evolución tecnológica del mundo industrializado origina daños colectivos, con la confrontación de dos nebulosas –los agresores y la víctimas– ampliándose desmesuradamente para el criterio clásico y estricto de responsabilidad civil, pero ubicado el problema en los carriles del moderno derecho de daños. (...) Asistimos ahora al reconocimiento de daños que antes no eran reparables, con mayor legitimación activa y mayor legitimación pasiva, la socialización de riesgos, la instauración de sistemas colectivos de garantías y de prevención, como respuesta del derecho a las transformaciones tecnológicas”.

De su lado, GUIDO ALPA (op. cit., p. 780), expresa: “Además de «personal», el daño puede también ser «colectivo», es decir, puede afectar a un grupo. Se trata de una reciente evolución de la materia, que encuentra su homólogo, en Italia, en la ya analizada discusión sobre la naturaleza resarcible del daño por lesión de intereses difusos, o en la naturaleza resarcible del daño «social», que afecta a la sociedad, y, en general, a entes dotados de personalidad jurídica”.

El profesor TAMAYO JARAMILLO explica el punto en estos términos: “Concepto de daño colectivo. Según dijimos la acción dañina puede recaer sobre bienes o intereses colectivos, en cuyo caso, es la colectividad la legitimada para cobrar la indemnización, de acuerdo con los requisitos previstos en la Ley 472 de 1998. El daño colectivo es aquél que afecta a una comunidad más o menos numerosa, al causarse deterioro a los bienes que sin estar en cabeza de ningún particular, de todas formas benefician la vida en común, como cuando se contaminan las aguas de un río o en general se deteriora el paisaje. (...) Con todo, nada impide que un daño colectivo genere a su vez, daños individuales como cuando el río contaminado impide a los pescadores de la región conseguir su sustento diario. En este caso, son los pescadores afectados, los legitimados para cobrar su lucro cesante por no poder pescar, mientras que es la comunidad la legitimada para cobrar la reparación del daño colectivo, reparación que en principio, debería estar destinada a descontaminar el río”.

¹⁰¹ GARRIDO CORDOBERA, LIDIA señala: “Hoy desfilan ante nuestros ojos acontecimientos de tamaño magnitud tales como la guerra, el problema de la eliminación de residuos nucleares, la contaminación del medio ambiente, la desinformación del público respecto de ciertos peligros o cualidades de los productos que se adquieren para su uso diario, etc. (...) estos acontecimientos hacen que debamos replantearnos el panorama de la responsabilidad civil, configurando el moderno Derecho de Daños, el aspecto preventivo, el problema procesal de acceso a la justicia y, por supuesto, el tema de la reparación”. Op. cit., pp. 115 y 116.

¹⁰² Op. cit., pp. 88 y ss.

¹⁰³ GARRIDO CORDOBERA, LIDIA precisa sobre este particular: “la diferencia entre el daño individual y el daño colectivo compete a la técnica jurídica; lo que se plantea es una cuestión de predominio según que una lesión dé origen

que ataca un interés de la comunidad, un interés o un bien colectivo, y por ello genera un daño de la misma naturaleza sin perjuicio de que, eventualmente, pudiera ocasionar también daños individuales; **el daño plural** es el conjunto de daños individuales, es decir, el daño que se produce a varias personas al mismo tiempo; ese conjunto de personas damnificadas, cada una en su propio interés, cuando la causa es común y única y si el conjunto está constituido por veinte personas o más, genera una acción de grupo. Sin embargo, en este caso, el perjuicio que se reclama es individual (para cada uno de los miembros del grupo) sólo que los interesados (víctimas) se reúnen para formular una acción colectiva especial que se denomina la acción de grupo, sin perjuicio de que cada uno de sus componentes pueda ejercer las acciones individuales pertinentes. En cambio, la única que puede reclamar por el daño colectivo es la comunidad, la colectividad; jamás este daño legitima al individuo, en tanto tal, para hacer reclamaciones que lo favorezcan. Por eso, mientras que la acción de grupo (que persigue el daño plural) no excluye –dadas ciertas reglas– el ejercicio de acciones individuales con el mismo propósito, el daño colectivo no permite, es excluyente de cualquier acción individual.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha referido también al tema¹⁰⁴, tomando como punto de partida la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en estos términos:

(...) Fue a partir de 2002 que se autorizó a la víctima a intervenir en el proceso con finalidades diversas a las estrictamente económicas (11), momento a partir del cual se hizo común resaltar que dicha parte o interviniente era titular de un derecho constitucional fundamental que además de garantizar (i) la efectiva reparación por el agravio sufrido, asegura (ii) la obligación estatal de buscar que se conozca la verdad sobre lo ocurrido, y (iii) un acceso expedito a la justicia, pues así se prevé por la propia Constitución Política, la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

8. Posteriormente la Corte Constitucional estableció que existen tres tipos de daños completamente diferenciables, a saber: el daño individual, que afecta derechos patrimoniales, extrapatrimoniales y fundamentales de un solo individuo identificado

a un daño resarcible en el sentido clásico o a un daño colectivo, pues el perjuicio es más disperso y difuso; pero el hecho de tener esa característica no implica que no sean concretos y perceptibles jurídicamente, sino que su goce se esparce entre los miembros de un grupo o comunidad. Los daños colectivos inciden sobre una colectividad propiamente dicha y los sujetos que son dañados lo son por constituir parte integrante de una comunidad. Pero el daño colectivo no surge de la simple suma de daños individuales, presenta una autonomía, una entidad grupal, ya que afecta simultánea y coincidentemente al grupo o a la sociedad que es víctima indiscriminada de la lesión”. Op. cit., p. 123.

¹⁰⁴ Sentencia de 17 de marzo de 2009, Exp. 30.978, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

*e identificable; el **daño de grupo**, que afecta a una porción de individuos o a un grupo de individuos que forman parte de una comunidad determinada o determinable; y el **daño colectivo**, que no afecta directamente a un individuo o a un grupo de individuos, pero sí a una comunidad determinada o determinable (negritas fuera de texto).*

La anterior clasificación resulta útil en cuanto en tratándose de delitos contra la administración pública, como en el sub examine, se configura un daño colectivo dado que la acción del servidor público afectó la finalidad de la función pública consistente en satisfacer con imparcialidad las necesidades generales de todos los habitantes y, un daño individual, en el caso específico de la concusión, la libre autodeterminación del ciudadano constreñido, de modo que la reparación del agravio tiene que consultar los intereses resarcitorios de la administración y del particular lesionado.

Por consiguiente, si de sistematizar las diferencias entre el daño plural y el daño colectivo se tratara, se podrían ensayar las siguientes:

- a) El **daño plural** es un conjunto de daños individuales; en palabras distintas, el daño plural es un daño individual que afecta a varias personas individualmente consideradas. Se trata, por ejemplo, de un accidente de un bus de transporte público que genera muertos y lesionados y, con ellos y a su alrededor, muchos perjudicados; o de la explosión de una bomba o de un cilindro de gas que deja también una pluralidad de víctimas individuales. En esos casos, y en otros similares, las víctimas diversas –cada una de las cuales sufrió su propio daño que puede ser distinto en su naturaleza (para unos se tratará de lesiones a su integridad corporal, para otros de menoscabo a bienes patrimoniales, etc.), o en su cuantía–, tienen a su disposición diversos mecanismos jurídicos de reclamación. En efecto, bien pueden cada una de ellas formular su pretensión resarcitoria en procesos individuales independientes; o bien pueden hacer uso de la posibilidad prevista en el artículo 82 del C. de P.C. para formular conjuntamente sus pretensiones, en lo que se denomina una acumulación subjetiva que genera un litisconsorcio facultativo, o, finalmente, bien pueden unirse, si los damnificados fueran veinte o más, en una acción de grupo (Ley 472 de 1998), que si bien reviste la naturaleza de una acción colectiva, tiene sin embargo por objeto la indemnización del perjuicio individual. Más claro aún: el daño plural es un daño individual con muchas víctimas.
- b) Lo que se exige para el daño plural (al menos desde el ángulo de su reclamación conjunta) es que tenga una causa común (acción de grupo) o que se cumplan las condiciones para la acumulación subjetiva de pretensiones previstas en el artículo 82 del C. de P.C.
- c) Las reparaciones, en todo caso, independientemente del mecanismo procesal a través del cual se formule la petición resarcitoria, serán individuales, dado que lo que se está reparando es un perjuicio de la misma naturaleza.

- d) En cambio el **daño colectivo** tiene una sola víctima directa: la colectividad, la comunidad. Los individuos sólo resultan perjudicados en tanto pertenecen a ella; así como los bienes colectivos favorecen a la colectividad (y a sus integrantes, los individuos, únicamente en cuanto ellos forman parte de aquélla), así también la lesión a tales bienes sólo los perjudica indirectamente, en cuanto integrantes del ente colectivo que es el directamente perjudicado.
- e) Por eso la reparación es también colectiva; no favorece a determinados individuos en particular; ellos resultan beneficiados como integrantes de la colectividad en tanto pueden retornar al disfrute del bien colectivo quebrantado o de otro equivalente.

Aquí nos referiremos exclusivamente al daño colectivo porque, se repite, el daño plural o grupal no es sino la sumatoria de daños individuales. Además, la Ley 975 de 2005 se refiere expresamente al daño colectivo tal y como lo indica la parte final del inciso segundo del artículo 15, que impone a la Fiscalía la obligación de investigar, entre otras cosas, “*los daños que individual o colectivamente haya causado (el imputado o acusado) directamente a las víctimas...*”.

Buen ejemplo del daño colectivo que puede ser aplicado en los casos de Justicia y Paz puede ser el daño medioambiental descrito, por ejemplo en el *Libro blanco sobre responsabilidad ambiental*, elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas en el año 2000, todo ello bajo un régimen de responsabilidad objetiva cuando la contaminación se produce por actividades peligrosas, y subjetiva en caso contrario.

Distingue la Comisión entre los daños que denomina “*tradicionales*” (daños corporales, los daños a la salud o los daños a la propiedad), y otro tipo de daños consistentes, por ejemplo, en la contaminación del aire o del agua, o los daños a la biodiversidad (hábitats, ecosistemas, fauna y flora), a los recursos naturales (que es lo que la Ley 975 de 2005, entre otras normas internas, están denominando daño colectivo), cuya reparación consistirá en la descontaminación, restauración y sustitución del medio ambiente.

Aparte de la responsabilidad objetiva a través de la cual respondería el contaminador cuando el daño se produce por actividades peligrosas (aspecto que, como se ha visto, tiene suficiente apoyo en el artículo 2356 del Código Civil colombiano¹⁰⁵, y en el

¹⁰⁵ C.C., art. 2356: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.
2. El que remueve las lozas de una acequia o cañería, o las descubre en calles o caminos, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.

desarrollo que le ha dado recientemente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia), **resulta de especial interés para nuestro caso la recomendación atinente a la carga probatoria en cuanto tiene que ver con el nexa causal.** En efecto, en el *Libro blanco sobre responsabilidad ambiental*, se sostiene:

En los litigios ambientales puede ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño. Por ese motivo diversos regímenes nacionales de responsabilidad ambiental cuentan con disposiciones destinadas a reducir la carga de la prueba en favor del demandante por lo que se refiere a la demostración de la culpa o la causalidad. El régimen comunitario también podría prever alguna de estas formas de reducción de la carga de la prueba tradicional, cuya definición específica se haría en una fase posterior (negrillas fuera de texto).

Nótese cómo en este punto la reflexión va mucho más lejos de los avances logrados en el derecho colombiano en relación con **la inversión de la carga de la prueba.** En efecto, tal inversión se ha hecho, excepcionalmente, en casos de responsabilidad médica en puntos atinentes a la culpa (en la responsabilidad civil) o a la falla del Estado (tratándose de la responsabilidad de este último). **Nunca, sin embargo, se ha invertido la carga probatoria en el punto relativo al nexa causal, ni siquiera en regímenes propios de la responsabilidad objetiva.**

En todo caso, y en cuanto tiene que ver con el daño colectivo, en el ordenamiento positivo colombiano existen diversas normas que se refieren al punto y que es necesario tomar en cuenta para que el análisis de este específico tipo de daño –dentro del marco de la Ley 975 de 2005– no resulte incompleto.

Para empezar, el artículo 88 de la Carta establece:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio y la seguridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella (...) (negrillas fuera de texto).

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos (negrillas fuera de texto).

-
3. “El obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviese un camino y lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.

Por su parte, el artículo 89 del mismo Código Superior precisa:

(...) la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas” (negrillas fuera de texto).

Así mismo, el artículo 95 del Código Penal, en el inciso segundo, establece:

El actor popular tendrá la titularidad de la acción civil cuando se trate de lesión directa de bienes jurídicos colectivos (negrillas fuera de texto).

A su turno, el artículo 4° de la Ley 472 de 1998¹⁰⁶ hace un listado de los derechos e intereses colectivos, listado que debe completarse por el mandamiento de la misma norma, con los definidos como tales por la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia (inciso final).

De la normatividad anteriormente transcrita podemos inicialmente concluir tres cosas: la primera, que la Constitución se refiere en dos de sus normas (artículos 88 y 89) a la protección de los derechos e intereses colectivos; la segunda, que el Código Penal no se refiere a “derechos o intereses” sino a “bienes jurídicos colectivos”, noción que fácilmente desborda la primera porque se refiere más a su contenido material que a la definición formal de la ley, y la tercera, que el listado de derechos o intereses colectivos no se agota en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998, pues a esa norma hay que agregarle

¹⁰⁶ Precisa esa disposición: “Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias. b) La moralidad administrativa. c) La existencia de equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en zonas fronterizas, así como de los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente. d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público. e) La defensa del patrimonio público. f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación. g) La seguridad y salubridad públicas. h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública. i) La libre competencia económica. j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares tóxicos. l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente. m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes. n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

”Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia”.

los derechos o intereses de la misma naturaleza que estén previstos en la Constitución, la ley (la 472 habla de la ordinaria pero no se ve razón para excluir otras categorías de leyes) o los tratados internacionales suscritos por Colombia.

De esta manera, el daño colectivo resultará –sin duda y en primer lugar– de la lesión a uno de los derechos o intereses colectivos enlistados en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998¹⁰⁷.

En todo caso, lo cierto es que si se repasa la lista de derechos e intereses colectivos del artículo 88 de la Constitución y del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, varios de ellos podrán afectarse con actividades delictivas de los GAOML o de sus miembros, eventos en los cuales se habrá producido un daño colectivo que es necesario reparar, sin perjuicio, se insiste, de que existan otros bienes jurídicos colectivos distintos (que el juez debe analizar a partir de su naturaleza y su destinación), cuyo quebranto origine, igualmente, un daño colectivo reparable.

A simple título de ejemplo y por lo que se conoce de la actuación de los GAOML, se puede haber afectado el derecho al goce de un ambiente sano (por ejemplo por los atentados contra oleoductos o el hurto de hidrocarburos) y, en general, los casos previstos en el artículo 79 de la C.P.; la moralidad administrativa (por injerencias indebidas en la función pública, sobre todo en la función administrativa del Estado, en sus diversas expresiones, pero sobre todo en materias como la electoral, o las designaciones de funcionarios o la contratación estatal, etc.), los atentados contra el equilibrio ecológico, el aprovechamiento y manejo racional de los recursos naturales (artículo 80 de la C.P), etc.; la utilización y defensa de los bienes de uso público (camino, calles, carreteras, etc.). En fin, si se toma cada uno de los derechos e intereses previstos en la Ley 472 de 1998 se puede encontrar una posibilidad directa, respecto de cada uno de ellos, de quebranto por estos grupos a través de sus acciones delictivas, lo cual, según hemos dicho, será constitutivo de daño colectivo.

De otra parte, el Código Penal utiliza un vocablo más general para referirse a los intereses protegidos y cuya lesión por la conducta punible genera “perjuicios colectivos”: se trata de los “bienes jurídicos colectivos”, concepto que involucra intereses que bien pueden no estar en el listado anterior pero que interesan a la comunidad, entendida como la sociedad toda o como la colectividad en la cual se cometió el delito.

¹⁰⁷ Aquí hay una diferencia sustancial con la acción popular preventiva que se propone, fundamentalmente, para prevenir el daño, es decir la vulneración del derecho o interés colectivo, o sea que procede frente a la amenaza de lesión de uno de tales derechos o intereses, que es lo que se conoce como daño contingente. Por eso se habla de las acciones populares preventivas, lo que no excluye que las existan restitutorias e indemnizatorias, siendo estas últimas de naturaleza reparatoria.

En todo caso debemos decir que los “bienes jurídicos colectivos” cuyo quebranto por el delito genera los “perjuicios colectivos” reparables en el proceso penal no se corresponden, o no necesariamente, con los derechos e intereses colectivos cuya protección se hace a través de la acción popular regulada por la Ley 472 de 1998. Esto, sin embargo, no impide considerar que la lesión a tales derechos e intereses también genera un perjuicio colectivo; lo que ocurre es que, por fuera de esa categoría legal (derechos e intereses colectivos), en el ámbito penal se han tomado en consideración, para su tutela judicial adecuada, otros valores con méritos para el ordenamiento jurídico que se denominan los “bienes jurídicos colectivos”.

Incluso podría pensarse que esta última denominación “*bienes jurídicos colectivos*” resulta bastante más amplia que la de “*derechos e intereses colectivos*” que utiliza la Ley 472 de 1998, cuya interpretación es más restrictiva. En efecto, en ella caben bienes materiales que disfruta la colectividad o que la convocan y la unen, pero también otro tipo de bienes como las costumbres de la región o de la comunidad específica o de la etnia o de la tribu, o sus expresiones culturales y sus tradiciones ancestrales que pueden resultar vulneradas o destruidas por la acción violenta de los grupos armados al margen de la ley. Piénsese, por ejemplo, en casos reales de desplazamiento forzado de grupos indígenas que se han visto obligados a dejar su tierra nativa (con todo lo que ella significa) para transitar hacia la “*civilización*” de la cual por razones obvias no pueden, con posterioridad, regresar a su estado anterior.

Además, de la propia Ley 472 de 1998 es fácil deducir que la violación de los “*derechos e intereses colectivos*” genera un daño colectivo indemnizable¹⁰⁸; en efecto, de un lado, existen las acciones populares “*restitutorias*” del derecho o del interés colectivo violado, acciones que –como lo indica su nombre– disponen, siendo posible la restitución del derecho que se quebrantó; tal restitución es una forma de reparación “*in natura*” del perjuicio, que en este caso no es otro que el daño colectivo.

De otro lado –y el asunto es quizás más claro–, el artículo 34 de la Ley 472 dispone que la sentencia que acoja las pretensiones ha de ordenar los mecanismos de protección del derecho o del interés colectivo amenazado y, si el mismo hubiese sido conculcado, las medidas de restitución de ser posible; pero además –y siempre bajo esta última hipótesis en que el derecho o el interés colectivo ya sufrió quebranto para el momento del fallo–, se establece que este último debe “*...condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no*

¹⁰⁸ HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, ALIER EDUARDO. “Regulación de las acciones de grupo formuladas contra entidades públicas en el derecho colombiano”. En: *XXVI Congreso de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre, 2005, pp. 41 y ss.

culpable que los tenga a su cargo”, y la pregunta obvia es: ¿indemnización de qué? ¿Cuál es el daño que se está reparando mediante la acción popular? ¿Qué daño padeció, individualmente, la entidad encargada de la tutela del derecho o del interés colectivo quebrantado? Es claro, por la propia naturaleza de la acción popular, que dicha institución no es camino idóneo desde el punto de vista legal para indemnizar daños individuales; por otra parte, la entidad que tiene a su cargo el derecho o interés colectivo no ha buscado reparación, porque ella misma no ha sufrido daño. Por consiguiente, no queda camino distinto de concluir que, en este caso, lo que consagró la ley fue el daño colectivo derivado de la violación de un derecho o interés de la misma naturaleza, y por esa razón, para que la indemnización beneficie a la comunidad, se establece que la titular de la misma será la entidad con atribuciones de tutela de los derechos o intereses colectivos de que se trate, bajo la condición de que no sea culpable de su vulneración.

Las circunstancias, en el marco de la Ley 975 de 2005, sin embargo, serán distintas. En efecto, allí se debate el daño colectivo causado por el delito imputable a los miembros de los GAOML. A ellos se les deberá condenar a repararlos; por consiguiente, nada impide que por este procedimiento se dispongan y ordenen las indemnizaciones necesarias, por la ocurrencia del daño colectivo, para que las entidades públicas encargadas de su tutela utilicen esos recursos a los propósitos de la restauración del derecho violado –si ello es posible– o a la sustitución del derecho colectivo.

De modo que a la hora de reconocer el derecho colectivo o el interés colectivo o el bien jurídico colectivo, detectar su violación y apreciar, finalmente, el daño colectivo para disponer su reparación, deberá el juzgador sopesar muy bien las circunstancias particulares del caso, pues si bien ha de tener en cuenta el listado legal (artículo 4° de la Ley 472), también debe superarlo para encontrar y desentrañar la naturaleza colectiva de los intereses invocados por las víctimas y la necesidad de protección.

Piénsese, por ejemplo, en el caso del desplazamiento forzado, en el que dolorosamente una comunidad se ve obligada a desintegrarse, a abandonar, por voluntad ajena, la tierra que le dio sustento y la acogió, o en un plano menos dramático, la destrucción de una escuela, de un colegio, de un campo deportivo, de la infraestructura de servicios de acueducto o de energía, etc., los atentados contra el medio ambiente, la salubridad pública, el menoscabo o amenaza del patrimonio público por interferencias indebidas de los GAOML en el ejercicio de la función pública en los diversos niveles de la administración, el quebranto de la moralidad pública ligada o no al patrimonio público pero sí al ejercicio de la función administrativa (artículo 209 de la C.P.), la afectación de los usuarios por la destrucción de vías o por el desarrollo de acciones delictivas que hacen especialmente difícil el tránsito por ellas, etc.

En la Ley de Justicia y Paz los derechos a la paz y a la verdad son derechos que tienen una doble dimensión: individual de las víctimas y colectiva de la sociedad. Sobre este punto la Corte Constitucional ha señalado:

44. Desde una perspectiva constitucional, el contenido mínimo mencionado de los derechos a la verdad a la justicia y a la reparación da lugar a un conjunto de derechos fundamentales innominados de las víctimas y los perjudicados por él y constituye uno de los contenidos específicos del derecho a la paz. Estos derechos fundamentales se derivan también de la obligación del Estado de mantener el monopolio de las armas. Adicionalmente, se trata de derechos que se encuentran garantizados en los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario que no pueden ser suspendidos en estados de excepción y, en consecuencia, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, lo que les asigna el carácter de derechos fundamentales. Finalmente, se trata de derechos colectivos cuyo titular es la sociedad toda, así como derechos de las futuras generaciones a una vida sin violencia. En efecto, como se reconoce de manera unánime, la reducción de la impunidad –a la que apuntan los derechos acá estudiados– es probablemente la más importante garantía para la construcción de una sociedad democrática libre, al menos, de las más atroces formas de violencia¹⁰⁹ (subrayas fuera de texto).

Entonces, para resumir: los GAOML y sus miembros –en tanto autores o partícipes de delitos cometidos durante y con ocasión de su permanencia en tales grupos– pueden con tales conductas haber producido daños de naturaleza colectiva que también están obligados a reparar, no solamente por la norma general del Código Penal (el daño colectivo causado con el delito) sino, y sobre todo, por las especiales disposiciones de la Ley 975 de 2005.

Como se ha visto, no es nada extraño en el derecho colombiano que la comisión de un delito genere, además de los daños individuales, daños de naturaleza colectiva; así lo reconoce nuestro Código Penal de 2000, entre otras normas. De modo que al disponer su reconocimiento, la Ley 975 de 2005 no está entronizando una categoría desconocida en materia de reparación; la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, se ha referido a la categoría de daños que se vienen comentando, con estas palabras:

(...) en tratándose de delitos contra la administración pública, como en el subexamine, se configura un daño colectivo dado que la acción del servidor público afectó la finalidad de

¹⁰⁹ Véase Corte Constitucional, Sentencia T-821 de 2007. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

la función pública consistente en satisfacer con imparcialidad las necesidades generales de todos los habitantes y, un daño individual, en el caso específico de la concusión, la libre autodeterminación del ciudadano constreñido, de modo que la reparación del agravio tiene que consultar los intereses resarcitorios de la administración y del particular lesionado. (...) Y como la víctima, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, expresó por medio de su apoderado que a título indemnizatorio resultaba suficiente una declaración expresa de arrepentimiento y perdón por parte del procesado, lo que en efecto ocurrió (...), se entiende plenamente realizada la justicia (...) La Sala resalta que la Administración Pública ordinariamente no puede renunciar a la reparación económica derivada de algunos delitos, como ocurre por ejemplo cuando las acciones delictivas generan menoscabo de su patrimonio, pero en punibles como la concusión es posible que se satisfagan los derechos de las víctimas con manifestaciones de arrepentimiento y contrición por parte del enjuiciado, resarcimiento simbólico que cada día cobra más fuerza y que genera un positivo y profundo impacto social que permite realizar algunas de las funciones preventivas que cumple el derecho penal¹¹⁰ (subrayas fuera de texto).

En suma, el daño colectivo puede provenir (conforme a la Ley 472) de la amenaza de violación o de la violación efectiva de un derecho colectivo de un interés colectivo previstos en el artículo 4° de esa normativa (i), o de la amenaza de violación o de la violación efectiva de un bien jurídico colectivo cuya apreciación (contenido y alcance) rebasa el marco legal y queda librada a la apreciación del juez penal y, en este caso, del juez de justicia y paz (ii). En otras palabras, la amenaza o lesión de derechos o intereses colectivos (vistos desde la perspectiva de la Ley 472) genera un daño colectivo reparable en el marco de la Ley 975, pero no sólo él; también queda comprendida dentro del mismo concepto, para los efectos de esta última, la lesión a otros “bienes colectivos” cuya existencia el juzgador en cada caso debe constatar, así como su quebranto y la mejor forma de atender a su reparación.

Con todo, es conveniente advertir que el reconocimiento de esta clase de daños, en el marco de la Ley 975 de 2005, está condicionada, como se dijo en el caso de los perjuicios individuales, a que los mismos sean consecuencia de una conducta punible (i) que haya sido cometida por los GAOML (ii) o por sus miembros (iii) durante y con ocasión de su pertenencia a los mismos (iv), y dentro del término de vigencia de la ley (v). Lo dicho entonces es aplicable para los casos que se rigen por la Ley de Justicia y Paz.

Cambiando un poco el ambiente tratado, pero siempre dentro del tema general del daño colectivo, vale la pena preguntarse si esta clase especial de daño ha de reunir las características propias del daño individual, es decir, si ha de ser cierto, actual o futuro, y antijurídico.

Y nada indica que el daño colectivo haya de estar exento de cumplir con las anotadas exigencias; en efecto, el daño ha de ser cierto (actual o futuro), en el entendido de que ya se produjo o se producirá más adelante; en este último caso estamos hablando de una amenaza seria, real, inminente de vulneración a un derecho o interés colectivo o a un bien jurídico colectivo y, en ese evento, la reparación consistirá en la eliminación de la amenaza, la cual, las más de las veces, originará una obligación de hacer. Quiere decir lo anterior que el daño contingente, o sea la amenaza, a condición de que sea serio e inminente, para los efectos de la reparación colectiva resulta suficiente en términos de daño cierto.

4.1.3 Valores jurídicos tutelados en los daños individuales y colectivos

Es claro que tanto el daño individual como el colectivo tienen, entre otras, esta característica común: han de ser antijurídicos o injustificados para resultar reparables, y para serlo deben quebrantar, desconocer, menoscabar un derecho o un interés legítimo del individuo (para el caso del perjuicio individual) o de la colectividad (para el caso del perjuicio colectivo). Obviamente, allí radica buena parte de las diferencias entre uno y otro perjuicio. El que hemos denominado individual atenta contra derechos o intereses del individuo, llámense derechos fundamentales, constitucionales, legales, laborales, o simples intereses legítimos en cuanto la persona tenga derecho a disfrutarlos sin prohibición del ordenamiento jurídico. De allí que, en principio, sea la persona que lo padece quien esté legitimada para reclamarlo.

El perjuicio colectivo apunta a garantizar otro tipo de derechos e intereses; los de la colectividad o de la comunidad o de la sociedad, vocablos estos indeterminados, o al menos no siempre determinados, de modo que su determinación en muchos eventos se hará por el juzgador en cada caso concreto con apoyo en la ley, en la Constitución y en el derecho internacional.

En el plano internacional la base fundamental de la responsabilidad, como ya lo habíamos dicho, consiste en el ilícito internacional, que es: *“Atribuible al Estado según el derecho internacional; y constituye una violación de una obligación internacional del Estado”*¹¹¹.

Por consiguiente, el derecho internacional y las obligaciones contraídas por razón suya consagran la naturaleza y jerarquía de la obligación infringida que, en el caso objeto de

¹¹⁰ Sentencia de 17 de marzo de 2009, Exp. 30.978, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

¹¹¹ Naciones Unidas, Proyecto de Resolución II, Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, A/56/589, *supra*, p. 6.

análisis, puede referirse a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, normas que según el derecho internacional son de carácter imperativo correspondiendo al orden público internacional o *ius cogens*¹¹².

En el DIDH la naturaleza antijurídica del daño en los casos de violación a los derechos humanos ha sido precisada por la Corte Interamericana de la siguiente manera:

Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado “incluso una concepción general de derecho”, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum) [...]”¹¹³ (negritas fuera de texto).

¹¹² Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 53 (Ratificada en Colombia mediante la Ley 16 de 1985). Por su parte la CIJ, en su opinión consultiva, sobre *las reservas a la Convención para la prevención y el castigo del crimen del genocidio* expresaba que los principios que cobijan esta convención son obligatorios para todos los Estados “I.C.J., Advisory Opinion, *Reservations to the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide*, 28.05.51”. De la misma manera esa Corte en la opinión consultiva *Sobre el uso de las armas nucleares y sus tratados* afirma el carácter de *ius cogens* del DIH “I.C.J. Advisory Opinion *Legality of the threats or use of nuclear weapons*. 08.07.96”. La CIJ ha tenido iguales pronunciamientos en sus casos; *Estrecho de Corfú* “I.C.J., *Corfu Channel Case* (merits), 09.04.49”, *Estados Unidos Vs. Nicaragua, Actividades militares y paramilitares en Nicaragua* “I.C.J., E.U. Vs. Nicaragua *Case Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Merits), 27.06.86” y en el Caso de *La aplicación de la Convención contra el Genocidio, Bosnia y Herzegovina Vs. Yugoslavia* “I.C.J., *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia) (Preliminary Objections). 11. 96.07”. En este mismo sentido, la Corte en el caso *Barcelona Traction*, definió a los Derechos Humanos como obligaciones de carácter *erga omnes* “I.C.J., *Case concerning the Barcelona Traction, light and power company limited* (Second phase), 05.02.70”. Esta misma posición la comparte la Corte IDH, ver: CORTE IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A. N° 2. Al respecto ver: HINESTROSA VÉLEZ, J.P. *Introducción a la responsabilidad internacional de los particulares en las violaciones a los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

¹¹³ “[...] *La indemnización por violación de los derechos humanos encuentra fundamento en instrumentos internacionales de carácter universal y regional. El Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ha acordado repetidamente, con base en el Protocolo Facultativo, el pago de indemnizaciones por violaciones de derechos humanos reconocidos en el Pacto (véanse por ejemplo las comunicaciones 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985; etc., Informes del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas). Lo propio ha hecho la Corte Europea de Derechos Humanos con base en el artículo 50 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.* Véase CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C. N° 7. Párrs. 25 y ss.

Por consiguiente, el daño es el elemento que da lugar a la reparación integral o *restitutio in integrum* en casos de violaciones a los DDHH, daño que, en el plano internacional, es también una disminución, aminoración o detrimento de las capacidades, físicas, mentales, psicológicas, patrimoniales y espirituales del ser humano, a partir de lo cual se estima que debe existir una relación de proporcionalidad entre la reparación, la gravedad de las violaciones y el daño sufrido¹¹⁴.

4.1.4 Compatibilidad o incompatibilidad en la reclamación de daños individuales y colectivos

Los daños individuales y los colectivos son distintos, según se ha visto, por la víctima que los padece, por los derechos e intereses que garantizan, e incluso, las más de las veces, por la forma en que deben ser reparados unos y otros.

Se ha dicho –y se reitera– que el daño colectivo lo padece la colectividad; eso no significa que no afecte al mismo tiempo al individuo, porque al lesionar la comunidad perjudica a cada uno de sus integrantes como es obvio; lo que ocurre es que cada uno de ellos –individualmente– no puede proceder válidamente a su reclamación porque el daño no sólo lo ha padecido él; lo han padecido todos; el daño es de todos, es colectivo y por lo tanto el correlativo derecho a la reparación es también de todos (de la colectividad) y no de cada uno de los individuos, así todos ellos terminen beneficiándose con las medidas reparatorias.

Lo anterior para significar que las dos clases de daño (individuales y colectivos) no pueden ser incompatibles, dado que responden a titulares distintos, a derechos e intereses distintos y a formas de reparación diferentes; por eso la Ley 975 de 2005 prevé que la víctima haya sufrido daños “*individual o colectivamente*”, y los dos se pueden reclamar al tiempo porque no pueden chocar; están en líneas paralelas que no se tocan.

Sin embargo, eso no significa que no puedan tener relaciones entre sí; el daño colectivo afecta a la comunidad y es de ella reclamarlo, pero el daño colectivo puede, a su turno, ser causa de daños individuales que en ese caso deberá reclamar la persona afectada. Por ejemplo, un daño al medio ambiente que genera problemas de salubridad (dos

¹¹⁴ Véase VAN BOVEN THEO. Op. cit.; JOINET, L. “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos”. *Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*. ONU, ECOSOC E/CN.4/Sub.2/1996/18; BASSIOUNI, C. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad. El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. ONU, ECOSOC. E/CN.4/2000/62.

derechos colectivos afectados), en sí mismo es un daño colectivo, pero además puede haber producido perjuicios en la salud de x o y personas que resultaron especialmente afectadas; este segundo es ya un perjuicio individual que deberán reclamar los afectados, por ejemplo por costos médicos y hospitalarios, imposibilidad de recibir ingresos por incapacidad laboral, etc.

5. Los daños reconocidos por la jurisprudencia internacional

En el plano internacional, la distinción y categorización de las diferentes clases de daños opera casi que de manera única, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y aún con mayor profundidad y desarrollo en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos¹¹⁵ (es de esperarse que la Jurisprudencia de la CPI en un futuro contribuya a ampliar los conceptos establecidos en el artículo 73 del estatuto de la CPI).

Antiguamente la Corte IDH hacía la distinción y categorización de las diferentes clases de daños¹¹⁶, así como la distinción de las diferentes fases procesales que se adelantaban ante ella, a saber: excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas¹¹⁷.

De acuerdo a las disposiciones de su Reglamento¹¹⁸, la Corte divide las reparaciones que ella ordena entre las correspondientes al daño material e inmaterial únicamente¹¹⁹. Sin embargo, mantiene las diferentes categorías de daño comprendidas dentro de tales conceptos¹²⁰. Quiere lo anterior decir que

¹¹⁵ Véase HINESTROSA VÉLEZ, J.P. "Valuation of the damages in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and Interamerican Court of Human Rights". En: *Rule of Law and fundamental Rights of Citizens: The European and American Convention on Human Rights*. European Public Law Series, Esperia Publications Ltd, London, 2008.

¹¹⁶ Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 Noviembre de 2002. Serie C. N° 96.

¹¹⁷ Véase FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*. San José: IIDH, 2004.

¹¹⁸ *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

¹¹⁹ Véase Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C. N° 94, e HINESTROSA VÉLEZ, J.P. *La reparación a los daños inmateriales diferentes al daño moral en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Una comparación del tratamiento del tema en el Comité de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2005.

¹²⁰ HINESTROSA VÉLEZ, J.P. "Análisis comparativo sobre la tasación de los daños en violaciones a los derechos humanos por parte de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos". En: *European Public Law Series*. Esperia Publications Ltd, London. Op. cit.

la Corte contempla daños como el lucro cesante, el daño emergente y el daño patrimonial familiar como integrantes del daño material, y daños como el moral, el daño al proyecto de vida y la alteración en las condiciones de existencia como pertenecientes al daño inmaterial (ver *infra*).

5.1 Daño material

En relación con el daño material, la Corte Interamericana ha señalado:

*El Tribunal recuerda que el daño material supone la pérdida de los ingresos que habría percibido la víctima fallecida en su vida probable, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal directo con los hechos del caso*¹²¹.

En relación con este aspecto, el TEDH incorpora en la categoría de daño material tanto el daño emergente (que sería la aminoración patrimonial directa que es consecuencia del daño) como el lucro cesante (la pérdida de los réditos o frutos que generaría en el futuro el patrimonio si no hubiera sido afectado).

Dentro de esta categoría el TEDH ha reconocido aspectos tales como la pérdida de los réditos de los pensionados¹²², ganancias indebidamente liquidadas¹²³ o perturbaciones a la propiedad¹²⁴, entre otros.

El Comité de DDHH no hace mayores apreciaciones en el tema del daño material, aunque sí en el inmaterial (ver *infra*).

5.2 Daño inmaterial

Para el DIDH el daño inmaterial surge de perjuicios intangibles que producen angustia, sufrimiento y dolor físico o metafísico¹²⁵.

¹²¹ Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani*. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C. N° 166. Párrafo 166.

¹²² European Court of Human Rights, *Young, James and Webster v. UK*, (Article 50), October 18 of 1982, entre otros.

¹²³ European Court of Human Rights, *Pine Valley Development Ltd and others v. Ireland* (Article 50), February 9 of 1993, entre otros.

¹²⁴ European Court of Human Rights, *E v. Norway*, August 29 of 1990, entre otros.

¹²⁵ SHELTON D, *Remedies in International Human Rights Law*, Op Cit., pp. 306 y 307.

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI sostiene que el daño inmaterial no puede tener un equivalente pecuniario y sólo puede ser compensable; tal compensación es fijada mediante el arbitrio judicial del juez y bajo parámetros de equidad¹²⁶.

Este tipo de daños y sufrimientos físicos y psicológicos se compensan normalmente en dinero que adquiere, por este camino, una característica compensatoria, posición ésta que concuerda con lo expresado por el profesor VAN BOVEN¹²⁷ y por el jurista JUAN CARLOS HENAO¹²⁸.

Por su parte, para la Corte IDH el daño inmaterial puede

*comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia*¹²⁹.

De acuerdo con el citado marco referente, la Corte IDH reconoce como daños materiales el daño emergente, el lucro cesante y el daño patrimonial familiar, y como inmaterial el daño moral, el daño al proyecto de vida, al perjuicio fisiológico y a la alteración a las condiciones de existencia.

5.3 Daño emergente

La Corte IDH considera que el daño emergente abarca aquellos gastos que los familiares de las víctimas realizaron con ocasión del daño infligido a la víctima, es decir, trámites médicos, mortuorios, desplazamientos, etc. Cabe agregar que la Corte en sus sentencias reparatorias sólo reconoce, por regla general, los gastos efectuados en trámites frente a las autoridades del respectivo país¹³⁰, aunque reconoce también las gestiones internacionales realizadas ante el SIDH¹³¹.

¹²⁶ SAAVEDRA ALESSANDRI PABLO. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las reparaciones ordenadas y el acatamiento de los Estados*. México, D.F., 2004, p. 194.

¹²⁷ VAN BOVEN, T. Op. cit., Párrafo 137.

¹²⁸ HENAO, J.C. Op. cit., p. 231.

¹²⁹ Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C. N° 88, Párrafo 53.

¹³⁰ “La Corte estima adecuado que se reintegren a los familiares de las víctimas los gastos efectuados para obtener informaciones acerca de ellas después de su asesinato y los realizados para buscar sus cadáveres y efectuar gestiones ante las autoridades surinamesas. En el caso particular de las víctimas Daison y Deede-Manoe Aloeboetoe, la Comisión reclama sumas iguales con motivo de los gastos efectuados por cada uno”. Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C. N° 15, Párrafo 79, entre otras; TORRES ACOSTA, LUISA ALEXANDRA. Op. cit.

¹³¹ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C. N° 44, Párrs. 94 y ss., entre otros.

5.4 Pérdida de ingresos¹³²

Este tipo de daño material en principio fue denominado lucro cesante¹³³ por la Corte IDH, pero posteriormente lo denominó pérdida de ingresos¹³⁴.

La Corte inicialmente solo incluyó en esta categoría los montos dejados de percibir por la víctima directa¹³⁵, y posteriormente se incluyeron también los ingresos dejados de percibir por los familiares de la víctima a raíz de hechos que atañen directamente a la violación de DDHH, tales como la búsqueda del desaparecido¹³⁶.

5.5 Daño patrimonial familiar

La Corte IDH a partir de los casos *Bulacio*¹³⁷ y *Castillo Páez*¹³⁸ introdujo un nuevo concepto conocido como daño patrimonial familiar. En el caso *Castillo Páez* la Corte otorga un matiz netamente material a esta categoría de daño por la quiebra y quebranto económico que sufrió la familia de Ernesto Rafael Castillo Páez¹³⁹ con ocasión de la desaparición forzada de éste, y lo denominó daño patrimonial del grupo familiar.

En el caso *Bulacio* la Corte agregó que el daño patrimonial familiar consiste en las graves aminoraciones al patrimonio acaecidas a raíz de la infracción a los DDHH de la víctima y sus familiares, tales como desórdenes psicológicos o físicos padecidos por los familiares de la víctima y graves aminoraciones del patrimonio familiar¹⁴⁰; en relación con el primer ítem, pareciera tratarse de un daño inmaterial¹⁴¹, y si se tomara el primer aspecto como el determinante de la categoría del daño, la Corte terminaría otorgando consecuencias materiales a un daño inmaterial propio como sería la alteración a las condiciones de existencia.

¹³² Sobre la forma como tasa la Corte este tipo de daño ver capítulo siguiente.

¹³³ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Supra*.

¹³⁴ Corte I.D.H., *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C. N° 99.

¹³⁵ Corte I.D.H., *Caso El Amparo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C. N° 28.

¹³⁶ Corte I.D.H., *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. *Supra*.

¹³⁷ Corte I.D.H., *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C. N° 100.

¹³⁸ Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C. N° 43. Párrafo 46. Aunque en este caso se denominó daño patrimonial del grupo familiar.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Además del señalado caso *Bulacio* ver los casos *Molina Thiessen y Gutiérrez Soler*.

¹⁴¹ La forma como lo ha otorgado la Corte se da cuando se está ante el daño conocido como la alteración a las condiciones de existencia.

Podría tratarse de la protección de un bien jurídico muy propio de las costumbres latinoamericanas, como es el apego a la familia, el vínculo familiar que, cuando se desintegra la familia, se generaría esta especial clase de daño que la Corte concede en muy contadas ocasiones¹⁴².

En relación con el tema de justicia y paz, y a manera de ejemplo, podríamos decir que la pérdida grave del núcleo familiar de Pedro Pérez, su señora e hijos a raíz de hechos violentos producidos por GAOML daría lugar a la consideración de esta categoría de daño.

5.6 Daño moral

La Corte IDH entiende el daño moral como el sufrimiento psicológico que resulta de la violación padecida.

Con todo, existe un sector de la doctrina que plantea que para la Corte IDH la existencia del daño moral da origen a la indemnización en el daño material¹⁴³.

A su vez, el TEDH ha reconocido el daño moral por ansiedad¹⁴⁴, confusión, negligencia¹⁴⁵ y humillación¹⁴⁶, entre otras circunstancias.

El Comité de DDHH de Naciones Unidas, desde sus primeros casos, consideró que el sufrimiento de los familiares constituye un daño susceptible de reparación¹⁴⁷.

5.7 Daño al proyecto de vida

La segunda dimensión que se analiza, dentro de los posibles daños que pudiera padecer una víctima de violaciones a los DDHH, consiste en la perspectiva objetiva de su rol dentro del conglomerado social, sus previsibles aspiraciones, expectativas, y en general la manifestación de la potestad de poder conducir su vida de acuerdo con sus propios deseos; prueba del detrimento puede estar constituida por la profesión u oficio y por los estudios realizados¹⁴⁸, todo lo cual se reconoce como el Proyecto

¹⁴² Véase *Casos Castillo Paez, Bulacio, Molina Thiessen y Wilson Gutierrez Soler*, entre otros.

¹⁴³ TORRES ACOSTA, LUISA ALEXANDRA. *Supra*.

¹⁴⁴ European Court of Human Rights, *Konig v. Germany* (Article 50), March 3 of 1980 *supra*, entre otros.

¹⁴⁵ European Court of Human Rights, *Young, James and Webster v. UK*, (Article 50), October 18 of 1982, *supra*, entre otros.

¹⁴⁶ European Court of Human Rights *Ribitsch v. Osterich*, December 4 of 1995, entre otros.

¹⁴⁷ Naciones Unidas. Comité de DDHH. Comunicación 107/1981, *Quinteros V. Uruguay*, *supra*.

¹⁴⁸ VAN BOVEN, T. Op. cit., Párrafo 137.

de Vida¹⁴⁹. En este tipo de daños, “*el bien jurídico tutelado por el Derecho o el objeto a tutelar (...) será la realización ontológica, desenvolvimiento o proyección de vida de cada individuo que por detrimento de la libertad se ve truncado*”¹⁵⁰. A diferencia del daño moral que incide en el aspecto síquico y/o emocional, el daño al proyecto de vida incide sobre la libertad del individuo que “*desencadena una serie de menoscabos al pleno uso de la misma en relación con el desarrollo y desenvolvimiento del ser humano hacia sus objetivos y aspiraciones de vida*”¹⁵¹.

De manera similar a lo que ocurre con el daño biológico, que se trata más adelante, el TEDH subsume el daño al proyecto de vida dentro del daño moral y no lo tipifica como una categoría independiente: en el caso *Piney Valley Development y otros v. Irlanda*¹⁵² el TEDH reconoció, como parte del daño inmaterial, las dificultades que habían tenido los demandantes para conseguir otros proyectos de negocios, aspecto que incluyó dentro de la reparación reconocida¹⁵³.

El Tribunal, en el caso *Darnell v. Reino Unido*¹⁵⁴ determinó que el doctor Darnell había sufrido un serio daño en su carrera profesional por la pérdida de tiempo al no haber podido practicar la medicina, y por ende ese sufrimiento y el daño a su proyecto de vida hicieron parte de la indemnización reconocida a título de daño inmaterial.

El TEDH, en el caso *Doustaly v. Francia*¹⁵⁵, determinó que al haberse presentado una duración excesiva en un proceso civil donde se discutían sus honorarios profesionales se produjo un daño a la víctima que afectó su reputación profesional, y se indemnizó ese perjuicio subsumido en el daño moral.

El Tribunal, en el caso *Fuentes Bobo v. España*¹⁵⁶, consideró que a raíz de su despido de la Televisión Española (TVE) se produjo a la víctima un daño que es muy difícil deslindar

¹⁴⁹ “*El denominado «proyecto de vida» atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas*”. Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Op. cit., Párrafo 147.

¹⁵⁰ JORGE FRANCISCO CALDERÓN GAMBOA, *Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a los derechos humanos, Breviarios Jurídicos*, Ed. Porrúa, México 2005, página 27.

¹⁵¹ JORGE FRANCISCO CALDERÓN GAMBOA, *Ibidem*.

¹⁵² European Court of Human Rights, *Pine Valley Development Ltd and others v. Ireland* (Article 50), February 9 of 1993.

¹⁵³ *Ibidem*. Párrafo 17.

¹⁵⁴ European Court of Human Rights, *Darnell v. UK*, April 22 of 1993.

¹⁵⁵ European Court of Human Rights, *Doustaly v. France*, April 23 of 1998.

¹⁵⁶ European Court of Human Rights, *Fuentes Bobo v. Spain*, February 29 of 2000.

entre el área material y la moral. En el daño moral el TEDH reconoció que la violación a los DDHH de la víctima irradió la esfera de su actividad profesional en razón de su notoriedad y prestancia.

En los casos *Lustig-Prean y Beckett y Smith y Grady v. Reino Unido*¹⁵⁷ los demandantes eran homosexuales que fueron excluidos de las fuerzas armadas británicas por su condición sexual, lo cual afectó su deseo de continuar la carrera militar, y por lo tanto se privó a los demandantes de proseguir en el oficio que habían elegido. Como ya lo habíamos dicho, el Tribunal reconoce esta afectación subsumida dentro del daño moral.

En relación con el sistema universal de protección a los DDHH, el Comité de DDHH de Naciones Unidas, en el caso *Nyekuma Toro Gedumbe v. Congo*¹⁵⁸, consideró el despido injusto de su cargo como una afectación a la dimensión profesional y laboral del actor.

La indemnización al proyecto de vida también fue reconocida por la Corte IDH en varios de sus fallos; la sentencia paradigmática y fundadora del reconocimiento al daño al proyecto de vida es el caso *Loayza Tamayo v. Perú*¹⁵⁹, donde la Corte IDH reconoce un matiz tipológico a la merma de condiciones de una persona para lograr el normal desarrollo durante su vida. Sin embargo, no se contempla ninguna cuantía para la reparación de ese daño, pues la reparación del mismo, a juicio de la Corte IDH, lo constituyó la misma sentencia¹⁶⁰.

Posteriormente, en el caso *Villagrán Morales o Niños de la Calle*, la Corte IDH, terminó asimilando el proyecto de vida con el daño moral y negó la solicitud de la Comisión IDH para que la suma a reparar por este concepto pasara a los sucesores de las víctimas¹⁶¹.

¹⁵⁷ European Court of Human Rights, *Lustig-Prean and Beckett; Smith and Grady v. UK* (art. 41), July 25 of 2000.

¹⁵⁸ Naciones Unidas, Comité de DDHH, Comunicación 641/1995, *Nyekuma Toro Gedumbe v. Congo*.

¹⁵⁹ Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C. N° 42. Op. cit.

¹⁶⁰ “La Corte reconoce la existencia de un grave daño al «proyecto de vida» de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo. Advierte, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones”. *Ibidem*. Párrafo 153.

¹⁶¹ “Los familiares de las víctimas y la Comisión han hecho referencia a diversas clases de daños morales: los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por las víctimas directas y sus familiares; la pérdida de la vida, considerada ésta como un valor en sí mismo, o como un valor autónomo; la destrucción del proyecto de vida de los jóvenes asesinados y de sus allegados, y los daños padecidos por tres de las víctimas directas en razón de su condición de menores de edad, al haber sido privadas de las medidas especiales de protección que debió procurarles el Estado.

El siguiente caso, en el cual la Corte reconoció al proyecto de vida como un daño independiente y lo reparó, fue en el caso *Cantoral Benavides v. Perú*; su reparación, sin embargo, no fue pecuniaria sino que se otorgó una beca de estudios para Luis Alberto Cantoral¹⁶². Lo mismo ocurrió en el caso Valle Jaramillo en dónde se otorga una medida de satisfacción (una beca) en relación con el daño al proyecto de vida de Nelly Valle Jaramillo y Carlos Fernando Jaramillo Correa, declaradas víctimas en el caso¹⁶³.

Si bien la Corte inició con la tendencia de reparar el daño al proyecto de vida de manera no pecuniaria, posteriormente ha subsumido este daño en el daño inmaterial¹⁶⁴ sin hacer distinciones o divisiones para reconocer, de nuevo, este tipo de daño de manera autónoma¹⁶⁵.

Así, por ejemplo, en el caso del *Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay*¹⁶⁶, la Corte reparó este daño dentro del daño inmaterial, aunque reconoció que los hechos violatorios de los DDHH de los menores atentaban contra su proyecto de vida.

Teniendo en cuenta las distintas facetas del daño al que se viene haciendo referencia aducidas por los representantes de las víctimas y la Comisión, en cuanto sea pertinente y responda a las particularidades de cada caso individual, la Corte fija en equidad el valor de las compensaciones por concepto de daño moral, que deben efectuarse a favor de cada una de las víctimas directas y de sus familiares inmediatos, en los términos que se indican en el cuadro que se transcribe más adelante (supra, Párrafo 93). La Corte precisa que, al efectuar esa estimación del daño moral, ha tenido también presentes las condiciones generales adversas de abandono padecidas por los cinco jóvenes en las calles, quienes quedaron en situación de alto riesgo y sin amparo alguno en cuanto a su futuro". Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C. N° 77. Párrs. 89 y 90.

¹⁶² Véase Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C. N° 88. Párrafo 80.

¹⁶³ Corte I.D.H., *Caso Valle Jaramillo* y supra, Párrafo 227 f).

¹⁶⁴ Véase MARÍA CECILIA M'CAUSLAND SÁNCHEZ, *Tipología y reparación del daño no patrimonial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, página 139.

¹⁶⁵ A pesar de lo anterior, en la jurisprudencia más reciente, la Corte IDH identifica el daño al proyecto de vida como diferente del daño moral, aunque al momento de determinar las medidas de reparación, unifica los rubros. Véase por ejemplo Corte IDH, *Caso Masacre de las Dos Erres, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrafo 284: *La Corte advierte que (...) las víctimas, manifestaron sentimientos de rabia, cólera, enojo, tristeza, inseguridad, desánimo, venganza e impotencia, los cuales han afectado también a la segunda generación de las víctimas sobrevivientes y los familiares. Aunado a lo anterior, la ausencia de justicia provocó una pérdida de oportunidades en las víctimas sobrevivientes y los familiares provocando un daño a su proyecto de vida.*

Párrafo 293: *En el caso (...) la Corte estima pertinente fijar, en equidad, una compensación (...) tomando en cuenta que: (...) c) las afectaciones psicológicas y a su proyecto de vida familiar y destierro.*

¹⁶⁶ ". Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C. N° 112.

Hay casos en los cuales es imposible reparar el daño al proyecto de vida en especie, o *in natura*; así ocurrió en el caso *Tibi v. Ecuador*, en el cual la víctima manifestó claramente que se encontraba viviendo en Francia y que no tenía ninguna intención de retornar al Ecuador, por lo cual, en este caso, el subrogado pecuniario era la única opción como reparación. Si bien la Corte hizo uso de tal opción, la reparación se subsumió en el daño inmaterial, sin que la Corte IDH hiciera, como lo había hecho en los primeros casos en los que reconoció el proyecto de vida, un análisis sobre el porqué debía o no reconocerse ese daño como un tipo autónomo e independiente¹⁶⁷.

Otro ejemplo de que la Corte IDH no sigue la jurisprudencia del caso *Loayza Tamayo* en el reconocimiento de este tipo de daño se encuentra en el caso *de la Cruz Flores v. Perú*¹⁶⁸, en el cual reconoce que María Teresa de la Cruz Flores se vió imposibilitada de ejercer su profesión médica, incluso en el centro donde se encontraba detenida, pero a renglón seguido la Corte IDH asimila este padecimiento al daño moral¹⁶⁹.

Más recientemente, la Corte IDH se refirió al proyecto de vida en un caso de desaparición forzada en donde se reconoce que la desaparición de Rosendo Radilla *ha tenido un impacto traumático y diferenciado en la familia como colectivo, debido a la obligada reestructuración de roles de cada una de los miembros, con las evidentes afectaciones al proyecto de vida de cada uno*¹⁷⁰. En este caso se vincula el impacto del daño al proyecto de vida con el daño psicológico al interior del grupo familiar.

Por su lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (comisión IDH) ha reconocido este tipo de daños en relación con el desplazamiento forzado¹⁷¹.

5.8 Daño biológico, perjuicio fisiológico o daño físico

Este tipo de daño aparece definido por PAOLO EMANUELE ROZO SORDINI de la siguiente manera:

El daño biológico consiste en aquellas situaciones de invalidez física, pérdida de funcionalidad de un órgano, de perturbación, impotencia sexual, enfermedades

¹⁶⁷ *Supra*, Párrafo 245.

¹⁶⁸ *Supra*.

¹⁶⁹ *Ibidem*, Párrafo 160.

¹⁷⁰ Caso *Radilla Pacheco, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Párrafo 114.

¹⁷¹ Véase Comisión IDH., Informe Anual de 2001 OEA/Ser.L/V/II.114 doc. 5 rev., 16 abril de 2002, capítulo IV, párrafo 10, e Informe Anual de 2002 OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, 7 marzo de 2003, párrafos 33 y 44.

*nerviosas y sicosomáticas, insomnio, trastornos mentales y cualquiera otra lesión, permanente o no, de la persona en cuanto entidad biológica*¹⁷².

Algunos incluyen también, dentro de este tipo de daño, ciertos trastornos síquicos¹⁷³; esta circunstancia puede generar confusiones con el daño moral; sin embargo, para un sector de la doctrina esa frontera está claramente definida para evitar equivocaciones, pues una perturbación síquica es diferente del sufrimiento y la congoja, propios del daño moral¹⁷⁴.

La dimensión física como objeto reparable también está reconocida en las directrices del profesor VAN BOVEN¹⁷⁵, en las cuales se propugna por la reparación de daños corporales y síquicos; esta posición coincide con las directrices de JOINET¹⁷⁶, BASSIOUNI¹⁷⁷ y con los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las Víctimas de Violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones¹⁷⁸.

En desarrollo de una reparación integral para un ser humano multidimensional, es claro que el cuerpo, como expresión física del ser, tiene un conjunto de órganos y percepciones para comunicarse y manifestarse con el exterior. Todas ellas son susceptibles de lesión, y cuando ésta ocurre, de reparación.

La valoración de este tipo de daño adquiere entidad en relación con violaciones a los DH de la víctima que hayan dejado grandes secuelas; sin embargo su reconocimiento en la jurisprudencia internacional de DDHH no se ha llevado a cabo y tan solo figura como anexa, como parte integrante del daño moral o del daño inmaterial en los eventos en que se ha reconocido una grave perturbación física con secuelas en los órganos de las víctimas.

Dentro de la jurisprudencia internacional el TEDH ha entendido este daño como paralelo al moral¹⁷⁹. Por ejemplo, en el caso, *Martins Moreira v. Portugal*¹⁸⁰, un caso

¹⁷² ROZO SORDINI, P.E. *El daño biológico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 112.

¹⁷³ Véase GIANNINI, G. "Questioni giuridiche in tema di danno psicologico". En: *Danno biologico e danno psicologico*. Milán: Giuffrè, 1990.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 112. Véase FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral"*. Lima, 2004, p. 35.

¹⁷⁵ VAN BOVEN, T. Op. cit., Párrafo 137.

¹⁷⁶ JOINET, L. Op. cit., p. 22.

¹⁷⁷ BASSIOUNI, C. Op. cit., p. 11.

¹⁷⁸ *Supra*, p. 21.

¹⁷⁹ Véase SHELTON, D. Op. cit. y VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G.J.H. Op. cit.

¹⁸⁰ European Court of Human Rights, *Martins Moreira v. Portugal*, October 26 of 1988.

en el que se demandó al Estado de Portugal por la violación al principio del plazo razonable a raíz de la demora en fallar una demanda judicial por las heridas y secuelas que le dejó al demandante un accidente automovilístico, el TEDH declaró la violación al artículo 6.1 de la Corte Europea de Derechos Humanos –CEDH–, y al momento de reconocer la indemnización, dentro del rubro correspondiente al daño moral, incluyó las perturbaciones a la salud que padeció la víctima, indemnización que fue conjunta con los daños materiales¹⁸¹.

Igualmente, en el caso *López Ostra v. España*¹⁸², en el cual se demandó al Estado español por los problemas de salud y medioambientales derivados del funcionamiento de una planta depuradora de residuos en el municipio de Lorca (Murcia) que afectaban a la demandante y a su hija, al hallar el TEDH responsable al Estado por la violación al artículo 8 de la CEDH, reconoció el daño biológico subsumido dentro del daño moral. En este caso el TEDH, aparte de reconocer el daño biológico subsumido en el moral, le atribuye un efecto oblicuo, pues el daño no lo sufre la actora directamente sino su hija. Esta posición se reitera en el caso *Ilhan v. Turquía*¹⁸³ ocurrido por la demanda que se interpone en contra del Estado Turco por la muerte del hermano del demandante, acaecida con posterioridad a las heridas producidas al momento de la detención de aquél.

En ese caso el TEDH declaró la violación de los artículos 3 y 13 de la CEDH y reconoció que, a raíz de las torturas padecidas por el hermano del demandante y sus heridas, se produjo un daño moral.

La reparación del daño biológico, como adjunto al daño moral, fue reconocida por el TEDH en el caso *Selmouni v. Francia*¹⁸⁴; en esta oportunidad el Estado fue demandado por los malos tratos recibidos por el demandante al momento de ser detenido por agentes policiales.

El Tribunal, al declarar la violación de los artículos 3 y 6.1 de la CEDH, afirmó que el actor padeció un daño corporal y moral; esta posición fue reiterada por el TEDH en el caso *Bertkay v. Turquía*¹⁸⁵ donde, al igual que en el caso Selmouni, se demandó por los malos tratos infligidos por agentes policiales y se declaró la violación de los artículos 3,5 y 13 de la CEDH.

¹⁸¹ *Ibidem*, Párrafo 67.

¹⁸² European Court of Human Rights, *Lopez Ostra v. Spain*, December 9 of 1994.

¹⁸³ European Court of Human Rights, *Ilhan v. Turkey*, June 27 of 2000.

¹⁸⁴ European Court of Human Rights, *Selmouni v. France*, July 28 of 1999.

¹⁸⁵ European Court of Human Rights, *Bertkay v. Turkey*, March 1 of 2001.

En el caso *Z y otros v. Reino Unido*¹⁸⁶, al evaluar las precarias condiciones a las que fueron sometidos unos niños, el Tribunal consideró que dos de los menores habían padecido daños físicos, y un menor distinguido como C sufrió daños en su ojo, aspectos todos que fueron reconocidos por el TEDH al momento de otorgar la indemnización por el daño inmaterial¹⁸⁷.

El TEDH, en el caso *Fadeyeva v. Rusia*¹⁸⁸ reconoció que, a raíz de una exposición a la contaminación, se padeció un sufrimiento físico¹⁸⁹, que reparó dentro del concepto de daño inmaterial¹⁹⁰.

Por su parte el Comité de DH, dentro de su metodología aplicable a las reparaciones¹⁹¹, no ha hecho un rubro aparte para considerar una indemnización por el daño biológico.

En este sentido la Corte IDH no ha reconocido, dentro de la categoría de daño inmaterial, el daño biológico, pese a que, por ejemplo, en el caso *Tibi v. Ecuador*¹⁹² una de las víctimas, el señor Daniel Tibi, había padecido torturas que le habían dejado secuelas físicas y alteraciones en sus órganos; la Corte sólo reconoció el daño inmaterial por las pérdidas, sufrimientos y aflicciones que tuvieron las víctimas¹⁹³.

En otras ocasiones la Corte ha reconocido dentro del daño inmaterial otra clase de perturbaciones sin especificar su clase, definición o contenido¹⁹⁴, pero, como lo dijimos anteriormente, esta categoría de daño no ha sido reconocida por la Corte de manera independiente. Sin embargo, se debe aceptar que, por ejemplo, en el citado caso Tibi, al comprobar que el señor Tibi continuaba con padecimientos a raíz de la tortura que sufrió, la Corte ordenó otorgar una suma por concepto de tratamiento médico futuro¹⁹⁵, es decir, en tanto daño material. Igual consideración realizó en el caso *Bulacio v. Argentina*¹⁹⁶, aunque en ese caso la reparación fue reconocida a los familiares de Walter David Bulacio.

¹⁸⁶ European Court of Human Rights, *Z and others v. UK*, May 10 of 2001.

¹⁸⁷ *Ibidem*, Párrafo 130.

¹⁸⁸ European Court of Human Rights, *Fadeyeva v. Rusia*, June 9 of 2005.

¹⁸⁹ *Ibidem*, Párrafo 138.

¹⁹⁰ *Ibidem*, Párrafo 138.

¹⁹¹ Véase FALEH PÉREZ, C. *El Derecho de las víctimas de violaciones de los DH a obtener una reparación, Análisis de la práctica del Comité de DH*. Las Palmas, 2003.

¹⁹² *Supra*.

¹⁹³ *Ibidem*, Párrafo 242.

¹⁹⁴ Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. *Supra*. Párrafo 53.

¹⁹⁵ *Supra*, Párrafo 249.

¹⁹⁶ Corte I.D.H., *Caso Bulacio, Supra*, Párrafo 100.

También la Corte IDH ha ordenado que la reparación de un padecimiento físico no se haga mediante el pago de una suma, sino por la dispensa de un tratamiento médico a cargo de las instituciones de salud del Estado, circunstancia que ha considerado la Corte IDH como otra forma de reparación¹⁹⁷.

Hay que anotar también que la Corte IDH no ha sido uniforme al reconocer este tipo de reparaciones, pues en algunas ocasiones los gastos médicos futuros los ha incluido dentro de los daños materiales¹⁹⁸, y en otras, como lo analizamos, en los inmateriales.

Igualmente la Corte IDH, en el caso *Buenos Alves vs. Argentina*¹⁹⁹, decidió reconocer el daño físico padecido por la víctima y lo encuadró dentro de una nueva categoría denominada daño físico; no obstante, al momento de decidir sobre la indemnización la Corte subsume el daño físico dentro del daño moral.

A manera de ejemplo, si el señor Pedro Pérez, su cónyuge o alguno de sus hijos sufre secuelas transitorias o permanentes en alguno de sus órganos del cuerpo se daría lugar a esa categoría de daño.

5.9 Alteración a las condiciones de existencia

Si bien el proyecto de vida envuelve la dimensión individual subjetiva de la víctima, la alteración en las condiciones de existencia tiene relación con el campo social, básicamente con el entorno familiar y cercano del afectado.

CHAPUS define este tipo de daño como un cambio anormal dentro de la existencia de la víctima, en especial con sus ocupaciones y hábitos²⁰⁰.

Si se atiende a estas nociones el Comité de DDHH no ha realizado muchas consideraciones sobre esta categoría de daño, como sí lo han hecho los otros sistemas internacionales de DDHH.

Por ejemplo, esta categoría de daño es reconocida en el TEDH, bien que subsumida en el daño moral e inmaterial: el TEDH hizo mención a ella en el caso *Olsson v. Suecia*²⁰¹, caso en el cual, dijo, se había producido un daño que perturbó la vida familiar:

¹⁹⁷ Corte IDH, *Caso De la Cruz Flores*, *Supra*, Párrafo 168.

¹⁹⁸ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Reparaciones*, *Supra*, Párrafo 51.

¹⁹⁹ Corte IDH. *Bueno Alves*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C. N° 164.

²⁰⁰ CHAPUS, R. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences reciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. Paris, 1957, p. 414.

²⁰¹ European Court of Human Rights, *Olsson v. Sweden*, March 24 of 1988.

*Se han puesto obstáculos a las entrevistas periódicas y frecuentes con sus niños y se han reducido al mínimo las posibles reuniones de toda la familia. Y esta situación, con sus repercusiones perjudiciales en la vida familiar de los demandantes, ha durado siete años*²⁰².

En ese caso el Tribunal trata este punto en la misma categoría de los daños morales.

En el caso *K.A. v. Finlandia*²⁰³ el Tribunal reconoce la afectación a la vida familiar como un elemento susceptible de ser reparado²⁰⁴.

El TEDH en el caso *Ayder y otros v. Turquía*²⁰⁵ repara, dentro del daño inmaterial, el hecho de que los demandantes hayan visto destruidas sus casas por parte de las fuerzas de seguridad turcas y el desplazamiento forzado²⁰⁶ de que fueron objeto.

Por su parte, la primera vez que la Corte IDH hizo mención a la alteración en las condiciones de existencia fue en el caso *Cantoral Benavides*, en el cual consideró:

*La Corte pasa a considerar aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y que no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios. El mencionado daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como las **alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia**. Es una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, 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. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir*²⁰⁷ (negrillas fuera de texto).

²⁰² *Ibidem*, Párrafo 102.

²⁰³ European Court of Human Rights, *K.A. v. Finland*, January 14 of 2003.

²⁰⁴ *Ibidem*, Párrafo 151.

²⁰⁵ European Court of Human Rights, *Ayder and others v. Turkey*, January 8 of 2004.

²⁰⁶ *Ibidem*, Párrafo 159.

²⁰⁷ *Supra*, Párrafo 53.

Nótese cómo el planteamiento que realiza la Corte IDH asume una doble dimensión para este tipo de daño, en cuanto lo relaciona con la víctima y con sus familiares.

En el análisis del daño a la alteración a las condiciones de existencia la Corte, en varios de los casos sometidos a su examen, se ha limitado a repetir un párrafo cliché sin hacer mayores disquisiciones sobre el mismo:

Esta Corte, al igual que otros Tribunales Internacionales, ha señalado reiteradamente que la sentencia de condena puede constituir per se una forma de compensación del daño inmaterial. Sin embargo, por las graves circunstancias del presente caso, la intensidad de los sufrimientos que los respectivos hechos causaron a la víctima y que de algún modo produjeron también sufrimientos a sus familiares, las alteraciones de las condiciones de existencia de la víctima y sus familiares y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que le acarrearón a estos últimos, la Corte estima que debe ordenar el pago de una compensación por concepto de daños inmateriales, conforme a la equidad²⁰⁸ (negrillas fuera de texto).

No obstante, la Corte pareció cambiar su tendencia e iniciar una exploración en esa categoría de daño, en el caso de la Cruz Flores, evento en el cual dicho organismo consideró:

En cuanto a las demás víctimas, la detención y proceso contra la señora De La Cruz Flores acarrearón a su madre, Alcira Domitila Flores viuda de De La Cruz; sus hijos, Danilo y Ana Teresa Blanco De La Cruz; y sus hermanos, Alcira Isabel, Jorge Alfonso y Celso Fernando De La Cruz Flores, sufrimiento, angustia y dolor, lo cual ha causado grave alteración en sus condiciones de existencia²⁰⁹ (negrillas y subrayas fuera de texto).

A manera de ejemplo, este daño no se reconocería directamente al señor Pedro Pérez sino al grupo familiar que altera su vida comunal a raíz de la pérdida o deceso de la cabeza de la familia.

²⁰⁸ Véase Corte IDH., Caso Cantoral Benavides, *Supra*, Párrafo 57; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, Párrafo 215; Corte I.D.H., Caso Molina Theissen. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C. N° 108, Párrafo 66 y Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Vs. El Salvador, Sentencia de 1° de marzo de 2005, Serie C. N° 120, Párrafo 157, entre otras.

²⁰⁹ *Supra*, Párrafo 162.

6. Otros tipos de daños y su improcedencia (daños punitivos)

La Corte IDH, y en general los tribunales internacionales de DDHH²¹⁰, no han tomado las tipologías de daños propias del *common law*²¹¹, tales como los *compensatory damages*²¹², *consequential damages*²¹³, *exemplary or punitive damages*²¹⁴, *nominal damages*²¹⁵, *severance damages*²¹⁶, *special damages*²¹⁷ y *los statutory damages*²¹⁸.

Si bien algunas categorías de daños son similares en el derecho romano-germánico, y por ende han sido aplicadas por los tribunales internacionales de derechos humanos, aunque con diferente denominación o tipología, existe una tendencia en dichos tribunales para no aceptar las reparaciones como punitivas; por el contrario, se pretende que sean compensatorias, y en este sentido se han negado por la Corte IDH y el TEDH.

En el DIDH no se hace mención expresa a este tipo de daños, tal vez porque, como lo afirma ASDRÚBAL AGUIAR:

La jurisprudencia de la Corte Interamericana, sin embargo, por lo reducida e iniciadora pero también por querer comprender las limitaciones que acusan las estructuras

²¹⁰ Véase European Court of Human Rights, *Selcuk and Asker v. Turkey*, April 24 of 1998, Párrafo 119; *Cable and others*, February 18 of 1999, Párrs. 29-30 y *Orban v. Turkey*, June 18 of 2002, Párrs. 448-449.

²¹¹ Si se desea profundizar más en este punto, ver HENAO, J.C. Op. cit., p. 45.

²¹² Compensatory damages are such as will compensate the injured party for the injured sustained. Black's Law Dictionary, with pronunciations, 4 ed, Publisher's Editorial Staff, 1979, St Paul (Minn), p. 352.

²¹³ Such damage, loss or injury and does not flow directly and immediately from the act of the party, but only from some of the consequences or results of such act. *Ibidem*.

²¹⁴ Exemplary damages are damages on an increased scale, awarded to the plaintiff over and above what will barely compensate him for his property loss, where the wrong done to him was aggravated by circumstances of violence, oppression, malice, fraud, or wanton and wicked conduct on the part of the defendant, and are intended to solace the plaintiff for mental anguish, laceration of his feelings, shame, degradation, or other aggravations or the original wrong, or else to punish the defendant for his evil behavior or to make an example of him, for which reason they are also called punitive or punitory damages or vindictive damages. *Ibidem.Ibidem*.

²¹⁵ Nominal damages are a trifling sum awarded to a plaintiff in an action, where there is no substantial loss or injury to be compensated, but still the law recognizes a technical invasion of his rights or a breach of the defendant's duty, or in cases where, although there has been a real injury, the plaintiff's evidence entirely fails to show its amount. *Ibidem.Ibidem*.

²¹⁶ Concepto similar aunque no idéntico del lucro cesante, propio de la escuela romano-germánica.

²¹⁷ Those which are the actual, but not the necessary, result of the injury complained of, and which in fact follow it as a natural and proximate consequence in the particular case, that is, by reason of special circumstances or conditions. *Ibidem*, p. 354.

²¹⁸ En un sentido similar aunque no idéntico a la responsabilidad por el hecho de la Ley.

*políticas y jurídicas regionales, no ha podido escapar a la hipoteca representada por los cánones de la responsabilidad internacional clásica*²¹⁹.

La Corte IDH ha hecho referencia expresa a la no inclusión del daño punitivo:

Los abogados solicitan, igualmente, el pago por el Gobierno de daños punitivos, como parte de la indemnización, por tratarse en el caso de violaciones extremadamente graves de los derechos humanos.

La expresión “justa indemnización” que utiliza el artículo 63.1 de la Convención, por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la “parte lesionada”, es compensatoria y no sancionatoria. Aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual del Derecho Internacional [...]”²²⁰ (negrillas fuera de texto).

Posición que también comparte el TEDH²²¹, aunque sus consideraciones para negarse a aceptar esta clase de daños no se presentan con el mismo volumen y densidad de argumentación de las que construye la Corte Interamericana; el Comité de DDHH tampoco ha hecho una mención muy profusa sobre este aspecto.

Cuadro comparativo daños según Corte IDH

Categoría principal	Categoría secundaria	Fundamento del daño	Jurisprudencia fundante
Daño material	Daño emergente	Aminoración patrimonial directa a consecuencia del daño.	<i>Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria</i> (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C. N° 7

²¹⁹ AGUIAR, A. Ob. cit., p. 240.

²²⁰ “[...] Por todo lo anterior la Corte considera, entonces, que la justa indemnización, que la sentencia sobre el fondo de 29 de julio de 1988 calificó como «compensatoria», comprende la reparación a los familiares de la víctima de los daños y perjuicios materiales y morales que sufrieron con motivo de la desaparición forzada de Manfredo Velásquez”. Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria Supra*, Párrs. 37 a 39. Igualmente, *Caso Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C. N° 8, Párrafo 36.

²²¹ European Court of Human Rights, cases: *Selcuk and Asker v. Turkey, Supra*; *Cable and others, Supra* y *Orhan v. Turkey, Supra*.

Categoría principal	Categoría secundaria	Fundamento del daño	Jurisprudencia fundante
Daño material	<i>Pérdida de ingresos</i>	Lucro cesante	<i>Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria</i> (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C. N° 7
Daño material	<i>Daño patrimonial familiar</i>	Ruptura del núcleo familiar: graves aminoraciones al patrimonio acaecidas a raíz de la infracción a los DDHH de la víctima y sus familiares, tales como desórdenes psicológicos o físicos padecidos por los familiares de la víctima y graves aminoraciones del patrimonio familiar	<i>Caso Castillo Páez. Reparaciones</i> (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C. N° 43
Daño inmaterial	<i>Daño moral</i>	Sufrimientos, acongojas de carácter sentimental o psicológico	<i>Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria</i> (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C. N° 7
Daño inmaterial	<i>Daño al proyecto de vida</i>	Previsibles aspiraciones de la víctima, expectativas y en general, la manifestación de la potestad de poder conducir su vida de acuerdo con sus propios deseos.	<i>Caso Loayza Tamayo. Reparaciones</i> (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C. N° 42
Daño inmaterial	<i>Perjuicio fisiológico</i>	Daño físico	<i>Caso Bueno Alves.</i> Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C. N° 164

Categoría principal	Categoría secundaria	Fundamento del daño	Jurisprudencia fundante
Daño inmaterial	<i>Alteración a las condiciones de existencia</i>	Cambio anormal dentro de la existencia de la víctima, en especial con sus ocupaciones y hábitos, tiene relación con el campo social, básicamente con el entorno familiar y cercano del afectado	<i>Caso Cantoral Benavides. Reparaciones</i> (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C. N° 88.

Conclusiones

Repasando cuanto se aquí se ha dicho en relación con el daño visto en la perspectiva de la Ley 975 de 2005, el asunto podría sintetizarse en los siguientes puntos fundamentales:

- El daño indemnizable producido por los GAOML es fundamentalmente de dos clases: el individual y el colectivo.
- En tratándose del daño individual los conceptos de daño y perjuicio, en la jurisprudencia nacional, son distintos.
- Para ser reparable el daño ha de ser: antijurídico, cierto (en el daño colectivo la amenaza se puede considerar daño cierto), personal (salvo en el daño colectivo que bien puede ser despersonalizado), y directo (lo cual hace referencia al nexo de causalidad, en el entendido de que el daño ha de ser efecto del evento dañoso (en este caso el o los delitos que se juzgan en la Ley de Justicia y Paz), y estos últimos (evento dañino) han de constituir su causa.
- El daño individual tiene dos clases fundamentales: los daños materiales y los inmateriales; los primeros comprenden los correspondientes al daño emergente y al lucro cesante; los segundos al daño moral y al daño en la vida de relación.
- Los daños materiales en cualquiera de sus dos modalidades pueden ser actuales o futuros, según que se hayan producido hasta el momento de la sentencia o que se vayan a producir después de ella. La circunstancia de que el daño material pueda sea futuro no le quita certeza; simplemente se la disminuye hasta un grado de daño probable; en estos términos el daño futuro, para ser indemnizable, ha de ser un daño cierto.
- Mención especial merece la pérdida de oportunidad o pérdida de chance que consiste en cercenar, a la víctima, el derecho a participar en un concurso o competencia para el que reunía los requisitos legales. Esta modalidad de daño se puede presentar tanto en la esfera material como en la inmaterial.

- El daño colectivo se distingue, de una parte, del daño individual, y de otra del daño plural. El daño colectivo consiste en la afectación a un derecho o un interés colectivo (instituciones descritas y reguladas en la Ley 472 de 1998) o a un bien jurídico colectivo (instituto introducido en el Código Penal), este último más general que los dos primeros; será el juez de justicia y paz, en cada caso, quien determine si se está en presencia de uno de los bienes de esta naturaleza para deducir, de allí, la existencia o no de un daño colectivo. El daño individual, en cambio, afecta un derecho o un interés del individuo, cualquiera sea la naturaleza del derecho afectado, es decir, uno constitucional, fundamental, legal, contractual, etc. De allí surge una segunda diferencia: el daño colectivo afecta a la colectividad, a la comunidad (que será, por consiguiente, la víctima del daño), entidad social cuyos linderos y alcances dependen también de las concretas circunstancias del caso que se esté juzgando. El daño individual afecta al individuo, lo que hace que este daño deba ser personal, al contrario del daño colectivo que normalmente será despersonalizado en el entendido de que no lo padece, en concreto, una persona sino la comunidad toda. Un tercer aspecto definitorio y consecuencial se presenta en relación con estas clases de daño: para la reclamación del daño individual está legitimada la víctima del mismo, es decir, la persona o personas que lo padecen; para la reclamación del daño colectivo, en cambio, solo está legitimada la comunidad afectada a través de cualquiera de sus miembros.
- El daño colectivo es diferente del daño plural: el primero afecta a la comunidad por la lesión de cualquiera de sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos; por consiguiente, el daño colectivo es mucho más (desde el punto de vista cualitativo) que la sumatoria de los daños individuales. El daño plural, en cambio, corresponde a este último concepto: es la suma de daños individuales que, por consiguiente, bien pueden reclamarse por cada afectado o por algunos de ellos o por todos ellos mediante fórmulas tales como la acumulación subjetiva de pretensiones o la acción de grupo, si se cumplen los requisitos legales.
- En la Ley de Justicia y Paz se indemniza tanto el daño individual como el colectivo. Sin embargo, el procedimiento no admite el ejercicio de lo que técnicamente correspondería a una acción popular (por la víctima colectiva) ni a una acción de grupo (en el caso del daño plural).
- Los daños materiales y los inmateriales (modalidades del daño individual) corresponden a nociones distintas en cuanto los derechos que se afectan en uno y otro caso revisten también naturaleza diversa. No obstante, unos y otros pueden resultar interdependientes en la medida en que un daño material puede ser la causa de uno inmaterial y, a la inversa, uno inmaterial puede generar un daño material.
- Los daños inmateriales en su doble modalidad (daño moral y daño a la vida de relación), en tanto afectan bienes propios de la persona en general (daño a la vida de relación) o al ser humano en particular (daño moral) no pueden ser objeto de cuantificación. De allí que su reparación se haga a través de medidas de satisfacción a

la víctima (que hoy se traducen, según las reglas trazadas por nuestra jurisprudencia, en dinero) que dependen de la aplicación del prudente arbitrio del juez construido con fundamento en las pruebas que obren en el proceso. En todo caso, para los eventos que se someten a conocimiento de los jueces de justicia y paz, el Código Penal ha establecido un tope de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales. En cambio para la reparación del daño moral no se han establecido límites cuantitativos similares, ni legales ni jurisprudenciales, para el daño a la vida de relación que puede llegar a ser mucho más importante que el daño moral.

- La necesaria comparación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los sistemas de justicia transicional con el derecho interno, en el específico punto de los tipos de daño resarcible, deja como conclusión que los tipos de daños consagrados o deducidos por la legislación o por la jurisprudencia interna de Colombia comprenden bien los que se reconocen en el ámbito internacional en sus diversas expresiones. En efecto, la clásica clasificación entre daños materiales e inmateriales, o bien son asumidos con la misma denominación o con denominaciones distintas, pero frente a contenidos idénticos o muy similares, y dentro de tales categorías, en cuanto atañe al perjuicio material, el daño emergente y el lucro cesante comprenden bien los daños que adoptan denominaciones similares o las de daño patrimonial familiar o la pérdida de ingresos, y en lo atinente a los inmateriales el daño moral se conforma con el de la misma denominación que se adopta en la esfera internacional y el daño a la vida de relación comprende bien el daño al proyecto de vida o la perturbación de las condiciones de existencia e, incluso, el denominado daño biológico.
- En este punto, por lo tanto, se puede concluir que la aplicación adecuada de los conceptos que maneja la jurisprudencia colombiana permiten la realización de lo que en la esfera internacional se entiende por reparación plena e integral del perjuicio individual en sus manifestaciones material e inmaterial.
- Menos claro resulta el denominado daño colectivo, cuya construcción parece más avanzada en el derecho interno.

Capítulo III

Aspectos procesales

1. Aspectos procesales relevantes (incidente de reparación integral)

1.1 Aspectos generales. Noción

Con la aparición del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y con el del sistema acusatorio desapareció en el proceso penal la figura de la parte civil, sin embargo no puede entenderse que se ha abandonado a la víctima o perjudicado con la conducta punible, pues en el actual procedimiento penal que rige desde el 1° de enero de 2005 la víctima hace la reclamación de los perjuicios causados con el accionar del sujeto agente a través del incidente de reparación integral y durante todo el proceso ejerce sus derechos constitucionales a la verdad y justicia¹.

La Corte Suprema de Justicia ha contribuido grandemente a desarrollar y consolidar la nueva concepción de víctima y a precisar el ámbito de sus derechos². No cabe duda en cuanto a que los cambios normativos y jurisprudenciales han abandonado ya completamente aquella concepción según la cual la participación de la víctima en el proceso penal era accesoria y limitada³. Ahora ella es un interviniente que goza de plenitud de derechos, completamente equiparables a los del procesado.

¹ GONZÁLEZ NAVARRO, ANTONIO LUIS. *La Víctima en el Sistema Penal*. Bogotá: Ed. Leyer, 2007, pp. 595 y ss.

² Ver por vía de ejemplo estas decisiones: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de julio de 2007, Exp. 26255, MM.PP.: Jorge Luis Quintero Milanés y Julio Enrique Socha Salamanca; Sentencia del 29 de octubre de 2008, Exp. 30300, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán; Sentencia del 20 de mayo de 2009, Exp. 30782, M.P.: Jorge Enrique Socha Salamanca.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Exp. 28.040, Sentencia del 23 de agosto de 2007, M.P.: María del Rosario González de Lemos: “(...) *antes de la expedición de la Ley 906 de 2004, los derechos de las víctimas no ocupaban el sitial privilegiado que hoy día se les ha atribuido. El interés del proceso penal simplemente giraba en torno de proveerlas de instrumentos para que lograran un resarcimiento económico que, según ha quedado visto, constituye una ínfima parte del verdadero criterio de reparación. Actualmente, el cambio es evidente. El legislador penal de 2004, como nunca antes había ocurrido, incluyó los derechos de las víctimas en el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal (art. 11), con lo cual les adjudicó primacía sobre las demás disposiciones, en tanto las*

En la Ley de Justicia y Paz existe este espacio procesal que tiene como finalidad hacer posible que las pretensiones de reparación de las víctimas se propongan, se intenten conciliar, se debatan probatoriamente y se decidan al final de la audiencia.

Los servidores públicos que intervienen en el proceso deben, en acatamiento de ese preciso e ineludible mandato legal (art. 15 de la Ley 975 de 2005) asegurar el descubrimiento de la verdad, piedra angular de todo el proceso, y, claro, los daños producidos por el accionar de los grupos armados ilegales hace parte indisoluble de tal verdad. Sin su esclarecimiento el juicio sería una verdad a medias, es decir una mentira completa. A las víctimas les cabe también la autorresponsabilidad de contribuir eficazmente a ese descubrimiento, como un modo de empezar el difícil camino de reconstruir el tejido social lacerado y de superar el hondo dolor que las aflige.

El objetivo del incidente es el de que se logre, lo más que sea posible, que desaparezcan los efectos perniciosos que el accionar criminal de las organizaciones armadas ilegales produjo en los derechos de amplios sectores de la población colombiana.

El incidente de reparación integral en la Ley de Justicia y Paz es el escenario procesal por excelencia para que las víctimas concreten sus aspiraciones reparatorias.

Una simple comparación de las normas reguladoras del incidente en Justicia y Paz, con las que hacen lo propio en la Ley 906 de 2004, muestra con claridad cómo aquellas tuvieron en éstas su inmediata fuente de inspiración. La concepción del instituto, su diseño procesal y aún su misma redacción no dejan margen de dudas.

No obstante, de entrada se advierte una primera diferencia entre ambos estatutos, y es su ubicación en el contexto ritual. Ciertamente, en el Código de Procedimiento Penal es posible que se le dé curso al incidente, solamente cuando se ha conocido el sentido del fallo, que obviamente debe ser condenatorio, porque en caso contrario desaparece la posibilidad advertida en precedencia, por mera sustracción de materia. En tanto, en la Ley 975 de 2005 dicho trámite puede abrirse en la misma audiencia de control de legalidad de la aceptación de cargos del integrante de un GAOML, postulado por el Gobierno, que ha decidido desmovilizarse individual o colectivamente, aceptando voluntariamente el proceso de justicia y paz, confesando íntegramente no solo su pertenencia a tal grupo sino la totalidad de los delitos cometidos durante y con ocasión de ella, amén de demostrar su arrepentimiento a través, principalmente, de la reparación integral debida a las víctimas.

preceptivas allí contenidas tienen rango constitucional. Siguiendo la misma tendencia, la Ley 975 de 2005 también consagra los derechos de las víctimas con carácter de principio; es decir que, en uno y otro caso, sirven de criterio para la interpretación de las demás normas (art. 26 de la Ley 906 de 2004)".

Conviene que se inicie este capítulo recordando el texto de la norma que regula este procedimiento especial (artículo 23 de la Ley 975 de 2005), porque a él se hará mención reiterada en los espacios siguientes de este trabajo:

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

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

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

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

Parágrafo Primero. Exclusivamente para efectos de la conciliación prevista en este artículo, la víctima, el imputado o su defensor, el fiscal que haya conocido del caso o el ministerio público, podrá solicitar la citación del Director de la Red de Solidaridad Social⁴ en su condición de ordenador del gasto del Fondo para la Reparación de las Víctimas.

Parágrafo Segundo. No podrá negarse la concesión de la pena alternativa en el evento en que la víctima no ejerza su derecho en el incidente de reparación integral.

⁴ Para lo sucesivo, debe anotarse que la entidad referida cambió de denominación por disposición del Decreto 2467 de 2005, y pasó a llamarse Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. Para este trabajo, Acción Social.

Así las cosas, la audiencia de conocimiento del incidente de reparación integral⁵ es la fase subsiguiente a la declaratoria de legalidad de la formulación y aceptación de cargos solicitada por la víctima o su representante judicial, o por el Fiscal o Ministerio Público a instancia de aquella, con el propósito de obtener la reparación del daño que se le infligió con el delito cometido por un miembro de un Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley (GAOML), durante y con ocasión a su pertenencia al mismo⁶.

1.2 Fines y alcances del incidente de reparación integral

Si el objetivo de la ley de justicia y paz es, no sobra insistir en ello, facilitar los procesos de paz y la reincorporación a la sociedad de los ilegales en un contexto que suponga el respeto absoluto de los derechos de las víctimas, especialmente el de la obtención de la verdad, de la justicia y de la reparación de los agravios que se les hubiese causado, se comprende a cabalidad la razón por la cual el procedimiento que la rige es divergente del procedimiento penal ordinario.

En efecto, en el procedimiento de la Ley 975 de 2005 no tiene por qué darse en estricto sentido, y en cuanto respecta a la responsabilidad penal, el régimen contencioso o de partes, que es connatural al Sistema Penal Acusatorio, ni tampoco la controversia probatoria plena, llanamente porque se supone que tal posibilidad de confrontación procesal y probatoria entre el Estado y los integrantes de los grupos organizados al margen de la ley ha quedado en buena medida resuelta desde antes, es decir, desde los acuerdos de paz que llevaron a la desmovilización de éstos y a la iniciación del proceso de justicia y paz.

Ello es así, porque si el postulado para merecer la aplicación de una pena alternativa, muy inferior a la que le corresponde según la preceptiva penal y procedimental aplicable, debe adquirir los compromisos indispensables de verdad y de reparación, no se entendería un escenario de total confrontación procesal y probatoria, que de suyo estaría indicando que de ser así, la Ley 975 de 2005 no sería la llamada a regular tal hipotético caso.

No quiere decir lo anterior, ni mucho menos, que el proceso de justicia y paz se sustente exclusivamente en la confesión del procesado, pues, al contrario, la fiscalía, el Magistrado

⁵ Las audiencias de conocimiento son todas aquellas audiencias que se adelantan ante las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Véase Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdos N° PSAA06-3276, enero 19 de 2006; N° PSAA08-4640, marzo 12 de 2008; N° PSAA08-4641, 12 de marzo de 2008

⁶ Véase FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-GTZ-EMBAJADA DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz: Ley 975 de 2005*. Bogotá, 2009., Fase Judicial. Audiencias de Conocimiento, pp. H-15 y ss.

de Control de Garantías y la Sala de Conocimiento tienen el deber de construcción de la verdad, tarea a la que no es ajeno el Ministerio Público. No obstante, es de la naturaleza de este proceso transicional la confesión y la aceptación de cargos. Estos requisitos son de su esencia; si ellos no se cumplen de inmediato deja de aplicarse este instrumento de justicia transicional y es el procedimiento penal ordinario el llamado a regular el caso.

En muy reciente oportunidad la Corte Suprema de Justicia dijo lo siguiente sobre el tema:

Si de entrada se tiene claro que el procedimiento de justicia y paz sólo opera respecto de los cargos aceptados por el postulado de manera libre, voluntaria, espontánea y con la asesoría del defensor, evidente surge que la adversarialidad opera en un plano bastante secundario, aunque, debe resaltarse, ello no comporta que los demás intervinientes, dígase las víctimas y el Ministerio Público, se conviertan en convidados de piedra.

No. Como precisamente se trata de perfilar la verdad y la justicia a manera de bienes valiosos obligados de ofrecer a las víctimas, es lo cierto que los hechos deben ser contruidos entre todos los intervinientes, incluidos los magistrados de justicia y paz, desde luego, tomando como base lo confesado por el postulado y la consecuente investigación adelantada por la fiscalía.

Y esa construcción debe realizarse en la audiencia de legalización de cargos, en tanto, no puede olvidarse que por ocasión de su naturaleza sui generis, en el trámite de justicia y paz no es posible adelantar una audiencia preparatoria, ni un juicio oral y público en el que se presenten las pruebas de las partes y se controviertan los argumentos contrarios⁷ (negrillas fuera de texto).

Se entiende, entonces, que en un proceso regulado por el C.P.P. con la reforma de la Ley 1395 de julio 12 de 2010 se requiere que esté en firme la sentencia condenatoria para darle curso al Incidente de Reparación Integral, y que en cambio en el reglamentado por la Ley 975 de 2005 sea suficiente el control de legalidad de la aceptación de cargos (antesala procesal del fallo de condena) para que el aludido trámite incidental se inicie⁸.

No obstante, si el incidente de reparación integral tiene por finalidad que se conozca con exactitud la reclamación de reparación de la víctima, resulta evidente concluir que

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 32.022, Auto de 21 de septiembre de 2009, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

⁸ La Corte Suprema de Justicia había sostenido que no era posible dictar sentencia sin que se hubiere decidido antes el incidente de reparación integral. No obstante, con posterioridad precisó que podía ocurrir lo contrario, cuando el fallo condenatorio se producía en segunda instancia, como consecuencia de la revocatoria del de primera. Cfr. Ley 1395 de julio 12 de 2010, artículos 86 - 89.

solo con su concurso, con su explícito querer, puede iniciarse el trámite incidental. Eso descarta, por ejemplo, la posibilidad de su iniciación oficiosa, salvo las precisas excepciones a las que se hará referencias posteriormente⁹.

En tal orden de ideas, es fácil entender el sentido del artículo 45 de la Ley de Justicia y Paz, cuando al referirse a la solicitud de reparación señala que “las víctimas de los grupos armados al margen de la ley pueden obtener reparación acudiendo al Tribunal Superior del Distrito Judicial, en relación con los hechos que sean de su conocimiento”.

En igual dirección el artículo 23 de la Ley de Justicia y Paz prescribe que el incidente de reparación integral se abrirá “*previa solicitud expresa de la víctima o del fiscal del caso, o del ministerio público a instancia de ella*”.

El mismo precepto en su inciso segundo advierte que la correspondiente audiencia,

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

Y luego reglamenta el trámite incidental que incluye la intervención de la víctima en una posible conciliación, su participación en la actividad probatoria en caso de que aquella no se logre y, por supuesto, la posibilidad de impugnar las decisiones con las cuales esté inconforme.

El proceso de justicia y paz por obvias razones debe ser un escenario que garantice los derechos de las víctimas, sobre todo si se considera que en virtud del contexto de ocurrencia de los gravísimos y sistemáticos delitos cometidos en su contra se encuentran frecuentemente en situación de mayor fragilidad.

Quiere decir lo anterior que cuando eso acontece, para que el derecho a la igualdad no sea una vana fórmula retórica, una huera abstracción, los servidores públicos, jueces, fiscales, procuradores, defensores públicos, etc., deben propiciar las acciones procesales compensatorias. Esto para que, llanamente, las víctimas de los crímenes cometidos por los ilegales no vean esfumados sus derechos en el piélago de su propia vulnerabilidad. Es decir para que no vuelvan a ser ofendidas, esta vez, por un Estado incapaz de romper el cerco de debilidad en el que está el damnificado desde que fue injusta y gravemente agredido.

⁹ El art. 24 de la Ley de Justicia y Paz, que se refiere al contenido de la sentencia, dice que entre otras resoluciones ella debe contener las obligaciones reparatorias. No obstante, hay que entender que no siempre deben estar incluidas en ella, sino solamente en el caso de que se hubieran determinado en el incidente de reparación integral.

Con tal elemental propósito los ofendidos deben ser individualizados e identificados; luego ha de dárseles protección cierta, realizarse concretas y eficaces convocatorias al proceso, y ofrecerles asesoría y representación judicial, todo sin las acostumbradas trabas burocráticas y sí con verdadera voluntad de que se cumplan los objetivos de esta ley.

Lo anotado en los párrafos antecedentes no significa, ni mucho menos, que esos objetivos se cumplan en detrimento de los derechos del procesado o con afectación al debido proceso.

No en vano, pues, la ley y la jurisprudencia han creado las condiciones necesarias de protección de las víctimas en el proceso, con claras e ineludibles obligaciones a cargo de todos los servidores públicos que intervienen en él.

La finalidad es que puedan legítimamente intervenir en el proceso desde sus fases iniciales para que se realicen sus aspiraciones de conocer en toda su extensión, circunstanciadamente, los hechos en que se produjo su victimización; de que se demuestre cabalmente la responsabilidad de los autores de tales comportamientos delictivos y de que se logre la completa reparación, en la exacta dimensión del término.

Pero lo anterior no significa que un derecho del cual aquellas pueden disponer tenga que ser reconocido a pesar de ellas mismas, de su decisión de no comparecer al incidente de reparación integral.

Nadie discute ya que el damnificado puede hacer valer en el proceso sus pretensiones de verdad y justicia y abandonar en cambio las de reparación. Esto indica, es casi una obviedad decirlo, que es un derecho de su libre disposición. Aún, si lo estima, aunque no es lo deseable, puede renunciar a la totalidad de sus derechos y nadie podría interponerse en tal albedrío.

Tiene sentido, en consecuencia, que la norma atrás referida exija dentro del incidente y en su inicio la intervención de la víctima “para que exprese de manera concreta la forma de reparación que pretende”, y también lo tiene cuando hace posible la terminación del incidente por la conciliación entre victimario y víctima. Mediante este acuerdo el lesionado puede renunciar total o parcialmente a sus derechos, aunque hubiesen sido debidamente acreditados.

Lo anterior quiere decir que al tiempo que se le deben brindar las garantías señaladas para que sus derechos tengan auténtica vocación de prosperidad, se necesita de su efectiva intervención en el momento de concretar sus anhelos reparatorios, es decir, en el incidente de reparación integral.

Sin embargo, puede existir una situación excepcional en la que se dispense la intervención de la víctima para la iniciación y prosecución del trámite incidental. Tal sería aquella en que habiéndose identificado o determinado con exactitud a la víctima y además acreditado el daño, su comparecencia esté descartada no por voluntad suya, sino por auténticos motivos de fuerza mayor, o porque las víctimas se encuentran presas de miedo para enfrentarse con el agresor. En estas excepcionales circunstancias no parece razonable ni justo aplicar estrictamente el artículo 23 de la Ley de Justicia y Paz, porque constituiría una nueva ofensa privarla de acceder a la reparación en el incidente. Por eso en estos casos le corresponde al Ministerio Público asumir su tarea protectora de víctimas, llevando la representación de ellas en el trámite incidental¹⁰.

También creemos que hay que considerar aun la posibilidad de otra excepción para que la víctima no tenga que participar directamente en el incidente de reparación: cuando las víctimas sean menores de edad, pues el artículo 197 de la Ley 1098 de 2006 (noviembre 8) o Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que “en los procesos penales en que se juzgue a un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente, el incidente de reparación integral de perjuicios se iniciará de oficio si los padres, representantes legales o el defensor de familia no lo hubieren solicitado dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia”. Esta norma reformó en lo pertinente la Ley 906 de 2004, y no cabe duda que hizo lo propio con la Ley 975 de 2005.

2. Competencias para tasación de daños individuales y colectivos

La autoridad competente para conocer del incidente de reparación integral es, por supuesto, el juez del conocimiento, es decir la Sala de Justicia y Paz que esté adelantando el juzgamiento. A ella le corresponde abrir el incidente a petición de quien esté habilitado para hacerlo, convocar a la correspondiente audiencia, dirigirla, propiciar la terminación del incidente por consenso, o de lo contrario abrir el debate probatorio, rechazar las pretensiones por los expresos motivos señalados en la ley, orientar la actividad probatoria y decidir el incidente tasando los daños individuales y/o colectivos.

No obstante, lo que acaba de afirmarse no libera, ni mucho menos, a la Fiscalía de su deber de investigar todo lo que concierne a los daños que el delito produjo. Ha de allanarse el camino probatorio del daño de tal modo, que cuando se avoque el trámite del tema reparatorio en el incidente de reparación integral solo reste una tarea de

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de Segunda Instancia Rad. 30442 de 3 de octubre de 2008. M.P. Alfredo Gómez Quintero

cuantificación. Esta parece ser la única hermenéutica razonable, habida cuenta de la inescindible relación que existe entre conducta punible y daño. De ese modo es apenas natural que cuando el fiscal investigue aquella, haga lo propio con éste.

Algo más: si la fiscalía no averigua el daño y por tanto el perjuicio, habrá realizado una deficiente investigación. El trámite incidental tiene que estar caracterizado por la eficacia y por la celeridad. Debe ser en esencia un espacio procesal de conclusiones que se soporten en un trabajo instructivo previo acerca del daño. Si no es así, se estaría propiciando una indeseable hipertrofia del incidente, contenido de una investigación y un juzgamiento adicionales que puede dar al traste con la totalidad del proceso, pues la sentencia no se podrá proferir mientras no haya concluido el incidente de reparación. Es importante insistir en ello: entre más se favorezca el gigantismo del incidente, más lejano y difícil se mostrará el final del proceso.

3. Legitimados para intervenir en el incidente

De lo anotado precedentemente puede concluirse que está legitimado para intervenir el titular del derecho a la reparación o víctima, directamente o mediante su representante legal (por ejemplo cuando se trata de un menor de edad o de un interdicto) o por medio de su apoderado de confianza o de oficio cuando carezca de los recursos para contratarlo¹¹. Aquí es importante resaltar cómo la Defensoría del Pueblo, que ha tenido tradicionalmente la función de asistir a los procesados que no quisiesen o no pudiesen contratar a un defensor de confianza en el proceso de justicia y paz, conserva tal encargo legal y adquiere otro: el de representar a las víctimas cuando no puedan delegar su representación judicial en un abogado particular¹².

Como se trata de un incidente referido a la reparación integral, bueno es puntualizar de una vez que, teniendo tal naturaleza dicha actuación procesal, no está destinada a definir el objeto mismo del proceso penal. Naturalmente, es de veras importante que las víctimas propicien este espacio del proceso para hacer valer sus derechos, y concretamente para presentar sus pretensiones de reparación. Sin embargo, no es indispensable. Si aquellas deciden recurrir a la vía civil o a la de lo contencioso administrativo (si consideran que

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006: *“En consecuencia, el hecho de que la norma impugnada establezca explícitamente el derecho de las víctimas a tener representación judicial durante el juicio, no puede interpretarse como exclusión de ejercer el derecho de postulación en otras fases del proceso. Tal reconocimiento explícito del derecho a constituir representante letrado en el juicio, debe entenderse sin perjuicio de que designen representante judicial en otras fases del proceso”*.

¹² Ley 975 de 2005, art. 34.

hay responsabilidad por acción u omisión de algún agente estatal) están absolutamente habilitadas para hacerlo, renunciando entonces a procurar la obtención de la reparación en el marco procesal de la Ley de Justicia y Paz. A eso se refiere el parágrafo 2º del artículo 23 de dicha ley cuando dispone: “*No podrá negarse la concesión de la pena alternativa en el evento de que la víctima no ejerza su derecho en el incidente de reparación integral*”.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹³ y de los pronunciamientos de los Magistrados de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá¹⁴, para promover el incidente de reparación integral la víctima, o quien la represente, deberá cumplir con los siguientes requisitos¹⁵:

- 1) Acreditar la condición de víctima ante el Magistrado de Conocimiento mediante alguno de los siguientes documentos:
 - Copia de la denuncia por medio de la cual se puso en conocimiento de alguna autoridad judicial, administrativa, o de policía el hecho generador del daño, sin que sea motivo de rechazo la fecha de presentación de la noticia criminal. Si no se hubiera presentado dicha denuncia se podrá acudir para tal efecto a la autoridad respectiva, si procediere.
 - Certificación expedida por la autoridad judicial, administrativa o de policía o por el Ministerio Público, que dé cuenta de los hechos que le causaron el daño.
 - Copia de la providencia judicial por medio de la cual se ordenó la apertura de la investigación, impuso medida de aseguramiento, o se profirió resolución de acusación o sentencia condenatoria, o del registro de audiencia de imputación, formulación de cargos, o individualización de pena y sentencia, según el caso, relacionada con los hechos por los cuales se sufrió el daño.
 - Certificación sobre la vecindad o residencia respecto del lugar y tiempo en que presuntamente ocurrieron los hechos que produjeron el daño, la cual deberá ser expedida por la autoridad competente del orden municipal
 - Certificación que acredite o demuestre el parentesco con la víctima, en los casos que se requiera, la que deberá ser expedida por la autoridad correspondiente¹⁶.
- 2) Demostrar la existencia real, específica y concreta del daño.

¹³ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto, Rad. 28769 de 11 de diciembre de 2007. M.P.: María del Rosario González de Lemos. En el mismo sentido: Autos de segunda Instancia, Rad. 29642 de 23 de mayo de 2008, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas y 31320 de 12 de marzo de 2009, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

¹⁴ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Auto, Rad. 2007001, de octubre 8 de 2007.

¹⁵ Véase FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-GTZ-EMBAJADA DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz: Ley 975 de 2005*. Bogotá, 2009. Fase Judicial. Audiencias de Conocimiento, pp. H-16-17.

¹⁶ Véase Decreto 315 de 2007, art. 4º.

- 3) Demostrar la relación causal entre las conductas de los integrantes del GAOML y el daño sufrido. Si bien el artículo 23 de la Ley 975 de 2005 no señala como exigencia la demostración de dicho nexo causal, por vía jurisprudencial se ha establecido como requisito indispensable para la procedencia del trámite del incidente de reparación “(...) además de acreditar el daño, probar su nexo causal con la actividad de un grupo armado al margen de la ley que tenga la condición de desmovilizado, es decir, debe ser beneficiario de la Ley 975 de 2005 (...)”¹⁷.
- 4) Acreditar que el o los miembros del GAOML perpetrador del daño fueron postulados por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005, cuando quien promueve el incidente es el Fiscal, a solicitud de la víctima.
- 5) Citar la declaración judicial o fallo condenatorio producido en la justicia ordinaria, o la audiencia en que se declare la aceptación de cargos en el Proceso Especial de la Ley de Justicia y Paz, “sin que sea necesario que la víctima identifique a un individuo en especial”¹⁸.

En el curso del procedimiento especial al que aluden estas reflexiones la víctima tiene derecho a expresar su propuesta de reparación, a presentar, recibir y debatir fórmulas conciliatorias, a ofrecer pruebas y a impugnar (cuando lo decidido se integre al fallo) lo resuelto en la providencia que le pone fin al incidente.

En el otro extremo de la relación se encuentra el acusado, con todas las facultades que se desprendan de la naturaleza del trámite incidental. Es decir, tiene la posibilidad de ofrecer respuesta a las pretensiones de la víctima, contraproponer, y, en caso de que la conciliación resulta fallida, oponer sus pruebas a las presentadas por el incidentante. Cuando esté inconforme con lo resuelto por la Sala podrá impugnar la determinación, una vez que ésta se haya integrado a la sentencia.

Otra de las personas legitimadas para actuar dentro del incidente es el Director de Acción Social, quien por ministerio de la ley (art. 56, num. 1º de la Ley 975 de 2005) entre las funciones que tiene que realizar está la de “liquidar y pagar las indemnizaciones judiciales de que trata la Ley 975 de 2005”¹⁹.

¹⁷ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto, Rad. 29240 de 21 de abril de 2008, M.P.: Javier Zapata Ortiz; en el mismo sentido Auto, Rad. 28769 de 11 de diciembre de 2007, M.P.: María del Rosario González de Lemos.

¹⁸ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto, Rad. 29240 de 21 de abril de 2008, M.P.: Javier Zapata Ortiz.

¹⁹ Bueno es advertir que la norma original agregaba que tal función debería cumplirse “dentro de los límites autorizados en el Presupuesto Nacional”, pero en buena hora la Corte Constitucional declaró inexecutable este aparte de la norma, con las siguientes razones:

El artículo 54 de la normatividad en cita dispone en su inciso segundo que el Fondo para la Reparación a las Víctimas, “*estará integrado por los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la presente ley, por recursos provenientes del Presupuesto Nacional y donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras*”.

Estos son suficientes motivos para que el Director de Acción Social, en su condición de ordenador del gasto del Fondo para la Reparación de las Víctimas, pueda ser citado para comparecer al incidente, a solicitud de la víctima, el imputado o su defensor, el fiscal que haya conocido del caso o el ministerio público.

No cabe, en consecuencia, incertidumbre en cuanto a que no siempre debería intervenir en el procedimiento aludido el Director. Ello solo tendría ocurrencia cuando los atrás mencionados estimen que no son suficientes los recursos ofrecidos por el acusado (cabe aquí el paréntesis para señalar que, conforme lo va indicando la experiencia judicial, los bienes y recursos en general entregados por los procesados y los grupos ilegales a los que pertenecían son insuficientes para garantizar la adecuada reparación de los

“En otras palabras, la norma que se estudia permite que la materialización de un derecho cierto y reconocido judicialmente –v.gr. el derecho a recibir una indemnización decretada judicialmente en tanto elemento de la reparación por los daños sufridos en virtud de violaciones de los derechos humanos– quede sujeta a una contingencia posterior, consistente en que existan suficientes recursos dentro del Presupuesto Nacional para pagarla”.

“6.2.4.3.1.3. En criterio de la Corte, esta limitación es desproporcionada, y constituye una afectación excesiva del derecho de las víctimas a la reparación. Una vez que se ha ordenado, como consecuencia de un proceso judicial adelantado con las formalidades de la ley, que una persona que ha sido víctima de una violación de sus derechos humanos tiene derecho a recibir una «determinada suma de dinero en calidad de indemnización, se consolida a su favor un derecho cierto que no puede estar sujeto a posteriores modificaciones, mucho menos cuando éstas se derivan de la disponibilidad de recursos en el Presupuesto General de la Nación. Una vez se haya llegado a una decisión judicial sobre el monto de la indemnización a decretar para reparar los daños sufridos por las víctimas, ésta genera un derecho cierto que no puede ser modificado posteriormente por la Red de Solidaridad Social, en su función de liquidador y pagador de dichas indemnizaciones».

“6.2.4.3.1.4. Adicionalmente, el deber de reparar recae sobre el responsable del delito que causó el daño, de tal forma que el presupuesto general de la nación no es la única fuente de recursos para financiar el pago de las indemnizaciones judicialmente decretadas. La norma juzgada parecería eximir al condenado de su deber de reparar en cuanto al elemento de la indemnización.

“6.2.4.3.1.5. Lo anterior no significa que la disponibilidad de recursos públicos sea irrelevante o que la Comisión Nacional de Reparación y Rehabilitación pierda su facultad de fijar criterios para distribuir los recursos destinados a la reparación (artículo 52.6). Lo que sucede es que el derecho cierto no se puede desconocer en virtud de los recursos disponibles en una determinada vigencia fiscal. Las limitaciones presupuestales justifican medidas de distribución equitativas y temporales de los recursos escasos, pero no el desconocimiento del derecho judicialmente reconocido, situación diferente a aquella en la cual se puede encontrar quien no cuenta a su favor con una providencia judicial específica que ya haya definido el monto de la indemnización a que tiene derecho”.

damnificados. Aunque no debiera ser así, esa es la tozuda realidad. En consecuencia, muy escasos o inexistentes serán los casos en que no tenga que citarse al Director de Acción Social).

Una vez citado el Director adquiere la calidad de “parte” en el incidente, y en cuanto implique disposición de los recursos del Fondo podrá participar en el trámite conciliatorio y en el debate probatorio, si acaso no resulta próspero.

Como el Fondo puede resultar afectado, sería absurdo que al ordenador del Gasto no se le diera la oportunidad de encausar su inconformidad con lo decidido, y en consecuencia está legitimado para hacer uso de los medios de impugnación, en caso de la apelación que deberá interponerse, solo para los fines de reparación, contra el fallo que debe contener la decisión del incidente.

Conviene recordar que la Corte Constitucional estableció un claro orden de afectación de recursos, de modo que el Estado solo concurre a la reparación de modo residual. Así se pronunció:

La observación del principio de reparación exige la observancia de un orden en la afectación de los recursos que integran el fondo. Así, los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores. Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos. El Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización al que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes²⁰.

Por su parte, el Ministerio Público está expresamente habilitado para intervenir en toda actuación procesal de Justicia y Paz en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, todo con sujeción al precepto superior que se encuentra en el artículo 277 de la Constitución Nacional. Podrá, entonces, intervenir para constatar y certificar el cumplimiento del debido proceso.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

Tanto el fiscal como el agente del ministerio público pueden propiciar la iniciación del incidente de reparación integral, pero siempre cumpliendo la voluntad que en tal sentido exprese la víctima.

La jurisprudencia ha tenido que ocuparse de otra situación en la que cumple un importante papel el Ministerio Público. Se trataba de fijar los alcances de la norma contenida en el artículo 8° del Decreto 3391 de 2006, que a la letra reza:

Se garantiza la oportunidad de participación judicial de las víctimas desde el inicio de los procesos que se surtan contra los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley en el marco de la Ley 975 de 2005, con el fin de que hagan efectivos dentro de los mismos sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Para tal efecto, de conformidad con las instrucciones que para salvaguardar la participación judicial de las víctimas imparta el Procurador General de la Nación en desarrollo del artículo 118 de la Carta Política, la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación emplazará públicamente a las víctimas indeterminadas de las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se encuentren postulados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 2898 de 2006, a fin de que participen y ejerzan sus derechos dentro de los procesos penales que se adelanten de conformidad con la Ley 975 de 2005. En caso de no comparecencia, el Ministerio Público, atendiendo las directrices impartidas por el Procurador General de la Nación, garantizará su representación en los correspondientes procesos.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 3 de octubre de 2008, Exp. 30442, con ponencia del magistrado Alfredo Gómez Quintero, precisó que la aludida representación le corresponde a la Procuraduría y que tiene que ver exclusivamente con las víctimas indeterminadas²¹.

²¹ Dijo la Corte: “El mandato legal da cuenta de dos obligaciones especiales, una a cargo de la Fiscalía y otra a la Procuraduría; en el primer caso la Fiscalía General de la Nación debe citar públicamente a las víctimas indeterminadas de las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, que el Gobierno Nacional haya postulado como candidatos al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005, para que participen y ejerzan sus derechos.

“Y en el evento que esas víctimas no comparezcan, el Ministerio Público tiene la obligación especial de garantizar su representación en el correspondiente proceso. Obviamente la garantía que brinda la Procuraduría en esos casos es en relación con las víctimas indeterminadas que no han hecho valer su condición de tales, de conformidad a lo establecido en el artículo 3° del Decreto 315 de febrero 7 de 2007. Porque si las víctimas comparecen, tienen derecho a acceder en forma personal y directa o a través de apoderado a las diligencias que se desarrollen en todas las etapas procesales, particularmente a la audiencia preliminar de formulación de imputación, que es el escenario a partir del cual procede la adopción de medidas cautelares”.

Resulta razonable considerar que en la hipótesis aludida, si gracias a la actividad del ministerio público la víctima indeterminada se convierte en determinada y comparece al proceso, tiene toda la facultad para desplazar a quien lo estaba representando y actuar personalmente o mediante apoderado.

Si la indeterminación subsiste hasta el incidente de reparación integral, no se ve cómo pudiera el ministerio público presentar una propuesta de reparación individual. La simple substracción de material lo impediría. Si se ignora quién es la víctima tampoco puede conocerse el daño que se le causó y menos la intensidad de él.

En cambio parece sensato que el ministerio público, demostrada la existencia de afectación a un derecho colectivo, caso para el cual no se requiere la individualización de las víctimas, pueda representarlas en el incidente en procura de una reparación colectiva.

4. Prescripción y extinción de la acción

La acción reparatoria que en este trabajo se está estudiando tiene como origen y fundamento la comisión de un hecho delictivo, es decir, que si no se ha resuelto la responsabilidad penal del procesado, tampoco se puede definir su responsabilidad indemnizatoria.

De ese modo, mientras esté vigente la acción penal también lo está la aspiración de reparación de la víctima.

El artículo 99 del Código Penal, Ley 599 de 2000, establece:

Art. 99. Extinción de la acción civil. La acción civil derivada de la conducta punible se extingue por cualquiera de los modos consagrados en el Código Civil. La muerte del procesado, el indulto, la amnistía impropia, y, en general las causales de extinción de la punibilidad que no impliquen disposición del contenido económico de la obligación, no extinguen la acción civil”.

Las formas de extinguir las obligaciones son, según el art. 1625 del Código Civil:

1. “Por la solución o pago efectivo.
2. ”Por la novación.
3. ”Por la transacción.
4. ”Por la remisión.
5. ”Por la compensación.

6. *"Por la confusión.*
7. *"Por la pérdida de la cosa que se debe.*
8. *"Por la declaración de nulidad o por la rescisión.*
9. *"Por el evento de la condición resolutoria.*
10. *"Por la prescripción".*

Según MARTÍNEZ RAVE, no todas estas causales son aplicables a la acción civil que se adelanta en el proceso penal, por sus particularidades. Precisa que no son aplicables la remisión, la confusión, la pérdida de la cosa, la nulidad y la condición resolutoria. Sí lo son la transacción, la novación, la compensación, la prescripción y la conciliación²².

En este punto conviene hacer referencia a que, según normas internacionales que Colombia está en el deber de acatar, la acción penal relativa a algunos delitos es, dada su naturaleza grandemente lesiva, imprescriptible (el genocidio, la desaparición forzada, la ejecución extrajudicial).

Aquí puede encontrarse un punto de fractura entre la legislación interna y la internacional, pues no resuelven el punto de la misma manera, y, claro, la solución tiene que darse bajo la consideración de la preeminencia de ésta por mandato superior referido al bloque de constitucionalidad.

Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia, en providencia de 29 de septiembre de 2009, se ha pronunciado del siguiente modo:

Tres son, entonces, las conclusiones que se extraen de lo dicho por la Corte Constitucional:

- (i) Acorde con nuestra Carta constitucional en ningún caso puede predicarse imprescriptibilidad de la pena impuesta; ni siquiera en tratándose de delitos de lesa humanidad.*
- (ii) Es perfectamente factible que algunos delitos, particularmente los de lesa humanidad, gocen de la posibilidad de que su investigación sea imprescriptible.*
- (iii) Empero, cuando respecto de esos hechos ya existe una persona individualizada y formalmente vinculada al proceso (no basta con el cumplimiento de una sola condición, vale decir, se tienen que conjugar la individualización y la formal vinculación, para que se repunte existente el derecho del procesado) respecto de ella no opera la imprescriptibilidad.*

²² MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO. *Procedimiento Penal Colombiano*. 11ª ed. Bogotá: Edit. Temis, p. 114.

Es factible, entonces, que un delito de lesa humanidad reporte como tal la condición de imprescriptibilidad en su investigación, pero acerca de personas indeterminadas – individualizadas y formalmente vinculadas– exija el cumplimiento de los términos de investigación y juzgamiento. Debe agregarse, eso sí, como lo señaló el alto Tribunal Constitucional que en los casos de delitos permanentes –como la desaparición forzada–, ese término prescriptivo no corre hasta que se sepa el destino del desaparecido, porque de acuerdo con el artículo 84 del Código Penal la prescripción debe contarse “desde la perpetración del último acto”.

Desde luego, reitera la Corte que esos fundamentos perfectamente son válidos para atender en el caso concreto la evaluación de cualquier delito de lesa humanidad y los efectos que sobre el mismo pueda traer la prescripción de la acción penal y la pena”.

De lo anotado puede colegirse que mientras esté vigente la acción penal, lo estará la posibilidad de reparación, ya que ésta es una consecuencia de aquélla.

5. Trámite del incidente de reparación integral

5.1 Solicitud y citación al incidente

Como ya se advirtió anteriormente, el trámite del incidente de reparación integral solo puede iniciarse a solicitud de la víctima, del fiscal del caso, o del ministerio público a instancias de aquélla.

Esta es ocasión propicia para insistir en que lo que atañe a las aspiraciones de reparación de la víctima constituye un derecho personalísimo de ella, y del cual puede disponer según su conveniencia; no existe la posibilidad jurídica de que la tramitación se inicie oficiosamente, o por voluntad autónoma del fiscal o del ministerio público, a menos que se trate de solicitar la reparación colectiva. Baste tan solo considerar que si el perjudicado puede válida y legítimamente renunciar a la vía penal para ser resarcido y escoger en cambio la civil o la administrativa, nadie y por ninguna razón puede suplantarle en ese derecho.

Coincidente con este modo de pensar parecen estar los autores del *Manual de Procedimiento para la Ley de Justicia y Paz*, cuando anotan:

Con todo, da la impresión de que el propósito de las disposiciones precedentes no es otro que el de facilitar, la ingente medida, la tarea de las víctimas en punto de la reparación, sin que al parecer exista ninguna posibilidad de que el juez pueda, oficiosamente, imponer condena alguna por perjuicios. Ello, porque tal como arriba se anotó, la única

*vía procesal actualmente existente –tanto en el CPP como en la LJP– para conferirle certeza y concreción a la pretensión indemnizatoria es la del incidente de reparación integral, que solo puede ser promovido por la víctima o por los respectivos fiscal o agente del Ministerio Público, a instancia de ella*²³.

5.2 Oportunidad para realizarlo

- a) El Incidente de Reparación Integral podrá proponerse en la misma Audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial declare la legalidad de la aceptación de cargos, cuando se ha identificado plenamente al sujeto activo responsable de las conductas punibles. En la misma ocasión y una vez presentada la petición, la Sala abrirá el incidente y convocará a audiencia pública dentro de los 5 días siguientes.

Pero resta averiguar si ésta es la única oportunidad en la que se le es permitido a la víctima dar a conocer su deseo de reparación y, por consiguiente, propiciar el inicio del procedimiento especial referido.

Si se revisa la normatividad del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) que regula similar instituto, puede constatar que allí se establece un término de caducidad de 30 días después de haber quedado en firme el fallo condenatorio. El artículo 106 (modificado por el artículo 89 de la Ley 1395/2010) textualmente reza:

***Caducidad.** La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca en treinta (30) días después de haber de haber quedado en firme el fallo condenatorio.*

En la Ley de Justicia y Paz no existe normatividad equivalente, es decir, una que señale un término a cuyo vencimiento caduque el derecho a las víctimas a propiciar el comienzo del trámite incidental.

Si como ya se dijo, es evidente la Ley 975 de 2005, en lo atinente al incidente de reparación integral, tuvo como fuente el Capítulo IV del Título II del Código de Procedimiento Penal, es lógico preguntarse si por alguna razón válida el legislador de justicia y paz se propuso deliberadamente tomar distancia del modelo inspirador. Pero por más que se busque tal recóndito motivo, no se lo encuentra. Al contrario, una hipótesis semejante resulta de veras absurda amén de inequitativa, pues en tal caso lo que realmente ocurriría es que habría desaparecido el término de caducidad, lo cual riñe con una razonable hermenéutica.

En el mismo orden de argumentación, cabría preguntarse cuál sería la razón para tan disímil tratamiento, en notorio perjuicio de las víctimas en el marco de la Ley de Justicia y Paz, y téngase en cuenta que en estos procesos transicionales generalmente

²³ Op. cit. VARGAS, ÁLVARO y LÓPEZ, CLAUDIA (Coord.) et al. *Manual de Procedimiento de Justicia y Paz*. Ob. cit., pp. 309 y 310.

se trata de hechos tan graves como complejos, con un gran número de víctimas, lo que justificaría con mucha más razón que en el procedimiento ordinario, el establecimiento del término de caducidad.

En consecuencia, tiene que llegarse a la ineludible conclusión de que se trató de un claro olvido del legislador que crea un vacío cuya persistencia constituiría una violación latente de los derechos de las víctimas, razón por la cual hay que sustituirlo por un contenido procesal razonable.

Por lo tanto, atendiendo la teleología de la Ley 975 de 2005 (que entre sus principales objetivos tiene el de la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación) y por remisión autorizada por ella misma y por sus normas reglamentarias, creemos que ha de entenderse que el término de caducidad es el mismo al que se refiere el artículo 106 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el art. 89 de la Ley 1395/2010), es decir, el de 30 días que aquí se contará a partir de la audiencia de la aceptación de los cargos.

- b) Otro caso merecedor de consideración es aquel que se refiere a la posibilidad de reparación a pesar de que no se ha podido individualizar al sujeto activo del delito y por lo tanto del daño.

En efecto, nos referimos a la hipótesis que trae el artículo 42, inc. 2 de la Ley de Justicia y Paz, que obliga a abrir el Incidente de Reparación en cualquier fase del proceso penal ante los Magistrados de Justicia y Paz, en el evento en que no haya sido posible individualizar al sujeto activo, pero se tenga certeza sobre el daño ocasionado y el nexo de causalidad con las actividades del GAOML, pues de acuerdo con la ley también surge el deber a cargo del Fondo de Reparación²⁴ de reparar los denominados “(...) daños anónimos, es decir aquellos respecto de los cuales no ha sido posible individualizar al sujeto activo (...)”²⁵.

En Colombia no son escasos los episodios en los que los supuestos de hecho anotados se den. Al contrario, en muchos ello debe haber ocurrido, precisamente porque los patrones delictivos eran los de la irrupción de los delincuentes organizados en poblaciones y caseríos, muchas veces al amparo de las sombras o enmascarados, para cometer toda clase de gravísimos crímenes. En consecuencia, la imposibilidad de individualización del victimario respecto de un determinado delito no debió ser exótica, sino más bien corriente.

En consecuencia, habría entrañado una gran injusticia que en los anotados supuestos se hubiese hecho nugatoria la posibilidad de reparación. Ello porque, en primer lugar,

²⁴ Véase Ley 975 de 2005, art. 42.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, numerales 6.2.4.4.10.

tal como ha dicho con insistencia la Corte Suprema de Justicia, lo que le da sentido y razón de ser al proceso de justicia y paz es la sistemática comisión de crímenes por parte de organizaciones armadas ilegales, en el marco de desmovilización colectiva o individual. De modo que los fenómenos delictivos distintos, aun aquellos relativos al concurso de personas en el delito que no tengan la particularidad anotada, son extraños a esta especie de justicia transicional²⁶.

Por el mismo motivo es del todo razonable que la Corte Constitucional (en la ya citada Sentencia C-370 de 2006) haya establecido que los integrantes del respectivo bloque o frente al que pertenecía el procesado deben responder solidariamente por los perjuicios causados por el delito de éste que, por supuesto, es el delito del grupo ilegal. Es más, el delito del procesado, para los fines de justicia y paz, solo interesa en tanto es delito del bloque o frente. Si no es así, sencillamente es el procedimiento ordinario el destinado a investigar y juzgar el caso.

De lo expuesto hay que concluir que la indeterminación de la autoría no puede ser óbice para que se logre el resarcimiento de los perjuicios, siempre y cuando no exista duda sobre su existencia y monto, amén de la relación de causalidad con el accionar del grupo ilegal que está recibiendo los beneficios de la ley.

Sobre el tema se ha pronunciado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia, como cuando en el Expediente 29642, el 23 de mayo de 2008, con ponencia de Yesid Ramírez Bastidas, dijo:

Ha tenerse en cuenta que cuando existe un postulado que ha aceptado la responsabilidad de un crimen ejecutado como parte de la estrategia del grupo armado ilegal, bajo ninguna circunstancia se pueda dar inicio al incidente de reparación integral en forma previa a la audiencia de legalización de la aceptación de cargos, y si las víctimas reclaman la apertura del incidente éste debe ser rechazado in limine, sin necesidad de celebrar una audiencia para declarar su improcedencia.

²⁶ En la providencia de segunda instancia de Justicia y Paz del 31 de julio de 2009, Exp. 31539, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán, precisó “En el marco de la regulación normativa de la Ley 975 de 2005, las actividades delictivas objeto de atribución responden a fenómenos propios de la criminalidad organizada, cuya ejecución y consumación se dinamiza en el contexto de la concertación interna de cada bloque o frente. Bajo este presupuesto, la construcción de la verdad histórica debe tener como punto de partida el esclarecimiento de los motivos por los cuales se conformó la organización ilegal, las cadenas de mando, el modelo delictivo del grupo, la estructura de poder, las órdenes impartidas, los planes criminales trazados, las acciones delictivas que sus integrantes hicieron efectivas para el logro sistemático de sus objetivos, las razones de la victimización y la constatación de los daños individual y colectivamente causados, con miras a establecer tanto la responsabilidad del grupo armado ilegal como la del desmovilizado”.

En el sub examine es incierta la determinación de responsabilidad penal y la misma no ha sido reconocida individual ni colectivamente por personas que pertenecieron a las AUC. Hasta el momento no existe información que permita inferir que los delitos por los cuales reclaman las incidentalistas tengan como sujetos responsables a desmovilizados-postulados...

Es cierto que el pago de la indemnización puede ser asumido por el Fondo de Reparación en aquellos casos en los que no se individualice al autor material de las conductas delictivas causantes del agravio, pero en tales situaciones también es imprescindible, además de acreditar el daño, probar su nexo causal con la actividad desplegada por el grupo armado ilegal que se haya desmovilizado, individual o colectivamente, supuesto necesario para identificarlo como beneficiario de la Ley 975 de 2005, circunstancias que como ya se precisó y hasta ahora, no tienen lugar dentro de este expediente...

La Sala resalta que para poder reclamar ante los Tribunales de Justicia y Paz una indemnización o buscar la reparación integral de los perjuicios o daños recibidos por cuenta del accionar de los grupos armados ilegales es imprescindible (i) que se identifique o individualice el bloque o frente responsable del agravio, (ii) que exista relación causal entre el concierto para delinquir del grupo y el daño producido, (iii) que la banda se haya desmovilizado y sus miembros estén postulados a los beneficios consagrados en la Ley 975 de 2005; y (iv) que se agoten los procedimientos de ley por parte de la Fiscalía para individualizar al responsable o informe que no lo pudo hacer, para que sea viable la apertura del incidente de reparación.

Resta definir entonces cuál es el procedimiento para acceder a la reparación cuando se dan los supuestos de hecho a los que se refiere la parte final del artículo 42 de la Ley de Justicia y Paz.

Se ha planteado la posibilidad de que en tal situación la petición de la víctima se tramite directamente en un incidente de reparación integral “especial”, es decir adelantado exclusivamente con tal propósito y al margen de cualquier proceso.

En este trabajo se sostiene que es imprescindible que la petición referida se tramite en el proceso que curse contra el grupo (frente o bloque)²⁷ o contra un individuo a

²⁷ En este punto conviene resaltar la propuesta de la Corte Suprema de Justicia, cuando en la providencia dictada dentro del proceso que cursa contra Gian Carlo Gutiérrez el 21 de septiembre de 2009, Rad. 32.022 con ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, aludió a la conveniencia de investigar a los bloque o frentes, en los siguientes términos: “Así, bajo el reconocimiento de estas realidades, puede pensarse que las acusaciones futuras en el trámite de justicia y paz se hicieran, en la medida de lo posible, bajo el contexto de un destinatario colectivo de la

él perteneciente. La ley (artículo 42 de la Ley 975 de 2005) alude expresamente a conductas punibles, a la existencia de un daño y al “nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley”. Con ello está de nuevo destacando que al proceso de justicia y paz no le interesa la criminalidad individual sino la realizada por los grupos ilegales.

Por otra parte, para el cumplimiento de las finalidades de este especial procedimiento transicional no basta, ni mucho menos, con averiguar el proceder delictivo individual del postulado, sino que es preciso ubicarlo en el contexto del plan criminal de la organización criminal. Acaba de citarse a la Corte Suprema de Justicia en su demanda de construcción de la verdad histórica que incluya los motivos de conformación del grupo ilegal, sus cadenas de mando, modelo delictivo, estructura de poder, órdenes impartidas, planes criminales, razones de la victimización, constatación del daño individual y colectivo, en fin, la responsabilidad del grupo armado ilegal.

Pues bien: estos claros e ineludibles objetivos no podrían lograrse exclusivamente en el muy estrecho marco de un incidente de reparación integral. Bueno es decir con énfasis que el de justicia y paz no puede ser un procedimiento destinado solamente a la reparación. Esta es, obviamente, una de sus principales finalidades, pero siempre unida a las restantes de verdad y justicia. Pero como además la norma alude al nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal, tendrá necesariamente que reconstruirse esa verdad histórica conforme lo ya advertido, y demostrarse que el delito en particular cuyo autor no ha podido individualizarse es atribuible a un bloque o frente determinado, que es un delito del grupo.

Si se procesa al grupo según recomendación de la Corte Suprema, con la participación de todos los sujetos procesales, tendrá que descubrirse el preciso desarrollo de su plan criminal, incluido el delito cuya autoría material permanece en el anonimato.

Si el proceso cursa individualmente es, por supuesto, perfectamente viable que se busque el resarcimiento cuando aquel se refiera a algún cabecilla, responsable directo como es de los crímenes cometidos por sus subordinados.

Pero aun es posible intentarlo en el proceso que curse contra cualquier integrante del grupo perpetrador del delito, en virtud de la propia naturaleza del proceso de Justicia

acción penal, por ejemplo, a nivel de frente o de bloque, siempre, claro está, que previamente se hayan individualizado, a través de su desmovilización y respectiva confesión, los miembros de esa agrupación y se contextualizaren los hechos como consecuencia del ideario del bloque, permitiendo así la vinculación de los comandantes y mandos medios del mismo”.

y Paz, tal como se ha dicho con insistencia a lo largo de este estudio y por razón del principio de solidaridad.

El supuesto del inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005 no escapa a la estructura general de la ley, que ata de modo indisoluble la reparación al delito. Insístase, no puede haber proceso de justicia y paz para solo atender pretensiones de reparación.

Si ello es así, entonces el trámite incidental, con un diseño procesal destinado a unos objetivos también concretos, no puede habilitarse improvisadamente para recibir un contenido no solo superior a su capacidad, sino también extraño a su esencia. Dicho de otro modo, el incidente aludido sirve para precisar los perjuicios, pero no para la construcción de la verdad histórica, empezando por la demostración del vínculo causal entre la conducta causante del agravio y el accionar del grupo delictivo. Se crearía de ese modo un híbrido que la ley ni su desarrollo jurisprudencial toleran.

Así, pues, la reparación a la que hace alusión el inciso final del artículo 42 de la Ley 975 de 2005 solo puede lograrse en el trámite incidental del proceso penal que curse contra el frente o bloque, o contra uno de sus integrantes, siempre que no exista duda en cuanto al delito cuyo “sujeto activo” no se haya logrado individualizar.

Una breve consideración final sobre el tema: procesalmente hablando, el incidente siempre es accesorio y accede a lo principal. No puede existir incidente sin proceso. En consecuencia, un incidente en el vacío procesal no parece tener mucho sentido.

5.3 Causales de rechazo de la pretensión

Preceptúa el inciso tercero del artículo 23 de la Ley de Justicia y Paz, que es deber de la Sala correspondiente examinar la pretensión de la víctima, que solo puede ser rechazada si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y ésta fuere la única pretensión formulada.

En cuanto a lo primero, dígase que debe ser ostensible, clara e inequívoca la ausencia de tal calidad. En caso de duda lo que se hace aconsejable es que se dé inicio al trámite incidental y que se nieguen las pretensiones de reparación si quien se presenta como víctima no logra demostrarlo.

Lo que ordinariamente debe ocurrir, de conformidad con lo anotado en párrafos precedentes, es que por la actividad de los servidores públicos que intervienen en el proceso (de modo preponderante por la fiscalía) y de la propia víctima, al incidente de reparación integral debe arribarse no solo con plena claridad sobre las conductas punibles por las que se ha acusado al procesado, sino sobre los daños que ellas ocasionaron y

sobre las personas que resultaron perjudicadas con las mismas. En tales condiciones bastará una solicitud de la víctima en la que de modo claro pida la iniciación del trámite incidental para que la Sala lo ordene.

Puede ocurrir que un procesado haya confesado un delito determinado por el que finalmente se le ha formulado acusación que ha sido sometida a los controles legales y que solo entonces comparece al proceso alguien con pretensiones de reparación, siendo que hasta ese momento procesal no ha sido identificado como víctima.

En la hipótesis de que realmente lo sea, siempre quedará la inquietud sobre la existencia de alguna falencia procesal, aunque la explicación puede encontrarse llanamente en la complejidad de los hechos de Justicia y Paz y a sus dificultades investigativas.

De todos modos, en el caso del ejemplo no parece que quede alternativa diferente a que se destine precisamente la oportunidad procesal del incidente al que aluden estas notas para que el compareciente demuestre la existencia y cuantía de los daños que dice haber recibido, en los términos probatorios a los que se hará referencia en el capítulo siguiente.

Insístase, no obstante, en que tal no es un escenario procesal deseable y en que el trámite incidental debe ser, en lo posible, de conclusiones, de cuantificaciones.

Si existiese alguna duda, la Sala debe resolverla a favor de la víctima, porque todo el contexto normativo y jurisprudencial en el que ha de desarrollarse el proceso clama una especial protección para las víctimas, con quienes no se debe ser exigente en demasía como para negarle la entrada a la fase procesal, la que está destinada, ella sí, a la demostración de los perjuicios en los términos que se precisarán posteriormente.

En cuanto a la segunda causal de rechazo, es conveniente recordar que el indemnizatorio es solo uno de los componentes de la reparación, y que ésta incluye además medidas como las de rehabilitación y satisfacción.

En tal orden de raciocinio, es perfectamente posible que el damnificado opte por reclamar la integridad de la reparación o solo alguno de los elementos que la integran.

Cuando busca solamente objetivos indemnizatorios, y en efecto se ha producido el pago efectivo, entonces procede el rechazo de la pretensión, porque ya el incidente carecería en absoluto de sentido.

Esta decisión que debe ser debidamente motivada es de suyo importante para su destinatario, porque llanamente la deja marginada de la posibilidad de ser resarcida por la vía que se comenta. En consecuencia, como no se trata de una decisión que le ponga

fin a la instancia o al incidente, pero que sí es completamente determinante para el afectado, admite el recurso de reposición y el de apelación.

Este espacio puede ser propicio para advertir sobre una dificultad mayúscula que puede presentarse en la tramitación del proceso de Justicia y Paz, y que tiene, por supuesto, que ver con las víctimas: ¿Cuál sería la conducta procesal a seguir cuando al incidente de reparación comparece una persona que se dice víctima de un delito cometido por el procesado, pero que no está incluido entre los imputados y, por supuesto, tampoco en el pliego de cargos?

Hay que suponer que en el caso del ejemplo el proceso se acomodó a las directrices trazadas por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que debe procurarse que las imputaciones y los cargos deben cubrir la totalidad de las conductas delictivas atribuidas al procesado.

Empero, cuando se trata de hechos tan intrincados y complejos como los ocurridos en el marco del conflicto y protagonizados por bandas criminales armadas que delinquen sistemáticamente en amplias zonas del país, siempre quedará la posibilidad de que algún delito escape a la memoria del procesado o la tarea investigativa de los servidores públicos.

Una propuesta podría ser la de suspender el proceso “mayor”, contenido de la generalidad de los cargos y que establece una buena reconstrucción de la verdad histórica, mientras se investiga el delito hasta ese momento ignorado y se pone en condiciones de acumulación para ser decidido conjuntamente con el primero.

Esta solución, que en principio consulta la línea jurisprudencial de la Corte Suprema, tiene el grave inconveniente de la dilación, que puede tornarse indefinida si se toma en cuenta la posibilidad de que la situación del ejemplo se repita, lo cual en la teoría y aún en la práctica puede ocurrir.

Ante tan dilemático tema, desde este trabajo se invita a auscultar la posibilidad de recurrir a la remisión autorizada por la Ley de Justicia y Paz y aplicar la norma reguladora del instituto de la acumulación jurídica, artículo 470 de la Ley 600 de 2000, que reza:

Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de conductas punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente cuando se hubieran proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer.

No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya

ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviera privada de la libertad.

No sobra anotar que el texto transcrito es del todo coincidente con el contenido en el artículo 186 de la Ley 906 de 2004.

No se trataría, es casi una obviedad decirlo, de revivir por la puerta falsa las imputaciones parciales y sí de atender las claras directrices trazadas por la Corte Suprema de Justicia, a las que se ha hecho amplia referencia en otro aparte de este estudio, especialmente en las providencias de segunda instancia del 31 de julio de 2009 en el proceso que cursa contra Wilson Salazar Carrascal y 21 de septiembre de este mismo año en el proceso que se le sigue a Gian Carlo Gutiérrez.

La medida sería de veras excepcional y tendría como consecuencia que el proceso de mayor cobertura no se paralizaría, pudiendo llegar incluso a su fase de ejecución y a él para efectos de acumulación accedería, eventualmente, el nuevo proceso.

5.4 Conciliación en relación con la pretensión

Lo atinente a la conciliación está regulado en la norma (inciso final del artículo 23 de la Ley de Justicia y Paz) de la siguiente manera:

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

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

Como la reparación es un derecho del cual puede disponer su titular, entonces el trámite incidental en justicia y paz (y también en la Ley 906 de 2004) incluye la posibilidad de conciliación²⁸.

²⁸ Conforme a la Ley 906 de 2004 (art. 103, modificado por la Ley 1395/2010, art. 87), la conciliación constituye uno de los mecanismos de justicia restaurativa a través del cual víctima y ofensor acuden ante un tercero imparcial

Nótese que el párrafo 1º, transcrito anteriormente, autoriza la citación al ordenador del gasto del Fondo para la Reparación a las Víctimas, a solicitud de ellas, del imputado o su defensor, del fiscal o del ministerio público. Obviamente tal comparecencia no puede tener fines procesales estériles, sino que ella obedece a la posibilidad de que intervenga activamente en la conciliación que puede traducirse en la recepción de la propuesta, en la formulación de contrapropuestas y de fórmulas transaccionales y en la posibilidad de llegar a acuerdos que comprometan los recursos del Fondo.

Téngase en cuenta que la Ley, de entrada, no hace obligatoria la asistencia del funcionario a todos los incidentes de reparación integral, sino solamente a aquellos a los que hubiese sido convocado conforme se ha precisado precedentemente. De todas maneras creemos que como los dineros entregados por los desmovilizados postulados procesados no serán suficientes, la presencia del Director de Acción Social casi será obligatoria en la mayoría de los incidentes en Justicia y Paz.

En la conciliación el procesado sólo puede comprometer sus propios recursos para reparar a la víctima; no puede comprometer recursos del Fondo de Reparaciones. Así las cosas, la conciliación pondrá fin al trámite cuando el victimario ofrezca reparar con sus propios bienes, y en esa medida no será necesario citar al Director de Acción Social, ni comprometer recursos estatales.

Pero en todos los demás casos, que serán la generalidad, según lo demostrado por la práctica judicial, el Director de Acción Social necesariamente tiene que ser convocado. Si no se procede de esta manera se generarían circunstancias absurdas e inequitativas como la del procesado que no ha entregado en absoluto ningún bien, porque, por ejemplo, alega que carece de ellos y en la conciliación acepta con largueza obligaciones que no las va a cumplir él sino que estarán a cargo del Fondo de Reparación.

En consecuencia, insístase, si no se trata de la hipótesis aludida previamente (de suficiencia de los recursos del procesado) la conciliación sólo es posible si en ella participa el Director de Acción Social.

(en este caso Magistrado de Conocimiento de la Sala de Justicia y Paz de Bogotá) a fin de lograr un acuerdo en que plasman compromisos orientados a superar el conflicto en el que están involucrados. El acto de conciliar consiste en armonizar intereses en principio divergentes, pero que pueden coincidir en un punto determinado, mientras la convergencia no implique la renuncia de un derecho fundamental en su núcleo esencia. Véase Corte Constitucional, Sentencia T-197 de 1995, citada por GONZÁLEZ NAVARRO, ANTONIO. *La justicia restaurativa y el incidente de reparación en el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Ed. Leyer, 2009, pp. 93-119.

5.5 La carga de la prueba

Según reza el artículo 1757 del Código Civil, incumbe probar las obligaciones o su extensión al que alega aquéllas o ésta. Y, en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aquellas de las partes que alegan en su favor los efectos de una norma corre con la carga de probar los supuestos de hecho de esa norma.

JAIRO PARRA QUIJANO define la carga de la prueba diciendo que:

Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos²⁹.

En principio, entonces, si quien se considera víctima reclama reparación, tendrá que demostrar (en los términos que serán precisados en el capítulo siguiente de este trabajo) que ha sufrido un daño, su naturaleza y su cuantía. No obstante, en este procedimiento de justicia transicional el Juez no puede manejar este principio general de la prueba, ni otros como el de necesidad, conforme a los criterios del proceso ordinario. En este tendrá que prestar especial atención a las particularidades del entorno fáctico, a la naturaleza altamente lesiva y sistemática de las conductas investigadas y juzgadas, a las dificultades de aportación y recaudo de pruebas derivadas precisamente de tal naturaleza, y sobre todo a los fines que busca la ley entre los cuales está el de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Caben aquí dos breves observaciones adicionales: la primera se refiere a que en el proceso de justicia y paz se requiere una concepción valorativa de la prueba que igualmente concuerde con la especial condición de su temática, con los objetivos de la Ley 975 de 2005 y con la interpretación sistemática con el bloque de constitucionalidad, tal como se argumentará con posterioridad.

La otra alude a que la carga de la prueba se cumple sin perder de vista otros principios generales de la prueba, primordialmente para el caso, el de la comunidad de la prueba, según el cual la prueba no pertenece a quien la llevó al proceso, pues una vez que hubiera ingresado a él, de ella pueden servirse los sujetos procesales.

²⁹ PARRA QUIJANO, JAIRO. *Manual de Derecho Probatorio*. 17ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda., 2009, p. 232.

En el caso concreto no importa si el daño y su tasación fueron establecidos gracias a la actividad de la víctima o de la fiscalía o del Ministerio Público, o del propio procesado, etc. Lo importante es que tales elementos de convicción obran en autos para que se les otorgue las consecuencias jurídico-procesales, que no serán otras que las que ordenen la reparación. Y téngase en cuenta que la Ley 985 de 2004 consagra, para todos los servidores públicos que intervienen en el proceso, el deber de procurar la demostración del daño y de buscar la reparación.

5.6 El contenido de la reparación integral y su integración en la sentencia

La reparación consiste en tratar de obtener que, a partir del reconocimiento de la dignidad de la víctima y de la demostración de que se le ha causado agravio por la comisión de hechos delictivos, se borren los efectos nocivos de éstos.

La naturaleza y el monto de la reparación tiene relación directa con los daños materiales y/o inmateriales que se hubieran causado, y tienen que ser los justos, es decir, que no pueden empobrecer a la víctima ni tampoco enriquecerla³⁰.

La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación señala que:

(...) la reparación, en un sentido amplio es un proceso que incluye todos los componentes de justicia transicional, es decir, la verdad, la justicia y la no repetición. Desde una perspectiva no acotada, la reparación es entendida como un proceso que busca dignificar a las víctimas mediante medidas que alivien su sufrimiento, compensen las pérdidas sociales, morales y materiales que han sufrido y restituyan sus derechos ciudadanos. En este sentido, el concepto de reparación con el que se identifica la Comisión asume la definición amplia de reparación que existe en el contexto del Derecho Internacional, en el cual el término se usa para designar toda aquella medida que puede ser utilizada para resarcir a las víctimas por los diferentes tipos de daño que hubieren sufrido como consecuencia de ciertos crímenes cometidos con ocasión del conflicto armado³¹.

Como ya se precisó en el capítulo anterior de este documento, el daño puede ser material e inmaterial. El primero comprende el daño emergente y el lucro cesante, y el segundo,

³⁰ PATIÑO GONZÁLEZ, MARÍA CRISTINA. “El derecho de la víctima a obtener reparación. Especial consideración a la Ley 975 de 2005”. En: *Revista Pensamiento Jurídico*. N° 17. Noviembre-Diciembre de 2006. Comentarios sobre la Ley de Justicia y Paz. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia, p. 178.

³¹ COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN. *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*. Artículo 52.6. Ley 975 de 2005, art. 16. Decreto 3391 de 2006, Bogotá, 2007, p. 19.

que recae sobre bienes y/o derechos no patrimoniales, comprende el daño moral y el daño a la vida de relación.

En cuanto atañe a las formas de reparar, es precisa la remisión a lo expuesto en el capítulo que trata de la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición.

En lo que hace relación a la integración de lo decidido en el incidente de reparación con la sentencia, dígase lo siguiente:

Conforme lo manda el artículo 23 de la Ley de Justicia y Paz en su inciso 4º,

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

Los dos sentidos de la decisión a que alude la parte final de la norma transcrita se refieren, obviamente, al que deviene de la conciliación por una parte, o al que es producto de lo probado en el incidente, por la otra. Lo que dice la norma permite concluir que el trámite incidental, incluyendo el proveído que lo decide, no puede existir de modo autónomo, sino que solo puede producir efectos jurídicos cuando se integra y hace parte indisoluble con el fallo de condena.

Para decirlo de otro modo, decidido el incidente de reparación integral, sus efectos jurídicos quedan en suspenso, mientras se dicta sentencia de condena y ésta adquiere firmeza. Si por cualquier razón esto último no ocurriese, tampoco podría, obviamente, cumplirse las decisiones tomadas en la providencia que puso fin al incidente.

Es precisamente lo que ocurrió con la decisión de la Corte Suprema de Justicia calendarada el 31 de julio de 2009, mediante la cual declaró la nulidad de la sentencia condenatoria que en primera instancia había dictado una sala de justicia y paz contra el procesado Wilson Salazar Carrascal.

Si se sostuviese que el incidente podía transitar por una vía procesal absolutamente autónoma, tendría que admitirse también que debería hacerse efectiva la reparación sin considerar que, como en efecto sucedió, el fallo condenatorio (base y fundamento de la reparación) podía sucumbir en segunda instancia.

5.7 Oportunidad para recurrir la decisión en relación con la reparación

De las razones que acaban de exponerse emerge con nitidez esta otra conclusión: el interviniente legitimado para impugnar lo relativo a la reparación solo puede hacerlo por la vía de la apelación de la sentencia de primer grado, de la cual hará parte integrante e indisoluble.

Se ha dicho, así mismo, que otra solución sería la de consolidar la decisión del incidente de modo separado, con el propósito de que la integración al fallo se cumpla cuando lo relativo a la reparación no tenga ya posibilidad de controversia. La consecuencia sería la de que la impugnación interpuesta contra la providencia decisoria del incidente se tramite y decida sin esperar a su incorporación al fallo.

Esta propuesta, que en principio parece ser aconsejable, cuando se estudia con mayor detenimiento, permite concluir que tiene mayor solidez y resulta de mayor conformidad con los precisos objetivos del proceso de justicia y paz la primeramente mencionada, es decir que aquella que condiciona la impugnación de los decidido en el trámite del incidente a su previa integración al fallo.

Como se ha venido sosteniendo en este estudio, la reparación en la Ley 975 de 2005 tiene como fundamento la responsabilidad penal. Con todo lo transicional y político de ella, la mencionada regula un proceso penal. En él la reparación emerge del delito. Este es la fuente de aquélla. Por lo tanto, la relativa autonomía que tiene el procedimiento incidental no puede convertirse en absoluta. Si a la Corte Suprema llega, por la vía de la alzada, solamente lo atiente al trámite indicado, sencillamente tendría una visión tan segmentada y distorsionada del caso que en la práctica no tendría elementos de juicio y de prueba para desatar lo recurrido. Sólo con la totalidad de tales elementos que están constituidos por toda la actuación procesal, por todo lo actuado y determinado, puede haber un pronunciamiento que consulte una realidad total y no apenas una fracción de ella.

Por otra parte, desde la celeridad y eficacia procesales hay que advertir que la propuesta de tramitar separadamente la apelación sembraría el camino procesal, de suyo complicado, de nuevos obstáculos, porque la emisión del fallo tendría que esperar a que se consolide el recurso, lo que se traduciría en grande dilación.

Así mismo, en la misma hipótesis no tendría sentido –ni mucho ni poco– que la Corte tenga que examinar doblemente unos mismos hechos: una vez para determinar la responsabilidad civil y otra para hacer lo mismo con la penal, y lo peor del caso, hacerlo como si se tratara de realidades distintas, siendo que son partes inescindibles de un todo.

Finalmente, debe decirse que contra la sentencia condenatoria proferida por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz que incorpora el incidente de reparación no es posible interponer el recurso de reposición. Únicamente el de apelación, que se interpone en la misma audiencia en que se profiera la decisión, y se concede en el efecto suspensivo ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Contra esta decisión de segunda instancia no procede el recurso de casación. Contra la sentencia condenatoria también se puede instaurar ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia una acción extraordinaria de revisión, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal³².

Conclusiones

- El objetivo del proceso de justicia y paz en materia de reparación es que se repare a quienes lo merecen (solo a ellos) y en la medida merecida (ni más ni menos).
- Para la iniciación del trámite incidental es necesaria la expresa petición de la víctima, excepto cuando no pueda concurrir al proceso por fuerza mayor o cuando la víctima sea un menor.
- La Sala que conozca del proceso es la competente para tasar los daños, sin perjuicio de la tarea de investigar no solo el delito sino el daño, que compete a la fiscalía.
- El incidente de reparación integral debe ser de definiciones, de concreciones. La hipertrofia del incidente puede dar al traste con todo el proceso.
- Pese a su gran importancia, el de reparación integral, como todo incidente, no tiene por finalidad decidir el objeto del proceso. Es accesorio y accede a lo principal, por lo mismo no es indispensable. Las víctimas pueden prescindir de él y recurrir a la vía civil o a la contenciosa administrativa, según el caso.
- El Director de Acción Social solo debe concurrir al incidente cuando sea citado por el Juez a solicitud de la víctima, el imputado o su defensor, el fiscal que haya conocido del caso o del Ministerio Público. Esto ocurrirá cuando los recursos ofrecidos por el procesado no son suficientes para efectos reparatorios. Aunque deberían serlo, la desafortunada realidad es que no lo son. En consecuencia siempre, o casi siempre, será indispensable convocar al Director de Acción Social.
- Los organismos de investigación del Estado deben descubrir los bienes ocultos de los GAOML para propiciar las pertinentes medidas de cautela y la extinción de dominio. No es justo que la sociedad, de suyo, gravemente damnificada por este tipo de criminalidad lesivo en grado sumo y además sistemático, soporte inequitativamente la mayor carga de la reparación, que primordialmente corresponde a los delincuentes.

³² Véase Ley 975 de 2005, art. 26.

- Como existe un inexplicable vacío en la Ley 975 de 2005 sobre el término de la caducidad, una hermenéutica razonable permite fijarlo en 30 días, el mismo del artículo 106 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el art. 89 de la Ley 1395 de 2010), al que puede recurrirse por remisión autorizada.
- En el supuesto del inciso final del artículo 42 de la Ley de Justicia y Paz (v. gr. que no se haya logrado individualizar al sujeto activo del delito, pero sí se ha individualizado el bloque o frente responsable del agravio; sea comprobado el daño y el nexo causal con las actividades del GAOML, y ese grupo armado ilegal se haya desmovilizado y sus miembros estén postulados a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz) es posible la reparación si se la solicita en cualquier proceso que curse contra alguno de los miembros del GAOML. No se puede tramitar la pretensión en incidente especial, por fuera del proceso, porque carecería de idoneidad para comprobar las actividades delictuales del grupo y el nexo causal. Además el incidente es siempre accesorio, que no autosuficiente.
- Para acreditar la condición de víctima y así tener acceso al proceso, aun desde sus más tempranas etapas, solo se requiere prueba sumaria. Distintas son las exigencias para la demostración del daño y su intensidad.
- El rechazo de la pretensión por carencia de la condición de víctima solo procede cuando tal supuesto es palmario. En caso contrario debe dársele curso a la petición. Si en las fases anteriores la condición de víctima ya está acreditada, bastará una simple solicitud de iniciación del trámite correspondiente.
- Cuando la víctima comparece tardíamente (al incidente de reparación, por ejemplo) a ejercer sus derechos por un delito que ni siquiera se ha imputado, el proceso que ha cubierto, en la medida de lo posible, toda la actividad delictual, no puede paralizarse. Se propone darle aplicación a la figura de la acumulación jurídica de penas, siempre que se den los supuestos de la norma (artículo 470 de la Ley 600 de 2000) aplicable por remisión.
- El procesado en la conciliación con la víctima solo puede comprometer sus propios recursos y no los fondos de reparación, integrados también con dineros provenientes del presupuesto nacional.
- En materia de reparación el principio de la carga de la prueba debe leerse no del modo tradicional, sino considerando las particularidades del proceso transicional, las dificultades de aportación y recaudo de pruebas y el objeto de la ley que comprende la garantía de los derechos de las víctimas.
- Decidido el incidente de reparación integral sus efectos quedan en suspenso mientras se dicta sentencia de condena y esta adquiere firmeza. Por lo mismo, lo resuelto en el incidente solo se puede impugnar a través del fallo, obviamente cuando aquello se haya incorporado a éste.

Capítulo IV

Régimen probatorio

1. Principio de la necesidad de la prueba

Este principio alude a que los hechos del proceso deben demostrarse mediante prueba legal, regular y oportunamente allegada. Indica también que está proscrita la formación de la convicción en el juez con fundamento en el conocimiento privado que de los hechos tenga. En materia penal, este principio se complementa con el de *in dubio pro reo*, según el cual frente a la insuficiencia probatoria la duda debe resolverse a favor del procesado.

El principio de necesidad de prueba parte de un cuerpo encaminado a darle sentido a la prueba, entre los cuales están el de oportunidad, el de pertinencia, el de libertad, el de publicidad, el de contradicción, el de la comunidad, el de intermediación, el de apreciación en conjunto etc.

Tratándose de sistemas de justicia transicional, y particularmente del proceso regulado mediante la Ley 975 de 2005, en lo concerniente a la reparación de las víctimas cabe preguntarse si tales principios y especialmente el de necesidad de la prueba conservan su vigencia.

El interrogante se justifica si se tiene en cuenta que el escenario indicado se caracteriza por la compleja urdimbre de graves hechos delictivos cometidos sistemáticamente por grandes organizaciones armadas que actúan ilegalmente. En este contexto, se sostiene que a las víctimas no se les puede exigir los mismos estándares que a quienes han sido damnificados en hechos delictivos que deben ser juzgados mediante los procesos penales ordinarios y que, por supuesto, no participan generalmente de las mentadas condiciones de aquéllos.

Válida es la inquietud, porque en la lacerante realidad colombiana la enorme conmoción social, familiar y personal que produce el actuar delictivo de los GAOML, el terror que se apodera de las comunidades afectadas, la ausencia institucional, la frecuente convivencia de los ilegales con la autoridad, el desarraigo forzado, entre otras

circunstancias lamentables, dificultan enormemente la posibilidad de que las víctimas aporten la prueba que requieren para la reparación.

Sin embargo no parece que las consideraciones (exactas y válidas) que acaban de hacerse lleven a desconocer el principio de la necesidad de la prueba, cuando de justicia y paz se trate. Si así fuese, podría entenderse que para tomar decisiones de responsabilidad penal o de reparación puede prescindirse por completo de la prueba, o que v. gr. las decisiones judiciales pueden sustentarse en el conocimiento privado del juez.

Como esto último resultaría de veras absurdo, lo que hay que concluir es que el aquí y el ahora, el triste y vergonzoso conflicto que soporta el país, obliga a que toda la normatividad, incluida naturalmente la atinente a la prueba, sus principios, su práctica y su valoración sean leídos no en vana abstracción jurídica, sino en clave de tal realidad y, como ordena la norma transcrita precedentemente, interpretada de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia, y también de la jurisprudencia nacional y de las Cortes Internacionales, legítimas intérpretes de dichos tratados.

Cabe, pues, concluir que en los procesos alusivos a la Ley 975 de 2005, rige el principio de la necesidad de la prueba, solo que tal “necesidad” debe ser desentrañada en el entorno de los hechos por los que allí se procede y con el sentido hermenéutico al que se ha hecho referencia antes.

Cuando la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley, mediante la Sentencia C-370 de 2006, no olvidó referirse a la necesidad de la prueba:

Las víctimas que demuestren haber sufrido un daño real, concreto y específico, así como sus familiares que cumplan los requisitos probatorios correspondientes, pueden hacer valer sus derechos (...).

2. Lo que debe probarse

Quizá no sobre advertir que la víctima como demandante de reparación debe demostrar que es quien ha sufrido un perjuicio con ocasión del daño causado, y para completar el ciclo habrá de demostrarse la relación de causalidad existente entre el perjuicio y la conducta criminal desplegada por el procesado, que a su vez debe haber ocurrido durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley, que debe haberse desmovilizado como consecuencia del proceso de paz.

2.1 La condición de víctima¹

La Corte Constitucional, al decidir acerca del examen de constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 5° de la Ley de Justicia y Paz, preciso:

la Corte Constitucional ha señalado que debe tenerse como víctima o perjudicado de un delito penal a la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó. Subraya la Corte que en las presunciones establecidas en los incisos 2 y 5 del artículo 5° se incluyen elementos definitorios referentes a la configuración de ciertos tipos penales. Así, en el inciso 2 se señala que la condición de familiar víctima se concreta cuando a la “víctima directa” “se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida”. Es decir, que los familiares en el grado allí señalado se tendrán como víctimas solo en tales supuestos. Esto podría ser interpretado en el sentido de que los familiares, aun en el primer grado establecido en la norma, no se consideran víctimas si un familiar no fue muerto o desaparecido. Esta interpretación sería inconstitucional por limitar de manera excesiva el concepto de víctima a tal punto que excluiría de esa condición y, por lo tanto, del goce de los derechos constitucionales propios de las víctimas, a los familiares de los secuestrados, de los que sufrieron graves lesiones, de los torturados, de los desplazados forzosamente, en fin, a muchos familiares de víctimas directas de otros delitos distintos a los que para su configuración exigen demostración de la muerte o desaparición. Esta exclusión se revela especialmente gravosa en casos donde tal delito recae sobre familias enteras, como sucede con el desplazamiento forzado, o donde la víctima directa estando viva o presente ha sufrido un daño psicológico tal que se rehúsa a hacer valer para sí misma sus derechos, como podría ocurrir en un caso como la tortura².

Es oportuno en este punto distinguir entre la acreditación de la calidad de víctima y la demostración de tal condición con fines de resarcimiento. En el primer caso se trata de los requisitos probatorios que quien se dice damnificado debe cumplir para tener acceso al proceso.

No sobra insistir en que tanto normativa como jurisprudencialmente ha quedado perfectamente claro que las víctimas pueden concurrir al proceso de justicia y paz desde las más tempranas etapas. De ese modo pueden acceder a las salas donde se reciba versión libre al postulado; suministrarle al fiscal información que resulte pertinente y conducente

¹ Véase Capítulo Primero de este escrito.

² Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

acerca de los hechos por los que se procede, y sobre los bienes y recursos destinados a una eventual reparación; entregarle los elementos de prueba que tenga en su poder, etc.³.

Por su parte, el artículo 4º del Decreto 315 de 2007 dice que el daño directo al que se refiere el artículo 5º de la LJP puede demostrarse mediante alguno de los siguientes documentos:

- a) *Copia de la denuncia por medio de la cual se puso en conocimiento de alguna autoridad judicial, administrativa o de policía el hecho generador del daño, sin que sea motivo de rechazo la fecha de presentación de la noticia criminal. Si no se hubiera presentado dicha denuncia se podrá acudir para tal efecto a la autoridad respectiva, si procediere;*
- b) *Certificación expedida por autoridad judicial, administrativa, de policía o por el Ministerio Público, que dé cuenta de los hechos que le causaron el daño;*
- c) *Copia de la providencia judicial por medio de la cual se ordenó la apertura de la investigación, impuso medida de aseguramiento o se profirió resolución de acusación o sentencia condenatoria o del registro de audiencia de imputación, formulación de cargos o individualización de pena y sentencia, según el caso, relacionada con los hechos por los cuales se sufrió el daño;*
- d) *Certificación sobre la vecindad o la residencia respecto del lugar y el tiempo en que presuntamente ocurrieron los hechos que produjeron el daño, la cual deberá ser expedida por la autoridad competente del orden municipal;*
- e) *Certificación que acredite o demuestre el parentesco con la víctima, en los casos que se requiera, la que deberá ser expedida por la autoridad correspondiente.*

Pese a lo que podría entenderse de una lectura que atienda lo meramente literal de la norma transcrita, es evidente que la documentación a la que ella alude no puede tener la suficiencia para la prueba del daño, sino que es meramente un pasaporte para que así, sumariamente, pueda tener acceso a la investigación en los términos señalados.

Algo completamente distinto ocurre cuando se trata de la prueba necesaria para efectos de reparación. Para esto tendrá que demostrar que se le ha irrogado un perjuicio en los términos del artículo 5º de la Ley 975 de 2005, y de la decisión de la Corte Constitucional que se pronunció sobre su constitucionalidad.

A más de lo anterior, conforme se puntualizará en los siguientes párrafos, ha de demostrar la causación de un daño y que además este es el efecto de la acción delictiva de un individuo perteneciente a un GAOML, en el contexto de la Ley 975 de 2005.

³ Decreto 315 de 2007, art. 2º.

2.2 El daño causado

En el segundo capítulo de este trabajo se hace extensa referencia al tema del daño, a su concepto, sus características y a su tipología. Sentadas ya esas bases, queda sólo por establecer que para que se produzca la orden reparatoria en el proceso de justicia y paz se requiere demostrar (con los criterios valorativos que ampliamente serán estudiados en siguiente capítulo), la existencia de un daño. Este puede ser material, es decir aquel que puede medirse en términos económicos y que tradicionalmente comprende el daño emergente y el lucro cesante. También puede ser inmaterial, es decir los que producen una afectación en el ámbito emocional, afectivo, sensorial o espiritual de la persona, según se precisó anteriormente. Este daño puede ser moral o de afectación a la vida de relación, conforme se estudió en otro capítulo de esta obra. Lo que se debe demostrar no es sólo la existencia del daño con fines reparatorios, sino también su cuantía e intensidad, según se trate del daño material o de uno inmaterial.

2.3 El nexo de causalidad (causales de exoneración)

Para que un perjuicio sea reparado por la vía de la Ley 975 de 2005 no es suficiente con la demostración de su existencia y ni siquiera de su cuantía, es necesario además (aunque no suficiente), que se demuestre que tal perjuicio ha sido la consecuencia de una conducta delictiva realizada con anterioridad al 25 de julio de 2005⁴ de un individuo integrante de un GAOML, realizada durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, que se ha desmovilizado y que está postulado para ser beneficiario de los beneficios de la Ley de Justicia y Paz. Empero no se cumple con esto el requisito del establecimiento del nexo causal, porque para ello hace falta la constatación de la desmovilización, en los términos de la ley mencionada.

Claro que es posible la existencia de perjuicios de distinto origen, pero en tal caso no es la Ley de Justicia y Paz el escenario para pretender su reparación.

3. ¿Existe presunción del perjuicio?

La respuesta a esta pregunta no puede ser absolutamente afirmativa, conforme quedó examinado cuando se trató del principio de la necesidad de la prueba. La misma Corte

⁴ En reciente decisión la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, invocando las decisiones de la Corte Constitucional (Sentencia C-1199 de 2008 M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y de la propia Sala (Auto de segunda instancia. Rad. 30999 de 24 de febrero de 2009 M.P. Alfredo Gómez Quintero) consideró que en tratándose de conductas permanentes realizadas por los desmovilizados postulados y con proceso en justicia y paz que se

Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006, que examinó la constitucionalidad de LJP al tiempo que advertía sobre la necesidad de hacer efectivos los derechos de la víctima, también lo hizo sobre la necesidad de la prueba del perjuicio. Si se admitiera como válido un criterio semejante todo el procedimiento se tornaría en verdad caótico porque bastaría el mero enunciado de una pretensión por parte de quien se dice damnificado con el delito, para que automáticamente ella le sea admitida.

En el anterior capítulo se precisó que una de las obligaciones ineludibles de la Fiscalía en tarea investigativa era la de determinar el daño causado por los procesados y por los grupos ilegales a los que pertenecía. Cada vez que se establecen las circunstancias modales, temporales y espaciales del delito, lo propio se está haciendo también con el daño, pues en la naturaleza del delito está el atentar contra un bien jurídico tutelado, por manera que si no tuviese la conducta esa potencialidad lesiva, con seguridad perdería la característica de punible.

El artículo 15 de la normatividad que se está comentando adjudica a los servidores públicos el compromiso de esclarecer la verdad sobre los hechos objeto de investigación, al tiempo que ordena a la Fiscalía la averiguación de las conductas punibles y sus circunstancias, amén de las condiciones sociales, familiares e individuales del imputado y su comportamiento punible anterior.

Con igual claridad le adjudica el deber de investigar *“los daños que individual o colectivamente haya causado de manera directa (el imputado o acusado) a las víctimas...”*.

La misma Ley de Justicia y Paz y las demás normas complementarias asignan al Ministerio Público funciones de asistencia, orientación y representación, lo que indica

iniciaron y materializaron en la vigencia de la Ley 975 de 2005 (para el caso de estudio: concierto para delinquir agravado – C.P., art. 340, inc. 2); utilización ilegal de uniformes e insignias (C.P., art. 346) y porte ilegal de armas y municiones de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P., arts. 365 y 366) y que cesaron con la desmovilización posterior a esta fecha, pueden ser objeto de imputación en los procesos de justicia y paz y por ende sus agentes podrán recibir los beneficios de la Ley de Justicia y Paz. En efecto, dijo la Corte: *“...la norma que predica que la Ley de Justicia y Paz es aplicable a hechos que hayan tenido ocurrencia antes de la vigencia de la Ley 975, interpretada de forma concordante con el artículo 26 del Decreto 4760 de 2005, permite dar cabida a las conductas permanentes que trascienden a la fecha de vigencia de la Ley de Justicia y Paz, y cuya comisión permanente se extiende hasta la desmovilización del postulado, siempre y cuando el juez verifique que el procesado mantiene vigentes los propósitos fundamentales para hacerse merecedor de las penas alternativas que ofrece el sometimiento a Justicia y Paz: el cese de hostilidades, el compromiso de abstenerse de cometer conductas ilícitas, que contribuya de manera efectiva a la consecución de la paz nacional con actos orientados a desmantelar el grupo (que revele las fuentes de financiamiento, los nexos con promotores económicos, ideológicos) y que contribuya a la reparación de víctimas (artículo 11 ib.)”*. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de Segunda Instancia, Rad. 33610, M.P.: Alfredo Gómez Quintero (negrillas fuera de texto).

que ya se ha visto que una correcta investigación de los hechos conllevará, así mismo, a la demostración de los daños.

Aclarado lo anterior, conclúyase que si la ocurrencia de un hecho en el que se fundamente la pretensión de reparación de la víctima puede probarse, entonces debe probarse. La afirmación tiene que ser enfática: en el supuesto anotado, la sola consideración de que se está ante un tema de justicia y paz no debe ser motivo de exoneración del deber de probar.

Sin embargo, hay situaciones en las que las exigencias jurisprudenciales en materia probatoria presumen el daño. Tal ocurre, por ejemplo, frente al daño inmaterial respecto de *“tratos inhumanos, degradantes y crueles, experimente dolores corporales y profundos sufrimientos y angustia moral que hace que este tipo de daño no requiera prueba”*⁵.

En realidad de lo que se trata es de considerar que frente a tales hechos o frente a la muerte violenta o desaparición de un familiar cercano, lo que normalmente sucede es la ocurrencia de un sufrimiento, de una congoja, de un dolor. No es entonces absurdo sino perfectamente razonable que en los casos señalados se exonere de la prueba concerniente al daño inmaterial, advirtiendo eso sí que el hecho que le dio origen debe probarse.

La jurisprudencia nacional sobre la misma materia, aunque más lentamente y con seguridad impulsada por la internacional, ha tomado similar sendero. Por ejemplo el Consejo de Estado, afirmó:

*Con la simple acreditación de la relación de parentesco, así como con los registros civiles de nacimiento, se presume que tanto la esposa como el hijo sufrieron un perjuicio de orden moral, derivado de la pérdida de su padre. En efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política, debe presumirse, que el peticionario ha sufrido el perjuicio solicitado*⁶.

En otra ocasión aludió extensamente al tema, y además precisó las diferencias que existen entre indicio y presunción:

En cuanto a la prueba del daño moral se refiere, la Sala ha precisado y reiterado lo siguiente:

⁵ PATIÑO GONZÁLEZ, MARÍA CRISTINA. *Especial consideración a la Ley 975 de 2005. Op. cit.*, p. 182.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 17042, Sentencia del 13 de agosto de 2008, C.P.: Enrique Gil Botero.

“...el juez no está autorizado para eximir de prueba los hechos alegados por las partes, como fundamento de sus pretensiones y defensas, salvo que el legislador se lo imponga. De allí la importancia de establecer claramente la diferencia entre las presunciones legales y aquellas que elabora el juez con fundamento en hechos debidamente probados en el proceso, dando lugar a la construcción de indicios, medio probatorio regulado por nuestra legislación procesal civil. Por esta razón, la doctrina ha precisado que las presunciones no constituyen medios de prueba, dado que, al ser establecidas por el legislador, implican realmente que determinados hechos están exentos de demostración. También la Corte Suprema de Justicia se ha referido a este tema, expresando que la estructura lógica de la presunción y el indicio se identifican, pero se diferencian porque mientras éste debe ser declarado por el juez, de acuerdo con su criterio personal, relativamente muy libre, aquélla es establecida por el legislador, en sus líneas generales y abstractas. Al declararse la existencia de un indicio, se construye una presunción judicial, aplicando, al caso concreto, una o varias reglas de la experiencia, según el criterio del juez. Así, es claro que las presunciones establecidas en la ley deben aplicarse siempre que aparezca demostrado el hecho antecedente en el cual se fundan. Tratándose de indicios, en cambio, la presunción será construida por el juez, en cada caso concreto, según su libre criterio, siempre que existan los elementos necesarios para aplicar la respectiva regla de la experiencia y no obre en el proceso otra prueba que permita concluir que se trata de una situación especial, que se aparta de la generalidad. (...) Al respecto, debe decirse que si bien la jurisprudencia de esta Sala ha recurrido tradicionalmente a la elaboración de presunciones para efectos de la demostración del perjuicio moral, en relación con los parientes cercanos, es claro que aquéllas se fundan en un hecho probado, esto es, la relación de parentesco, de manera que a partir de ella –que constituye el hecho indicador, o el indicio propiamente dicho, según la definición contenida en el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil–, y con fundamento en las reglas de la experiencia, se construye una presunción, que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando éste no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso. Y tal indicio puede resultar suficiente para la demostración del perjuicio moral sufrido, en la mayor parte de los casos; en otros, en cambio, pueden existir elementos de convicción en el expediente que impidan la aplicación llana de la correspondiente regla de la experiencia. (...) Ahora bien, con respecto al daño moral sufrido como consecuencia de la vulneración a derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que dicho daño se presume, dada la naturaleza misma de las violaciones, así como el hecho de que es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes experimente un sufrimiento moral. Se ha entendido también, que en la medida en que las víctimas hayan sufrido, sufrirán también sus familiares, de allí que la

gravedad e intensidad del sufrimiento causado a las víctimas, constituyen criterios determinantes para valorar el perjuicio sufrido por aquellos”⁷.

Por su parte la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del artículo 5° de la Ley 975 de 2005 (Sentencia C-370 de 2006), estableció una verdadera presunción legal de daño moral respecto del cónyuge, compañero o familiares cercanos, en los supuestos del inciso 2° del artículo 5° de la Ley 975 de 2005, en los siguientes términos:

Los demandantes consideran que las disposiciones demandadas establecen una restricción al limitar a los parientes en primer grado de consanguinidad el derecho a ser reconocidos como víctimas para los efectos de la Ley que se estudia. Al estudiar las expresiones demandadas partiendo de todo el inciso en el cual se inscriben, la Corte encuentra que las mismas establecen una presunción a favor de los parientes en primer grado de consanguinidad y primero civil de la víctima directa. En efecto, tales incisos empiezan diciendo que “también se tendrá por víctima” o “asimismo”. La cuestión entonces reside en determinar si tales disposiciones pueden dar lugar a la exclusión del reconocimiento de la calidad de víctimas de otros familiares (como los hermanos, abuelos o nietos) que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados ilegales que decidan someterse a la Ley estudiada” (negrillas fuera de texto).

En consecuencia, de acuerdo con la autorizada interpretación que se está comentando, a favor de las personas aludidas en la norma en cita opera una auténtica presunción de daño moral, porque obviamente no puede establecerse una presunción de daño material el que siempre requerirá de prueba, conforme a lo ya señalado. La presunción es legal (no se ha dicho expresamente que sea de derecho) y por tanto admite prueba en contrario.

En resumen, en justicia y paz no se ha abolido el principio de necesidad de la prueba, aunque este debe reinterpretarse de acuerdo con las particularidades, dificultades y objetivos de tal especie de justicia transicional; no puede admitirse que el daño en él está exento de prueba por presumirse, y a modo de excepción opera la presunción de daño moral respecto de las personas a que alude el inciso 2° del artículo 5° del mencionado estatuto.

MARÍA CRISTINA PATIÑO GONZÁLEZ alude que frente al daño patrimonial la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

⁷ Exp. 21266, Sentencia del 7 de febrero de 2002, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

ha considerado en su reciente jurisprudencia que en circunstancias de desplazamiento forzado es comprensible que las víctimas no hayan contado con la posibilidad material de acopiar las pruebas que puedan en un posterior juicio demostrar el monto de los perjuicios a que tendrían derecho de ser indemnizadas. En estos supuestos en que las víctimas se ven obligadas a salir abruptamente de sus hogares, llevando consigo solo lo indispensable y se carezca de elementos que permitan tener una base para calcular la indemnización, el Tribunal fija los montos correspondientes en equidad⁸.

Un caso similar tendría que ser resuelto en justicia y paz de manera semejante. En efecto, ninguna norma de derecho positivo impediría proceder de la manera indicada, y menos si se tiene en cuenta que la Ley 975 de 2005 debe ser interpretada de conformidad con el bloque de constitucionalidad y teniendo como punto de mira que, insístase en ello, uno de los objetivos (y no subalterno) es el de garantizar los derechos a la víctima a la verdad, la justicia y la reparación.

Por supuesto que la solución no implica que se haga absoluta abstracción de todo elemento probatorio, porque en el tema del ejemplo tendría que demostrarse el hecho mismo del desplazamiento, la relación de causalidad de éste con el accionar de un GAOML, y en lo posible los daños sufridos por el desplazado.

En tal entorno el juez tiene que privilegiar el testimonio de los ofendidos, y precisamente la persuasión racional le da a aquel las herramientas suficientes para que el examen ponderado de las declaraciones le permita concluir acerca de la veracidad o falacia de las mismas.

Los patrones de conducta como verdaderos hechos indicadores pueden llevar a inferencias lógicas y por esta vía a la construcción de verdaderas pruebas indiciarias, supuesto eso sí, la demostración debida del hecho indicador. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia en reciente oportunidad, señaló:

Una observación a la ausencia de registros de la actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, propone una manera de examinar la prueba, teniendo en cuenta las particularidades que presentan los casos de graves violaciones de derechos humanos, que sin descuidar la seguridad jurídica y el debido proceso, lo ha hecho menos formal y más flexible. (...) Sin duda, la complejidad de la reconstrucción de los hechos por virtud de la degradación del conflicto y la barbarie de los métodos utilizados en la ejecución de las conductas (descuartizamiento, fosas comunes),

⁸ Op. cit., p.182.

sumado a las dificultades de huella histórica de muchos hechos, por deficiencias en el registro civil (nacimientos, defunciones), en los registros notariales y mercantiles, por los permanentes movimientos de las comunidades desplazadas, entre otras y tantas dificultades, obliga a exámenes de contexto y a la flexibilización de los umbrales probatorios, no solo respecto de la comprobación del relato del postulado, sino, sobre todo, del daño causado, el que deberá acreditarse con medios propios de la justicia transicional. (...) Por ello, si se ha producido una violación de los derechos humanos en el contexto de la Ley de Justicia y Paz, no se puede pasar por alto en el relato de la confesión del desmovilizado, el grado de ocupación e influencia en el sector del grupo al que pertenecía, su capacidad de acción y movilización por virtud de su logística y/o de la aquiescencia de otros sectores sociales y, desde otro extremo, la incapacidad de denuncia de las víctimas, su desplazamiento o huida y en consecuencia, con mucha probabilidad, los hechos sin huella que deben reconstruirse⁹.

En la misma ocasión la Corte Suprema estimó que esa nueva visión probatoria en justicia y paz puede lograrse aprovechando precisamente las posibilidades valorativas que brinda el sistema de la sana crítica¹⁰.

En conclusión, al juzgador le compete, de acuerdo con los principios inspiradores de la persuasión racional, examinar las particularidades de cada caso, con sus complejidades y dificultades. De la mano de la ley, interpretada conforme al bloque de constitucionalidad, y orientada por la jurisprudencia nacional e internacional (cuyas diferencias deben estrecharse cada vez más) ha de decidir si estima o no probado el daño y su *quantum*. En estos casos es cuando más se requiere ponderación y ecuanimidad para que el proceso sea instrumento de justicia y no de mayor inequidad. Si procede con ciego rigorismo se puede privar de la justa reparación a quien la merece. Si actúa con laxitud perniciosa puede propiciar el enriquecimiento indebido.

4. Prueba oficiosa

En este trabajo se ha planteado que pese al deber que tiene la fiscalía de identificar y localizar a las víctimas y de investigar –también– los daños individual o colectivamente

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Exp. 31.150, Auto del 12 de mayo de 2009, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

¹⁰ “Es bueno subrayar que el proceso de valoración de la prueba es el método a través del cual se evalúan los distintos elementos de convicción válidamente incorporados al proceso para tomar una decisión sobre los hechos. Es una operación mental que comporta el análisis razonado de los elementos de convicción, sujeto a ciertas reglas que lo organizan. Entre los sistemas tradicionales de valoración de la prueba, el nuestro adopta el de la sana crítica, que

causados con el accionar delictivo de los ilegales y no obstante las precisas obligaciones de colaboración que en tal sentido tiene el Ministerio Público, lo atinente al incidente de reparación es –en cuanto a su iniciación e impulso– potestad de la víctima.

Con estos mismos lineamientos y bajo el entendimiento de que el incidente de reparación integral es la manifestación de un sistema de partes, pues en uno de los extremos de la relación procesal se sitúa la víctima y en el otro el procesado eventualmente acompañado del Director de la Red de Solidaridad Social (Acción Social), según se ha visto con amplitud en apartes anteriores, cabe concluir que no existe en tal trámite la posibilidad de que la Sala ordene pruebas oficiosamente.

En este procedimiento especial el Magistrado adopta el papel de director del mismo y de sujeto supraparte, que hace las veces de fiel de la balanza.

Téngase en cuenta que, en cuanto atañe a la responsabilidad penal, el proceso de justicia y paz, es de tan modo especial, que en él no hay propiamente un debate procesal y probatorio pleno. No existe en efecto un espacio procesal destinado específicamente a la práctica de pruebas y a su contradicción. No hay un juicio oral, propiamente tal. Esto porque, según se vio, siendo como es éste una especie del género “*Justicia Transicional*”, porque tiene un elevado componente político, porque se produjo como consecuencias de negociaciones de paz entre el gobierno y los GAOML. Así, pues, la pugna procesal y probatoria en lo atinente a la responsabilidad penal está considerablemente atenuada desde el mismo momento en que esos grupos decidieron desmovilizarse y acogerse a este sistema de procesamiento. Si a cambio de ello pueden aspirar a que se les aplique una muy benigna pena alternativa (cuyo tope no puede ser superado cualquiera sea el número

se caracteriza por la ausencia de reglas abstractas de valoración probatoria y exige una decisión sustentada en los elementos de convicción y la consecuente motivación sobre su mérito probatorio, conforme a las leyes de la ciencia, los principios de la lógica y las reglas de la experiencia. (...) Es claro, entonces, que cuando el funcionario de control de garantías reclama que la confesión esté asistida de otros medios de prueba, estatuye una carga adicional que se opone no solo a los preceptos legales que conforman la Ley de Justicia y Paz, sino al contexto político, histórico y axiológico que subyace a la misma, donde la valoración de los contenidos del relato, será el resultado de los mecanismos racionales y las facultades analíticas del juzgador. (...) No se trata, como sucede en el sistema de prueba legal o prueba tasada –propio del sistema inquisitivo–, de un método rígido, utilizado para asignar un valor legalmente determinado a cada clase de medio probatorio. Se trata, por el contrario, de un método que no predetermina el valor de convicción de las distintas piezas probatorias, sino que establece pautas generales, propias del correcto razonamiento humano, aplicables a todo elemento probatorio. (...) Las reglas de la sana crítica permiten examinar, de manera individual, cada confesión, testimonio o cualquier elemento de prueba, para que sea el funcionario judicial quien realice un juicio sobre la credibilidad, confiabilidad y valor probatorio, según sus particulares características. (...) En esta consideración individualizada el funcionario debe atender al contenido del elemento de prueba en sí, y confrontarlo también con el resto del contexto histórico, tanto personal, como del grupo armado del cual hizo parte el desmovilizado que aspira a obtener los beneficios de la Ley de Justicia y Paz”.

de delitos confesados); si conforme lo precisó la Corte Constitucional al controlar la exequibilidad de esta ley el postulado debe confesar la totalidad de las conductas punibles cometidas, so pena de perder los beneficios con la consiguiente expulsión del proceso y su remisión al procedimiento común en el que recibirá la pena prevista en la ley, fácil resulta establecer que por su misma esencia el proceso de justicia y paz no tolera el pleno enfrentamiento procesal y probatorio acerca de la responsabilidad, al tenor del que se da en el procedimiento ordinario. Todo esto, por supuesto, sin perjuicio de la activa participación de los funcionarios en la inexcusable tarea de construcción de la verdad histórica que les exige asumir papeles completamente activos y no de meros receptores de la verdad que buenamente quiera suministrar el procesado.

En cambio, el trámite incidental de reparación integral, seguramente por referirse a una materia sobre la que tanto la víctima como el procesado tienen disponibilidad, sí tiene la estructura contenciosa. Ciertamente, aquí hay dos partes con intereses enfrentados; el trámite solo se inicia con una demanda de reparación; se necesita que el juez abra un espacio para que se conozca la pretensión de la víctima y se intenten conciliar las posturas antagónicas y expresamente la ley dispone de una oportunidad para la práctica y contradicción de pruebas.

Debe el juez velar porque la contienda se dé en un plano de equilibrio, garantizando la igualdad de armas para ambas partes. Siendo así, si le fuese permitido a aquél que intervenga en el debate probatorio y como quiere que las pruebas ordenadas oficiosamente tendrían que ser conducentes, pertinentes y útiles, terminaría rompiendo el equilibrio y favoreciendo al perjudicado o al procesado.

Este presupuesto, válido sin duda, tendría –por el propio mandato de la ley procesal civil– una excepción que se comentará en el capítulo correspondiente, relativa a la hipótesis en que, probado el daño (su existencia), no se logre, sin embargo, probar su cuantía en el proceso.

5. Presupuestos probatorios para la determinación del daño

Para la determinación de daño el juez cuenta con dos herramientas fundamentales. La primera consiste en el sistema de la persuasión racional que le permite apreciar las pruebas desde la lógica, desde la ciencia y desde las particularidades de cada hecho y cada prueba, según ya se analizó con anterioridad. En la evaluación de la prueba de daño tendrá que ser el juez especialmente acucioso para entender y desentrañar hechos ocurridos en un contexto sumamente difícil y complejo. Ha de comprender que, por lo mismo, no siempre la prueba será palmaria; que ha de darle importancia especial a la prueba indiciaria cuando no se cuente con prueba directa; tendrá que construir

inferencias lógicas a partir de patrones de comportamiento; recurrir cuantas veces sea necesario a las presunciones (por ejemplo respecto del daño moral producido por ciertos delitos); flexibilizar al máximo la crítica probatoria, sin sobrepasar las barreras que la razonabilidad impone, etc.

La segunda herramienta con la que cuenta el juez es el de la libertad de prueba, según la cual aquél no estará atado a la demostración de un hecho con una determinada prueba. A este principio se refieren los artículos 237 de la Ley 600 de 2000¹¹, y 373 de la Ley 906 de 2004¹².

Así, pues, en virtud del principio que aquí se trata, no existen pruebas específicas y determinadas para un determinado hecho. Obviamente y por su propia naturaleza ciertos hechos se prueban ordinariamente con determinados medios. Así, por ejemplo, la existencia de un cuerpo humano muerto y la causa del deceso se prueban con la partida de defunción y con la correspondiente prueba pericial de medicina forense, pero eso no quiere decir que no pueda hacerse por otros medios cuando aquélla resulta de imposible práctica. Piénsese por ejemplo en el caso de desaparecimiento o destrucción del cadáver. El hecho del nacimiento y el parentesco se demuestran ordinariamente con la prueba documental respectiva (actas de registro civil). No obstante, si esos medios probatorios han sido destruidos cabe probarse el supuesto de hecho por medios distintos, los testimoniales, por ejemplo.

En otros términos: si es posible la demostración de un hecho por el medio más adecuado y compatible, a ello debe procederse. En caso contrario es posible recurrir a otros medios probatorios, teniendo como únicos límites la lógica y los derechos humanos.

6. Oportunidad probatoria

Ya se ha hecho extensa referencia a que a la Fiscalía le compete hacer las averiguaciones acerca de los daños que el delito hubiera causado. Obviamente de estas evidencias, de estos elementos probatorios podrán servirse las partes en el momento de la determinación de

¹¹ “Art. 237. Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyan la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales”.

¹² “Art. 373. Libertad. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico científico, que no viole los derechos humanos”.

los perjuicios, vale decir en el incidente de reparación integral, y es este escenario por excelencia para la práctica de las pruebas pedidas por las partes, siempre que el juez las estime conducentes, pertinentes y útiles. Todo esto en el supuesto de que el incidente no se haya terminado por la vía de la conciliación, pues en tal caso ha de prescindirse de la práctica de pruebas.

7. Contradicción de la prueba

En lo atinente a las pruebas el trámite incidental del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) difiere del establecido en la Ley 975 de 2005.

En efecto, en el primer caso el trámite se inicia con la formulación oral de las pretensiones del incidentante y prosigue con el examen por parte del juez de tal pretensión, quien la rechazará si el promotor del incidente no es víctima o se ha acreditado el pago efectivo de los perjuicios y esa fuere su única pretensión. Si la pretensión se admite el juez intentará la conciliación entre las partes, y de no lograrse se citará para una nueva audiencia dentro de los ocho días siguientes con el fin de crear una nueva oportunidad conciliatoria y para que el declarado penalmente responsable ofrezca sus propios medios de prueba. En esa nueva audiencia si la conciliación fracasa se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirán las razones de sus pretensiones.

En cambio en la Ley de Justicia y Paz no hay espacio para una segunda audiencia, y por lo tanto tampoco es posible una nueva oportunidad conciliatoria.

Ha querido la Ley de Justicia y Paz que el incidente se tramite en un solo acto procesal, en una sola diligencia. Siempre que ello sea posible así ha de procederse, porque redundaría en pro de la celeridad que es uno de los objetivos del proceso.

Sin embargo es muy posible y casi seguro que en la mayoría de los casos, en virtud de la extremada complejidad y dificultad de las pretensiones de las partes y de las pruebas, tendrá que suspenderse el diligenciamiento, caso en el cual lo recomendable es que la reanudación del acto procesal ocurra a la mayor brevedad posible, para que no resulten afectados principios tan caros al proceso como el de la inmediación y el de la concentración.

Puede ocurrir que el procesado se vea sorprendido con unos medios de prueba desconocidos, de manera que le resulte en extremo difícil contradecirlos mediante la crítica de aquellos o a través de la presentación de otros que los refuten. En tal hipótesis, la Sala tiene que sopesar juiciosamente las circunstancias particulares del caso, y si es

preciso, en garantía del equilibrio procesal, ordenar la suspensión de la audiencia por el tiempo justo para que el acusado prepare su réplica. Convendría que desde que se descarte la posibilidad de conciliación el Juez exija a las partes la enunciación de las pruebas que pretenden presentar, para que el debate se realice en un ambiente de transparencia y para que no se convierta en una diligencia indefinida. Lo anterior sin perjuicio de lo indicado al inicio de este párrafo.

En todo caso, la prueba tiene que sufrir el proceso de contradicción. Si así no fuese, simplemente se estaría violando flagrantemente el debido proceso de producción probatoria. La prueba presentada puede ser controvertida mediante su crítica o por medio de otras pruebas. Piénsese, por ejemplo, en que quiera sustentarse una pretensión de reparación en prueba falsa. En tal caso se hace nítida la necesidad de contradicción.

Una segunda diferencia entre las dos normatividades está en que en el párrafo del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, se dice:

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

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

Una simple lectura de la Ley 975 de 2004 permite concluir que en ella no existe norma semejante a la transcrita, pero entonces surge obvia la pregunta de: ¿Qué hacer frente a los supuestos fácticos aludidos en el párrafo que se estudia, por supuesto, si ello acontece, en el trámite incidental de justicia y paz? ¿Será que entonces las consecuencias procesales, por las particularidades de la Ley 975 de 2004, tienen que ser diferentes?

Si, como se ha expuesto con amplitud en antecedentes apartes de este trabajo, en cuanto atañe al trámite para la reparación esta ley tuvo su inequívoco modelo en los artículos 103 y siguientes de la Ley 906 de 2004, y si esta última preceptiva quiso resaltar que este segmento eventual del proceso tuviese las características de un sistema de partes, la conclusión tendría que ser que también en Justicia y Paz la ausencia injustificada del solicitante a la audiencia ha de ser entendida como un desistimiento a la pretensión que acarrearía al archivo de la solicitud, a menos que se pruebe que hubo fuerza mayor o caso fortuito.

En igual sentido, si quien se muestra renuente a la comparecencia es el procesado, tendrá que decidirse solamente con la prueba ofrecida por el incidentante.

8. Tipo de daño y su relación con la prueba

En el capítulo segundo de este escrito ya hemos tratado ampliamente sobre la tipología del daño. Allí se hace referencia al daño material y a sus componentes daño emergente y lucro cesante.

El daño emergente está constituido por el menoscabo o la destrucción de los bienes del damnificado ocasionados por la acción delictiva de los GAOML. A título de ejemplo pueden consistir en “el valor de los bienes destruidos (total o parcialmente), el valor de los bienes perdidos (por ser objeto material del ilícito o por tener que abandonarlos) gastos realizados para tener información acerca del paradero de la víctima, gastos generados con ocasión del desplazamiento forzado, dinero invertido en la recuperación y exequias del cadáver, gastos de rehabilitación en los supuestos de lesiones personales, etc.”¹³.

En lo atinente al lucro cesante hay que recordar brevemente que es el ingreso que el damnificado dejó de percibir con motivo de la ofensa a sus derechos por medio de los delitos cometidos por los GAOML.

Si la persona ha muerto como consecuencia de la acción delictiva, el lucro cesante tiene que calcularse con base en la expectativa de vida de ella misma, en otras de su cónyuge o compañero (a) permanente, en unas terceras con determinada edad de los hijos, etc., y los beneficiarios del reconocimiento serán quienes demuestren su condición de damnificados.

El daño inmaterial es aquel que se produce sobre bienes y derechos que no tienen la naturaleza de patrimoniales, es decir que son más del ámbito espiritual de la persona. Se divide en daño moral propiamente dicho¹⁴ y daño a la vida de relación, que incluye la lesión al proyecto de vida¹⁵.

¹³ PATIÑO GONZÁLEZ, MARÍA CRISTINA. Op. cit., p. 171.

¹⁴ “De manera muy general, el daño moral está compuesto por las aflicciones, sufrimientos, angustia, menoscabo de valores muy significativos para las personas y en general por las alteraciones de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia de la víctima o de sus allegados, como son la tristeza, decaimiento, dolor moral, dolor en fechas especiales, llanto, temor, depresión, soledad, desintegración familiar, incertidumbre, sentimiento de inseguridad, y desconfianza”. Véase PATIÑO GONZÁLEZ, MARÍA CRISTINA. Ob. cit., p. 172.

¹⁵ El daño a la vida de relación consiste en la afectación de la víctima en su relación con el mundo exterior (cosas y personas) y, dentro del mismo, se ha considerado como parte integrante el daño al proyecto de vida que es otra de las consecuencias nocivas del delito, y consiste en la frustración de los planes de vida que la víctima se había propuesto en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.

El daño material puede manifestarse de tan variadas formas que sería absurdo intentar un patrón probatorio, pues cada caso debe ser examinado en sus particularidades para que pueda determinarse cuál es la prueba idónea para su demostración.

Otro tanto puede decirse del daño inmaterial, aunque es este caso pueden tener importancia mayor los indicios y las presunciones.

Es preciso recalcar que los hechos constitutivos de la pretensión reparatoria deben ser evaluados conforme a los principios orientadores de la persuasión racional y también que, al amparo del principio de la libertad probatoria, le compete al juez decidir cuál es la prueba apta para soportar su determinación.

No obstante lo que acaba de afirmarse, puede decirse que en casos como los delitos sexuales y las formas delincuenciales generalizadas y sistemáticas, adquiera relevancia máxima la prueba testimonial. Muchas veces se encontrará que no es posible contar con el testimonio de terceros, y es entonces cuando el juzgador, armado de los instrumentos que le proporciona la sana crítica, ha de prestar especial atención a la declaración de los propios ofendidos para resolver finalmente si merecen o no credibilidad.

9. Crítica de la prueba

En uno de los extremos de los métodos valorativos está el de la íntima convicción (propio de los jurados de conciencia), que responde al principio de verdad sabida y buena fe guardada. Como las decisiones que se toman de acuerdo con él no necesitan motivación alguna, nadie sabe las razones por las cuales se le concedió o se le negó valor a un medio determinado, porqué se absolvió o porqué se condenó. Demostrar una prevaricación por ejemplo es tarea poco menos que imposible. Alguien dijo que en tales casos el Magistrado podía decidir bien con la prueba de autos, sin la prueba de autos o incluso contra la prueba de autos.

En el extremo opuesto se encuentra el sistema de la tarifa legal. En el fondo, este método entraña una profunda desconfianza hacia el juez, cuya tarea evaluativa debía estar en lo posible señalada de modo general y abstracto en la misma ley.

En nuestro medio jurídico se encuentra el criterio de la sana crítica o de la persuasión racional hace rato acogido por la legislación colombiana. De acuerdo con él el juez debe adquirir el convencimiento, pero de modo razonado, guiado por las reglas de la lógica y de acuerdo con la constancia de los fenómenos físicos, psíquicos y sociales. En este sistema, por ejemplo, no existe más inhabilidad que la que impongan los límites naturales en materia de prueba testimonial (por imposibilidad física por ejemplo, no se

podría recibir testimonio a un recién nacido o a una persona en estado comatoso). Por lo demás “para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, especialmente lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio”, según prescribe el artículo 277 de la Ley 600 de 2000.

Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

La sana crítica fundamento de la debida racionalidad en una acertada dialéctica probatoria se identifica en sus contenidos materiales con los ejercicios de verificabilidad por los que transita el conocimiento en su camino hacia la aprehensión de la verdad no absoluta sino concreta y singular, sendero en el que los juzgadores deberán ser respetuosos de las máximas generales de experiencia, leyes de la lógica o de la ciencia que al ser correctamente aplicadas permiten efectuar inferencias asertivas, llegar a conclusiones lógicas desde luego correctas y otorgar credibilidad a los indistintos medios de convicción habida razón de la verosimilitud de los mismos¹⁶

Y la Corte Constitucional:

El sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas (...).

El último de los sistemas mencionados es el consagrado en los códigos modernos de procedimiento, en las varias ramas del Derecho (...) Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. “El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 30.964, 19 de febrero de 2009. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

*excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento*¹⁷.

10. Relación entre la prueba y la sentencia

La actividad probatoria debe cumplirse conforme a lo señalado precedentemente. Con la prueba de autos se decidirá lo concerniente a la reparación, como epílogo del trámite incidental. Tal decisión, ya se dijo, debe incorporarse a la sentencia, de la cual hace parte indisoluble. Por lo tanto la prueba tiene relación directa con el fallo, en la medida en que éste termina conteniéndola.

11. Forma de probar los daños reconocidos por la jurisprudencia internacional¹⁸

Sobre el particular, la Corte Interamericana ha sostenido que ella tiene la potestad de valorar libremente la prueba, sin acudir a una tarifa legal para proferir el fallo:

*La Corte debe determinar cuáles han de ser los criterios de valoración de las pruebas aplicables en este caso. Ni la Convención ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento tratan esta materia. Sin embargo, la jurisprudencia internacional ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar libremente las pruebas, aunque ha evitado siempre suministrar una rígida determinación del **quantum** de prueba necesario para fundar el fallo*¹⁹.

En este mismo sentido:

Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-202 de 8 de marzo de 2005, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

¹⁸ En relación con la prueba en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ver: VARGAS, ÁLVARO y LÓPEZ, CLAUDIA (Coord.) et al. *Manual de Procedimiento de Justicia y Paz*. Ob. cit. y GONZÁLEZ, DIEGO et al. *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*. Ob. cit.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. N° 4. Párrafo 127.

*ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia*²⁰.

Igual posición tiene la Corte Internacional de Justicia²¹ y la CPI²²:

Este criterio se aplica tanto para la prueba de los daños como para la prueba de los hechos. Recordemos asimismo que la Jurisprudencia internacional ha establecido situaciones en donde el daño a los familiares directos se presume sin necesidad de probarlo. En esos casos se invierte la carga de la prueba hacia el Estado.

En este sentido a los Tribunales Internacionales no los cobijan los códigos nacionales de los países, por ende es prácticamente imperante en todo el derecho internacional la libre valoración de la prueba sin necesidad de acudir a las formalidades del derecho interno y por tanto existe una presunción de buena fé que hace que no se necesite de formas de autenticación o validación de las pruebas tales como autenticaciones, certificaciones o apostillado.

Así, entonces, la Corte IDH manifestaba que:

*Para un tribunal internacional, los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos. En cuanto al requerimiento de prueba, esos mismos sistemas reconocen gradaciones diferentes que dependen de la naturaleza, carácter y gravedad del litigio*²³.

Posteriormente la Corte IDH añadió:

*La incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes*²⁴.

²⁰ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C. N° 112, Párrafo 64.

²¹ ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of América), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, Párrs. 29-30 y 59-60).

²² Reglas de procedimiento y prueba, *supra*, artículo 63.5.

²³ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. *Supra*, Párrafo 128.

²⁴ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C. N° 112, Párrafo 64.

Por su parte, la CPI dispone que ella aplica la sana crítica como criterio de valoración, incluyendo la determinación y tasación de los daños materiales e inmateriales²⁵. En un futuro se verá cómo la Corte aplicó este criterio para valorar los daños.

Por lo tanto, solo por vía de excepción se realiza algún requerimiento formal frente al aporte de alguna prueba por parte de los tribunales internacionales (como lo veremos a continuación).

Concentrándonos en los sistemas internacionales de DDHH, de los cuales hace parte Colombia, tenemos que tanto para el sistema interamericano²⁶ como para el sistema universal²⁷ se pueden aportar pruebas documentales en copia simple, claro está que tanto la Corte como el Comité pueden, cuando lo estimen pertinente, solicitar pruebas de oficio²⁸.

En relación con el sistema interamericano la forma de valoración de las pruebas la Corte IDH la supedita al principio del contradictorio que define la Corte de la siguiente manera:

En materia probatoria rige el principio del contradictorio, en el cual se respeta el derecho de defensa de las partes, siendo este principio uno de los fundamentos del artículo 44 del Reglamento, en lo que atañe a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba con el fin de que haya igualdad entre las partes²⁹.

De acuerdo con los referidos Reglamentos, las partes pueden hacer valer al momento de presentar la demanda o contestarla (según corresponda)³⁰ las pruebas que consideren pertinentes a sus pretensiones, es decir testimonios, peritazgos, documentos, entre otros.

²⁵ Op. cit., art. 63.

²⁶ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009, art. 46.

²⁷ Naciones Unidas, Reglamento del Comité de Derechos Humanos, U.N. DOC. CCPR/C/3/Rev.6 (2001), art. 94.

²⁸ Reglamento del Comité de Derechos Humanos. *Supra*, art. 80 y Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Supra*, art. 47.

²⁹ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeduación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. *Supra*, Párrafo 63.

³⁰ Al igual que en el derecho interno, esa es la oportunidad procesal para presentar las pruebas: (testimonios, peritazgos, pruebas documentales, etc.). Solamente se permitirá una prueba posterior a ese momento procesal cuando haya sido superveniente o cuando se compruebe una imposibilidad real y manifiesta de haber allegado la prueba en su momento procesal oportuno. Al respecto ver los referidos reglamentos del Comité de DDHH y de la Corte IDH.

En relación con la Corte IDH, tenemos que esta tiene una fase escrita y una fase oral dentro de su procedimiento³¹, así, entonces, al momento en que el Presidente de la Corte IDH profiere el auto de convocatoria a la audiencia pública, la Corte IDH en aras de la economía procesal ha decidido restringir el número de peritos y testigos que puede escuchar en la audiencia a tan solo 2 ó 3 por cada parte, por lo tanto, previamente a proferir el mencionado auto de convocatoria se pregunta a las partes qué testigos y peritos se consideran los más importantes para corroborar las pretensiones de las partes, y son aquéllos a los que la Corte recibe en la audiencia pública; los demás son recibidos mediante affidavit³².

En relación a la forma según la cual la Corte valora los testimonios y peritazgos, podemos destacar, como lo ha dicho la Corte, que:

*En cuanto a las declaraciones testimoniales y periciales rendidas, [...] este Tribunal los valora en el conjunto del acervo probatorio y los admite en cuanto correspondan al objeto del interrogatorio propuesto, no hayan sido controvertidas u objetadas, y no sean contradichas por el resto de la prueba rendida en este caso*³³.

Especial consideración merece para la Corte los testimonios de las víctimas como elemento de prueba para la determinación de las reparaciones:

*Las declaraciones de los familiares de las presuntas víctimas, quienes tienen un interés directo en este caso, no pueden ser valoradas aisladamente, sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso. En materia tanto de fondo como de reparaciones, las declaraciones de dichas personas son útiles en la medida en que pueden proporcionar mayor información sobre las consecuencias de las violaciones que pudieren haber sido perpetradas*³⁴.

Incluso la Corte ha considerado que el testimonio de la víctima es ya una forma de reparación³⁵.

³¹ Véase FAÜNDEZ LEDESMA, HÉCTOR. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

³² Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Supra*, art. 50.

³³ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. *Supra*, Párrafo 82.

³⁴ *Ibidem*, Párrafo 97.

³⁵ Véase Corte IDH. Caso *Valle Jaramillo y otros* *supra*, ...

Por otro lado, los indicios y presunciones tienen especial valor al momento de determinar la responsabilidad del Estado en graves violaciones a los DDHH³⁶, tales como la desaparición forzada³⁷.

Acudiendo a la sana crítica³⁸ como criterio de valoración de la prueba, la jurisprudencia internacional ha establecido lo siguiente en la forma como se prueban los daños³⁹.

En cuanto a los artículos de prensa, la Corte expresó que *“podrán ser apreciados cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso”*⁴⁰.

11.1 Daño emergente

Tal como lo habíamos visto en el capítulo IV, al ser el daño emergente una aminoración patrimonial directa a consecuencia del daño, la Corte IDH (es la única que dedica un análisis jurisprudencial a las categorías de daño⁴¹) utiliza los siguientes medios probatorios: testimonios, peritajes, indicios, presunciones y pruebas documentales:

*Cuando corresponde a la Corte fijar una indemnización que tenga como finalidad compensar el daño material deberá tener en cuenta el acervo probatorio, así como los argumentos de las partes*⁴².

Igualmente la Corte expresó:

³⁶ Sobre el manejo de la prueba indiciaria y de las presunciones como forma de determinación de la responsabilidad del Estado ver: GONZÁLEZ, DIEGO et al. *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*. Op. cit.

³⁷ Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. N° 4.

³⁸ Véase Corte IDH. Caso *“Instituto de Reeduación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. *Supra*, Párrafo 99.

³⁹ Si se desea profundizar más sobre las pruebas en el DIDH ver: VARGAS, ÁLVARO y LÓPEZ, CLAUDIA (Coord) et al. *Manual de Procedimiento de Justicia y Paz*. Ob. cit. y GONZÁLEZ, DIEGO et al. *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*. Ob. cit.

⁴⁰ Corte IDH, Caso *Valle Jaramillo*, Párrafo 62, Caso *Velásquez Rodríguez*, Párrafo 146; Caso *Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C. N° 187, Párrafo 38 y Caso *Heliodoro Portugal*, Párrafo 79.

⁴¹ HINESTROSA VÉLEZ, J.P. “Valuation of the damages in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and Interamerican Court of Human Rights”. En: *European Public Law Series, supra*.

⁴² Corte IDH. Caso *García Prieto y otros Vs. El Salvador: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C. N° 168, Párrafo 174.

Es procedente otorgar una indemnización por los gastos en los que las víctimas o sus familiares han incurrido como consecuencia de las violaciones declaradas, siempre que tales gastos tengan un nexo causal directo con los hechos violatorios y no se trate de erogaciones realizadas por motivo del acceso a la justicia, ya que estas últimas se consideran como “reintegro de costas y gastos” y no como “indemnizaciones”⁴³.

Estos medios son los que también valora el TEDH al momento de determinar el daño material⁴⁴.

No obstante, en ausencia de medios probatorios se suele acudir a la equidad para determinar el monto del daño⁴⁵. Esta tendencia de la Corte parte del principio que algunas víctimas de graves violaciones a los derechos humanos no se encuentran en la misma posición de igualdad procesal que otro tipo de peticionario ante tribunales civiles ordinarios (muchas veces por la propia naturaleza del daño, las víctimas no pueden llegar a reunir las pruebas necesarias para acreditar el daño).

Por otro lado, en algunos casos la Corte ha aplicado la equidad como único criterio al momento de evaluar el daño⁴⁶.

11.2 Pérdida de ingresos

La Corte IDH la determina de acuerdo con los testimonios, peritajes, indicios, presunciones y pruebas documentales que demuestren la pérdida de los réditos, en caso contrario acude al Salario Mínimo Legal Vigente o a la canasta básica alimentaria (ver capítulo II).

⁴³ Corte IDH. Caso *García Prieto y otros Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. *Supra*, Párrafo 173.

⁴⁴ HINESTROSA VÉLEZ, J.P. “Valuation of the damages in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and Interamerican Court of Human Rights”. En: *European Public Law Series, supra*.

⁴⁵ Corte I.D.H., Caso *Neira Alegria y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C. N° 29, Párrafo 50. Caso *Anzualdo Vs. Perú*, Párrafo 210: *La Corte tiene presente que la familia Anzualdo no conserva documentos de soporte de los gastos señalados, lo cual es razonable luego de transcurridos más de 15 años desde la desaparición, por lo que fija en equidad la cantidad de US\$15.000,00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América). Esa cantidad deberá ser entregada al señor Félix Anzualdo Vicuña, quien la distribuirá entre los miembros de su familia, según corresponda*. Ver también caso *Neptune Vs Haití*, Párrafo 161, Caso *Radilla Vs México*, Párrafo 370, o caso *González y otras Vs. México*, Párrs. 565 y 566.

⁴⁶ Corte I.D.H., Caso *Gangaram Panday*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C. N° 16; Caso *Genie Lacayo*. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C. N° 30 y Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. *Supra*.

En especial, la Corte determina este daño acudiendo a una apreciación prudente de los daños⁴⁷.

Igualmente, estos medios son los que también valora el TEDH al momento de determinar el daño material⁴⁸.

11.3 Daño patrimonial familiar

Esta categoría de daño, que únicamente es reconocida por la Corte IDH⁴⁹ (ver capítulo II), se prueba acudiendo a los medios de prueba ya citados y a criterios de equidad⁵⁰.

11.4 Daño moral⁵¹

La Corte aplica la equidad en la valoración de este daño de acuerdo con los citados medios probatorios; no obstante, la Corte sostiene que en casos de violaciones a los DDHH se genera una presunción de dolor susceptible de reparación del daño moral:

En el caso particular, el daño moral infligido a la víctima resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes como los que se cometieron contra aquella (detención ilegal, tratos crueles e inhumanos, desaparición y muerte), experimente un agudo sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a la mencionada conclusión⁵².

Es decir que la presunción como elemento probatorio tiene un rol fundamental en la determinación del daño moral⁵³.

⁴⁷ Corte IDH, Caso *Aloeboetoe y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. *Supra*, Párr.17; en un mismo sentido: Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. *Supra*, Párrafo 46 y véase Corte IDH, Caso *Cantoral Benavides. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. *Supra*.

⁴⁸ HINESTROSA VÉLEZ, J.P. "Valuation of the damages in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and Interamerican Court of Human Rights". En: *European Public Law Series, supra*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Corte IDH, caso *Bulacio, supra*.

⁵¹ La Corte IDH lo incluye dentro de la Categoría de Daño Inmaterial.

⁵² Corte IDH. Caso *Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C. N° 43, Párrafo 86.

⁵³ En relación con el manejo de los indicios y las presunciones en general por parte de la Corte IDH ver: GONZÁLEZ, DIEGO et al. *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*. Op. cit.

Los indicios, presunciones, testimonios, peritazgos y pruebas documentales los valora la Corte IDH al momento de probar las otras categorías de daños inmateriales reconocidos por la Corte IDH, tales como alteración a las condiciones de existencia, el proyecto de vida y el daño biológico.

Por último quedaría por anotar la consideración que hace la Corte sobre la valoración de la prueba al momento de tasar los daños:

En el presente caso, la Corte ha seguido los precedentes mencionados. Para la indemnización del lucro cesante ha efectuado “una apreciación prudente de los daños” y para la del daño moral ha recurrido a “los principios de equidad”.

Las expresiones “apreciación prudente de los daños” y “principios de equidad” no significan que la Corte puede actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios. En este tema, la Corte se ha ajustado en la presente sentencia a métodos seguidos regularmente por la jurisprudencia y ha actuado con prudencia y razonabilidad⁵⁴.

Conclusiones

- Cuando se examine la necesidad de la prueba debe considerarse la conmoción social, familiar y personal que produce el actuar delictivo de los GAOML, el terror de las víctimas, la ausencia institucional, la frecuente connivencia entre autoridades e ilegales, el desarraigo forzado, entre otras circunstancias que dificultan el aporte probatorio.
- La ley (incluida la que regula la prueba y su evaluación) no puede ser interpretada en vana abstracción, sino en la complejidad del conflicto y de conformidad con las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por Colombia y la jurisprudencia tanto nacional como de las Cortes Internacionales.
- La Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 5° de la Ley 795 de 2005 (Sentencia C-370 de 2006) estableció una verdadera presunción legal, de daño moral respecto del cónyuge, compañero o familiares cercanos, en los supuestos del inciso 2° del artículo 5° de la Ley 975 de 2005.

⁵⁴ Corte I.D.H., Caso *Aloeboetoe y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. *Supra*, Párr.17; en un mismo sentido: Corte I.D.H., Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. *Supra*, Párrafo 46 y véase Corte I.D.H., Caso *Cantoral Benavides. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. *Supra*.

- En la evaluación de la prueba del daño tendrá que ser el juez especialmente acucioso para entender y desentrañar hechos ocurridos en un contexto sumamente difícil y complejo. Ha de comprender que, por lo mismo, no siempre la prueba será palmaria; que ha de darle importancia especial a la prueba indiciaria cuando no se cuente con prueba directa; tendrá que construir inferencias lógicas a partir de patrones de comportamiento; recurrir cuantas veces sea necesario a las presunciones (por ejemplo respecto del daño moral producido por ciertos delitos); flexibilizar al máximo la crítica probatoria, sin sobrepasar las barreras que la razonabilidad impone, etc.
- El juez cuenta con dos herramientas valiosas: el sistema valorativo de la persuasión racional y la libertad de prueba. Si los utiliza correctamente se acercará al logro de los fines de equidad. Si en cambio se procede con ciego rigorismo, se puede privar de la justa reparación a quien la merece. En el otro extremo, si se actúa con laxitud perniciosa puede propiciarse un enriquecimiento indebido.
- El incidente de reparación integral adopta el sistema de partes. El juez es sujeto supraparte, por eso no puede decretar pruebas de oficio. Si lo hace rompe el equilibrio, además no podría controlarse la legalidad del decreto y práctica de pruebas. No se podría objetarlas por inconducencia o impertinencia. Se exceptúa el caso de demostración clara del daño pero no de su cuantificación.
- Si en el incidente el procesado se ve sorprendido con pruebas desconocidas el juez, para garantizar el equilibrio procesal, puede considerar la posibilidad de suspender la audiencia por el término justo para la réplica.
- Es bueno y prudente que desde que se descarte la conciliación el juez pida a las partes la enunciación de las pruebas para garantizar la mayor transparencia.

Capítulo V

Reparación del daño

1. Reparación

La consecuencia jurídica inmediata de que exista un daño resarcible (en los términos anteriormente indicados), siempre que el mismo haya sido debidamente probado por la víctima, es la reparación correspondiente.

En otros términos, la reparación es el fenómeno que se produce como reacción del derecho al hecho de que una persona le cause daño a otro, tal como lo prevén los artículos 2341¹ y 2356² del Código Civil. En justicia y paz se trata de una responsabilidad extracontractual derivada del delito, de modo que excluiríamos para este trabajo las demás fuentes de las obligaciones previstas en la ley, es decir, el contrato, el cuasi contrato y el cuasi delito (artículo 1494 del Código Civil).

La Ley 975 se refiere a la reparación del daño en los artículos: 1°, 2°, 3°, 6°, 8°, 10, 11, 15, 23, 24, 29, 38.3, 42, 43 y 44-55, con contenido diverso, pero siempre con un mismo sentido: la obligación de los GAOML y de sus miembros de reparar los daños individuales y colectivos ocasionados a las víctimas con las actividades delictivas cometidas durante su permanencia y con ocasión de su pertenencia a tales grupos, para ser beneficiarios de la Ley de Justicia y Paz). Veamos:

- El artículo 1° precisa el objeto de la Ley de Justicia y Paz, y consagra la garantía del **derecho que tienen las víctimas a la reparación**, además de los derechos a la verdad

¹ “Art. 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

² “Art. 2356. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.

y a la justicia, como condición indispensable para la facilitación de los procesos de paz y de reincorporación.

De esa norma inicial surgen, al menos, dos temas que vale la pena dejar planteados: a) la circunstancia de que la garantía de reparación de las víctimas constituye una condición para el cumplimiento de los procesos de paz y de reincorporación, y b) la necesidad de precisar que los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación constituyen tres derechos distintos, con un contenido diverso para cada uno de ellos, circunstancia que no impide una mutua relación y entrelazamiento: la reparación requiere de verdad y de justicia, lo cual hace que los dos últimos, finalmente, también integren la reparación.

- El artículo 2° consagra la norma de interpretación de la ley y señala que la misma –como se ha visto en otros apartes de este trabajo– se debe interpretar de acuerdo con las normas constitucionales y con los tratados internacionales ratificados por Colombia, de lo cual se deduce que el tema de la reparación, visto desde la Ley 975 de 2005, habrá de entenderse, en punto de la reparación de los daños, desde la perspectiva constitucional y del derecho internacional aplicable en Colombia. Esta disposición debe ser completada con el Decreto 4760 de 2005, que en la parte final del artículo 2° agregó la manera de integrar la Ley 975 al establecer que, en lo no previsto en ella, se aplicará la Ley 906 de 2004, y en lo que fuere compatible, la Ley 600 de 2000, la Ley 793 de 2002 y las normas civiles en lo que corresponda³.
- El artículo 3° está destinado a definir la alternatividad, beneficio que –al tenor del texto legal– se concede por la contribución del beneficiario, entre otras cosas, a la **reparación** de las víctimas, norma que, al ser declarada exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, ratificó que la colaboración con la justicia ha de estar encaminada al goce efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, entre otros (Sentencia C-370 de 2006). Por su parte, el Decreto 4760 de 2005, en su artículo 8°, reiteró que el beneficio de la alternatividad “*únicamente podrá concederse*” si se encuentra acreditada la **reparación** de las víctimas, entre otras exigencias, y además dejó establecido que en la sentencia se incluirán las obligaciones de **reparación moral y económica** a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación, mientras que el artículo 4° enfatiza de nuevo que el proceso de reconciliación que se deriva de la Ley 975 de 2005 deberá promover “*en todo caso*” el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

³ Así lo reconoce, por otra parte, la Corte Constitucional en la Sentencia T-1062 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: “Puesto que es pecuniaria la pretensión indemnizatoria, ésta se debe regular conforme a los principios generales del derecho privado, así el trámite sea adelantado por un juez penal”, tesis que ha sido acogida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de 22 de junio de 2006, Exp. 24.817, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

Estos textos legales y reglamentarios dejan ver con claridad que la reparación de las víctimas constituye una condición necesaria para que las personas a quienes tal normativa está destinada se puedan acoger a los beneficios que la misma consagra.

- El artículo 6°, al definir el derecho a la justicia, consagra –a cargo del Estado– el deber de asegurar a las víctimas de las conductas punibles que quedan cobijadas por la ley, el acceso *“a recursos eficaces que reparen el daño infligido...”*, deber que ha de ser atendido “primordialmente” por las autoridades que intervengan en los procesos respectivos.
- El artículo 8° se refiere específicamente al *“derecho a la reparación”*. Allí se establece el contenido de este derecho y precisa que el mismo comprende “las acciones que propendan por” la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición, definiendo cada uno de tales conceptos, y agregando el contenido de lo que se ha de entender por *“reparación simbólica”* y por *“reparación colectiva”*.

Esta disposición fue objeto de reglamento (Decreto 3391 de 2006, art. 16) el cual, luego de reiterar el deber del Estado consagrado legalmente y el contenido del derecho a la reparación, extrae la siguiente conclusión: *“En consecuencia, el carácter integral de la reparación no se establecerá en función exclusiva de las acciones de naturaleza económica”*. Así mismo, este reglamento establece que la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) señalará criterios para los diferentes actos de reparación, “en especial” los de carácter simbólico y colectivo, criterios que “serán considerados” por los jueces al momento de establecer las obligaciones reparatorias.

Esta norma, al menos, genera dos preocupaciones: a) de una parte, el significado que ha de darse a la disposición según la cual la reparación tiene carácter de integral pero que la misma no se establece en función exclusiva de acciones de naturaleza económica; la visión –para nosotros la correcta– consiste en que la reparación, además de las medidas económicas, comprende otras (las de satisfacción, las simbólicas, las de rehabilitación, las de garantía de no repetición, etc., cuyo contenido no será siempre económico) y que, todas en conjunto, integran la reparación. Una interpretación tal parece saludable; la otra, menos afortunada, sería que la reparación económica del daño no es plena y hay que completarla con otras medidas no necesariamente económicas; b) de otro lado, resta por establecer cuál debe ser el alcance de la *“consideración”* judicial de los criterios señalados por la Comisión para la reparación; una interpretación que conduzca a definir la reparación con base en esos criterios de una manera tal que el juez deba sujetarse, en sus decisiones, a los mismos, podría amenazar, cuando menos, el principio de la independencia judicial (artículo 228 de la C.P.).

- Los artículos 10 y 11 contienen normas similares, desde el punto de vista de la finalidad, al establecer como requisito de elegibilidad, bien que la desmovilización

fuere individual o colectiva, la entrega de los bienes producto de la actividad ilegal (artículos 10.2 y 11.5), dado que los mismos estarán destinados a la reparación de las víctimas. Estas normas se enlazan con la prevista por el artículo 17, según la cual en la diligencia de versión libre, quienes pretenden quedar beneficiados por la Ley de Justicia y Paz deben indicar los bienes que se entregan para la mencionada reparación (Decreto 3391 de 2006, art. 9°), y con el artículo 18 que impone la adopción de medidas cautelares. También merece mención aquí el artículo 2° del Decreto 315 de 2007 que, al desarrollar los derechos de las víctimas, les atribuye el de informar sobre bienes que puedan ser destinados a la reparación. Estas disposiciones –como todas las que se refieren a la entrega de bienes, a su naturaleza, a su afectación, etc.,– se tratan, en este trabajo, en un aparte separado.

- El artículo 15, relativo al esclarecimiento de la verdad, determina que la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz (UNFJP) “*deberá investigar*”, entre otros asuntos, los daños causados por los delitos, con miras, como es obvio, a su debida reparación.

Como es natural, surge la inquietud de hasta dónde se extiende la competencia de la Fiscalía y desde dónde comienza la del juez de justicia y paz, en materia de reparaciones. De lo que no queda duda es de que la tarea investigativa comprende los daños causados, es decir, su existencia; por consiguiente, será tarea del Fiscal investigar y establecer los daños individuales (materiales e inmateriales) que produjo el delito que se juzga, así como los daños colectivos que resultan como consecuencia del mismo en los términos que, en desarrollo de este trabajo, se han visto. Quizás lo que no es tarea del Fiscal es la tasación de los mismos (en cuanto se refiere a los daños individuales, tarea que se reserva al juez en el incidente que consagra la ley para esos efectos), lo que no impide que se pronuncie sobre las medidas que estima adecuadas para la debida reparación, sobre todo en lo atinente al daño colectivo y, en general, a las medidas que no tienen, o al menos no directamente, contenido económico indemnizatorio.

- El artículo 23 que introduce el trámite del incidente de reparación integral, cuyo contenido e incidencias ya tuvieron un tratamiento especial en el trabajo, en el Capítulo III al cual remitimos.
- El artículo 24 que, al establecer el contenido de la sentencia, prescribe que la misma incluirá las obligaciones de reparación moral y económica de las víctimas, así como la extinción del dominio de los bienes destinados a ella. Reglamentando esta disposición, el artículo 17 del Decreto 3391 de 2006 consagró que la condena se hará en concreto y los criterios que se deben tener en cuenta para adoptarla.

Este aspecto también sugiere dudas como, por ejemplo, la existencia o no de poderes oficiosos del juez en cuanto se refiere a la prueba de la cuantía del daño en los eventos en que, probado éste, no se tiene prueba de su *quantum*. Aquí se tomará partido por la aplicación del Código de Procedimiento Civil en el sentido de que si al momento

de fallar no existen dudas sobre la existencia del daño, pero se carece de prueba sobre su cuantía, el juez debe acudir a las pruebas de oficio en orden a establecerla y poder cumplir el mandamiento legal de proferir un fallo en concreto. Si, incluso de esa manera no fuera posible establecerla, dadas las circunstancias especiales en las que se mueven este tipo de procesos, las dificultades probatorias de las víctimas (que se deben analizar en el caso concreto), y la circunstancia de que la existencia del daño aparece probada en el proceso, se podrá acudir a la aplicación del principio de equidad, como lo prevé el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 para, con fundamento en el prudente criterio del juez, hacer una tasación justa del perjuicio.

El concepto de equidad y el de justicia *“en el campo puramente axiológico, (...) se confunden hasta identificarse: lo equitativo es justo y lo justo es equitativo. La equidad no sustituye a la justicia, sino que es la misma justicia”*⁴. Sin embargo, los juristas utilizan la equidad como un principio que tiende a lograr la justicia, en un caso concreto, cuando la aplicación estricta de una norma legal (justa, por regla general), *“puede conducir a un resultado irrito, no querido por el legislador, si se aplicara literalmente”*⁵. Eso no significa que se le reste vigencia a la ley o que se la derogue por el mandamiento del juez; quiere decir que, en la tarea de interpretar la norma legal para aplicarla a un caso concreto, el juez se aparta de las exigencias positivas literales con el ánimo de darle un contenido que logre el propósito del derecho consistente en hacer justicia; por eso, comúnmente se dice que la equidad *“es la justicia del caso concreto”*.

Lo anterior sin embargo no puede entenderse como que el juez, con criterios netamente subjetivos y su propio sentido de justicia se aparte, sin más y discrecionalmente, del derecho positivo para introducir sus propias reglas; la equidad tomará siempre como fuente el derecho positivo (artículo 230 de la C.P.)⁶.

Sin embargo, es normal encontrar dos mecanismos diferentes con los cuales el juez puede acudir a la equidad: el primero, y a él se refiere el profesor BREBBIA, tiene que ver

⁴ BREBBIA, ROBERTO H. “La equidad en el derecho de daños”. En: *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Obra colectiva. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, pp. 45 y ss.

⁵ BREBBIA, ROBERTO H. Ob. cit., pp. 45 y ss.

⁶ Como lo sostiene el profesor BREBBIA: *“Esta valoración de la equidad en la aplicación de la función ordenadora, no debe ser hecha de acuerdo con el sentido particular de justicia del juzgador, sino teniendo en cuenta los valores objetivos predominantes en el ordenamiento jurídico, en su conjunto, que el juez debe aprehender durante ese proceso de subsunción del caso a la norma. La decisión justa no debe provenir de una inspiración surgida directamente de su fuero íntimo, sin previo estudio de la normativa aplicable y de las circunstancias del caso. Corresponde que sea una decisión razonada, y la nota de discrecionalidad dentro de la cual funciona la equidad, debe estar inspirada en la noción de justicia que deriva de los principios generales del ordenamiento”*. Véase BREBBIA, ROBERTO H. Ob. cit., pp. 45 y ss.

con la aplicación de la equidad por el juzgador, en tanto “*criterio auxiliar*” de la actividad judicial, como lo prevé el artículo 230 constitucional; allí la equidad constituye un instrumento de interpretación de la ley. El segundo existe cuando la propia ley hace una remisión expresa a la equidad como principio, evento en el cual adquiere una función integradora del derecho positivo⁷. Es claro, sin embargo, que en ninguno de los dos casos su aplicación ha de responder al puro criterio subjetivo del juzgador, sino que debe obedecer a la deducción finalista, previa una interpretación sistemática de la norma a aplicar. En todo caso, en este último evento es fuente del derecho, mientras que en el primero es sólo criterio de interpretación. En nuestro caso, la remisión a la equidad que hace el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 tiene el carácter de mecanismo de interpretación del derecho positivo.

El Consejo de Estado, por ejemplo, en cuanto se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado y a la liquidación de los daños, ha acudido en oportunidades diversas a la aplicación del principio de equidad. Destaquemos estos ejemplos:

- a) Cuando en el proceso no aparece demostrado un ingreso determinado de la víctima, para el cálculo de la base de liquidación del lucro cesante acude, en algunas oportunidades, al salario mínimo legal establecido normativamente, en otras a una especie de salario promedio profesional, y en otras al máximo salario que hubiese percibido una persona en un lapso de tiempo anterior a su muerte⁸.
- b) Incluso, cuando acude al salario mínimo legal, por razones de equidad, hace una comparación sobre los montos del salario vigente al momento de ocurrir el evento dañoso actualizado, con base en el IPC, a la fecha del fallo, y el del salario mínimo legal vigente a esta última fecha, y de los dos escoge, para efectos liquidatorios, el que resulte superior⁹.

⁷ Ver, por ejemplo, la Sentencia de la Corte Constitucional SU-837 de 2002 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, sobre laudos en equidad. Sostiene la Corte, en algunos apartes: “*En el caso de la decisión en equidad, es claro que las razones de respaldo no requieren ser normativas, a diferencia de lo que sucede con la decisión en derecho. Aún cuando el marco mínimo en el que se adopta la decisión en equidad esté fijado en la Constitución y la ley –los árbitros en equidad deben decidir respetando los derechos y facultades constitucionales, legales y convencionales de las partes–, el referente para justificar la decisión es otro, diferente a las normas jurídicas. La decisión en equidad ausulta las circunstancias concretas del conflicto y propugna por la justicia del caso, sin necesidad de basarse en referentes normativos positivos. En cuanto a su justificación, la decisión en equidad debe entonces presentar razones para entenderse motivada. Cuando no existen razones que sustenten la decisión en equidad, ésta no puede ser tenida como ejercicio legítimo de una función pública, al tornarse incontestable y sinónimo de un acto inexpugnable y arbitrario.*”

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 15 de septiembre de 1995, Exp. 8488; 31 de enero de 1997, Exp. 9849; 2 de octubre de 1997, Exp. 10246; 22 de octubre de 1992, Exp. 6951; 19 de junio de 1997, Exp. 11.875; 29 de noviembre de 2004, Exp. 14774.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 19 de julio de 2000, Exp. 11.842; C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; 8 de marzo de 2007, Exp. 15.739, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

- c) La razón de la fijación de topes jurisprudenciales para el daño moral tiene asiento en este mismo principio, así como en el principio de igualdad¹⁰.
- d) La inversión de la carga de la prueba respecto de la falla del servicio, en cuanto tiene que ver con la responsabilidad médica oficial, tuvo por fundamento la denominada teoría de “las cargas probatorias dinámicas”, fundada en la equidad dados los elementos científicos y técnicos que están comprometidos en el asunto y que hacen difícil, cuando no imposible, que la víctima aporte la prueba correspondiente cuya carga debería soportar en los términos estrictos del artículo 177 del C. de P.C.¹¹.
- e) El aligeramiento de la carga probatoria de la víctima, también en lo que toca con la responsabilidad médica oficial, respecto del nexo de causalidad que, a términos del Consejo de Estado, se puede acreditar a través de la prueba indiciaria¹².

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia también acude al principio de equidad cuando para el demandante es difícil concretar el valor de reparación que solicita. En este evento el juez acude a la aplicación de ese principio con el fin de determinar la cuantificación del daño si está probada su existencia.

Sobre este aspecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia¹³:

Con referencia específica al invocado principio de la equidad, vale la pena recordar, además, con apego a numerosos contenidos doctrinarios, jurisprudenciales y, por supuesto, normativos, que no obstante las consecuencias inherentes al ejercicio de la delicada carga probatoria atrás aludida, hay casos en que sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no ha sido posible, pues ante esta circunstancia, el juez, además de estar impelido a usar las facultades oficiosas que en materia probatoria ponen a su alcance las normas procesales, ha de acceder a criterios de equidad que le impiden soslayar los derechos de las víctimas. De ahí que, atendiendo expreso mandato constitucional (art. 230 de la C. P.) y “en guarda del espíritu de equidad que ha de atemperar siempre la aplicación judicial del derecho”, al juez no le esté permitido pasar por alto que “el daño en cuestión, aunque futuro, ha de ser resarcido en tanto se muestra como la prolongación evidente y directa de un estado de cosas” que, además de existir al momento de producirse la muerte accidental del causante, “es susceptible de evaluación en una medida tal que la indemnización no sea ocasión de injustificada ganancia para

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 6 de julio de 2005, Exp. 13.949; C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; 4 de octubre de 2007, Exp. 16058, M.P.: Enrique Gil Botero.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2000, Exp. 11.878, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 3 de mayo de 1999, Exp. 11.169 y de 7 de octubre de 1999, Exp. 12.655.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de octubre de 2004, Exp. 6975, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

quienes van a recibirla y comprenda por lo tanto, sin caer desde luego en el prurito exagerado de exigir exactitud matemática rigurosa en la evidencia disponible para hacer la respectiva estimación, el valor aproximado del perjuicio sufrido (...) ni más ni menos (Sentencia de 7 de octubre de 1999, Exp. 5002).

En efecto, ante la configuración de excepcionales circunstancias fácticas que imposibiliten o hagan en extremo difícil deducir un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño material padecido por las víctimas, y por cuanto “dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, enfrente de los beneficiarios, cierto bienestar que reemplaza al que fue arrebatado por la muerte de una persona”, se colige, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales, que la simple dificultad de tipo probatorio, per se, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización, pues “si ello fuere así, los perjuicios morales de tan inasible evaluación no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias”, lo que, en el entendido de que “la ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios”, lleva ineluctablemente a concluir que “en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho”, admitiendo que “el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática”, y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, “la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo” (XLVI, pp. 689 y 690).

Y no está por demás recordar que la equidad se erige en uno de los más caros criterios teleológicos que debe caracterizar la gestión judicial, no sólo para interpretar la ley cual lo disponen los artículos 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, sino para definir tópicos ajenos a la labor hermenéutica propiamente dicha, inclusive de naturaleza probatoria, pues, v. gr., de conformidad con la Ley 446 de 1998, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas, “**atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales**” (art. 16, se subraya).

En adición a lo explicado con antelación, conviene destacar que –con miras a evitar que su fallo sea blanco de censura por iniquidad– el juez cuenta a su haber con una multiplicidad de mecanismos, bastante eficaces por cierto. Cítase así, por vía de ejemplo, el deber de decretar pruebas de oficio, cuando ellas sean indispensables o por lo menos reporten alguna utilidad. En ese orden de ideas, baste con tener presente que en armonía con el artículo 307 del C. de P. C., la condena al pago de perjuicios, cuando quiera que éstos estén plenamente demostrados, “se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados”, pero si el juez considera que no existe prueba suficiente para la condena en concreto, “decretará de oficio, por una vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin”. Habrá ocasiones, claro está, en que dadas las particularidades excepcionales de un caso específico, esa prueba oficiosa no sea indispensable para tasar el lucro cesante, porque el mismo puede ser deducido acudiendo a otros mecanismos igualmente

admisibles, y habrá otros eventos en que no resulte de mayor utilidad, porque la información perseguida no sea susceptible de obtener de los medios probatorios cuyo recaudo oficioso pudiera disponer el juzgador, quien en todo caso, se insiste, siempre va a contar con instrumentos idóneos para propender eficazmente por la protección de los derechos sustanciales de los justiciables.

Así, a guisa de ejemplo, la Sala memora que la jurisprudencia de esta Corporación, de antaño ha encontrado en la equidad, aún mucho antes de que la ley aludiere expresamente a ella, un criterio valiosísimo en orden a dilucidar lo atinente a la cuantificación del lucro cesante, presente y futuro, solución aplicable, inclusive, para el evento en que esa modalidad de perjuicio material haya derivado de la interrupción de la asistencia alimentaria a los reclamantes, cuando quiera que -a diferencia de lo que por lo regular acontece de mediar una relación de tipo laboral-, ni la actividad lucrativa, ni su remuneración se pueden encuadrar en parámetros temporales y numéricos que ofrezcan mayor uniformidad.

Ciertamente, en múltiples ocasiones en que establecida la existencia del daño y su naturaleza, no es factible precisar su cuantía (como con alguna frecuencia ocurre tratándose de la indemnización por lucro cesante y daño futuro), la Corte ha acudido a la equidad, lo cual no quiere decir, ni de lejos, que esta Corporación se haya permitido cuantificar tal concepto con soporte en simples suposiciones o fantasías. Muy por el contrario, en las oportunidades en que ha obrado en estos términos, la Sala ha sido por demás cautelosa en su labor de verificación de los elementos de juicio requeridos para dar por ciertas las bases específicas de los cálculos por ella deducidos.

En ese orden de ideas, se recuerda que en su fallo de 12 de marzo de 1937, ante la necesidad de definir el lucro cesante causado con ocasión de la muerte de una persona que estaba cesante para la época de su desaparición, pero que, según se acreditó fehacientemente, poco tiempo antes contaba con un empleo, remunerado a razón de \$80.00 mensuales, la Sala concluyó que no obstante la terminación de la respectiva relación laboral, “es prudente pensar que ella estaba en aptitud o capacidad de devengar un sueldo mensual no menor de \$70.00 (XLV-I, pág. 361), apreciación que guarda armonía con la contenida en la sentencia de 20 de noviembre de 1943, de conformidad con la cual, “el que tiene una profesión u oficio: abogado, médico, agricultor, mecánico, etc., ejerce una actividad productiva cuyos rendimientos actuales se conocen más o menos exactamente. Muerta la persona o inutilizada total o parcialmente para seguir trabajando y explotando la ocupación en que vivía, la ganancia o utilidad futura de la víctima o del lesionado es susceptible de cálculo y por ende de evaluación, teniendo por base cierta la utilidad actual” (LVII, pp. 238 y ss.).

Por igual, en muchos casos que así lo han ameritado, para sortear la misma dificultad de tipo probatorio en torno al quantum del lucro cesante, se ha acudido a similares patrones, v. gr. al salario mínimo. Fue así como, acudiendo a las pautas someramente reseñadas, es decir, atendiendo la asistencia económica prodigada periódicamente por el occiso; su efectiva capacidad de producción económica; la posición social del núcleo familiar al que pertenece y la vida probable de la víctima indirecta, esta Corporación

ha sostenido que el monto de la indemnización será impuesto, entre otros factores, atendiendo el valor mensual de la contribución familiar frustrada, que será establecido, “a falta de otra prueba categórica sobre el particular”, sobre la base del salario mínimo por mensualidades (Sentencia de 10 de marzo de 1994, retomada más recientemente el 7 de octubre de 1999, Exp. 5002).

Es más, en su fallo de 8 de julio de 1964, cuando encontró que había de disponerse una condena por los frutos que dejó de producir un predio rural por hechos atribuibles a la parte demandada, ante la imposibilidad de acreditar con exactitud su cuantía dadas las particulares dificultades probatorias que allí se verificaron, la Sala tuvo como tal, el monto de la utilidad que reportó una cosecha anterior (CVIII, pp. 292, 296).

Lo anterior sin contar con otros pronunciamientos en que esta misma Corporación ha efectuado o corroborado condenas concretas, por lucro cesante, no obstante la pluricitada dificultad de tipo probatorio, acudiendo, en todos estos eventos, al principio de la equidad (LVII, p. 244; XLVI, p. 676; LVII, p. 771; LVIII, pp. 841 y 842; LXVIII, p. 496; XCI, p. 666; XCVIII, p. 57; 30 de enero de 1964).

f) En materia de justicia y paz, el recurso a la aplicación del principio de equidad resultará particularmente importante dada la condición de debilidad de las víctimas, por ejemplo, en materia probatoria en relación con todos los elementos de la responsabilidad, es decir el daño y el nexo de causalidad, así como en lo atinente a la prueba de la cuantía de los mismos que no siempre resultará ni fácil ni posible en las gravísimas circunstancias en que los mismos ocurren.

- El artículo 29 señala como exigencia indispensable para acceder a los beneficios de la alternatividad, que “el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley”, frente a lo cual el artículo 8° del Decreto 4760 de 2005 señala que la pena alternativa sólo procede (“únicamente podrá concederse”) si se encuentra acreditada la contribución del beneficiario a la reparación de las víctimas. Es necesario, por consiguiente, para que el desmovilizado se haga acreedor a la pena alternativa que contribuya a la reparación de las víctimas, por ejemplo, con la entrega de bienes destinados a ese fin, con la clarificación de la propiedad, con la revelación de bienes que están en poder de terceros, con el hecho de deshacer los negocios celebrados con el propósito de ocultarlos, con la revelación de fosas donde se encuentran los cadáveres, o los sitios donde están los secuestrados, etc. Sólo cuando se demuestre ante el juez de ejecución de penas, en el procedimiento de justicia y paz que está en cabeza de los Magistrados de conocimiento, la insolvencia actual del condenado, el pago previo de la reparación a la víctima no impedirá la concesión del beneficio de la pena alternativa¹⁴.

¹⁴ Esta interpretación la hacemos teniendo como base la Sentencia de la Corte Constitucional C-835 de 2005, que hace relación al artículo 65, inc. 3 del Código Penal que exige la cancelación de la multa impuesta para poder gozar del subrogado penal de suspensión condicional de ejecución de la pena.

- El artículo 38.3 que consagra como uno de los derechos de las víctimas el de obtener una reparación pronta e integral de los daños sufridos, norma que, atendiendo lo establecido en la Sentencia C-575 de 2006 es constitucional con una doble condición: a) el condenado responde con su propio patrimonio para indemnizar a las víctimas de su(s) delito(s), y b) responde solidariamente frente a las víctimas de los delitos de otros miembros del grupo.
- El artículo 42 que establece, para los beneficiados con la Ley 975, el deber general de reparar a las víctimas, así como, en eventos en que no se identifique al autor del daño, la obligación de reparar a cargo del fondo de reparación. Esta norma está reglamentada por los artículos 15, 16 y 17 del Decreto 3391 de 2006. A partir de allí se debe preguntar el intérprete: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Fondo? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los bienes de que dispone el Fondo? ¿Cómo debe disponer el juez de dichos bienes a la hora de ordenar las restituciones e indemnizaciones correspondientes? ¿En qué condición entra el Fondo, o sea el Estado, en esa labor reparatoria? Estas y otras preguntas se ensayan a responder en este capítulo, en el aparte correspondiente a los bienes.
- El artículo 43 que establece la obligación judicial de disponer la reparación, norma que pudiera interpretarse en el sentido de que la ley está atribuyendo al juez de justicia y paz una competencia oficiosa de reparación, tal y como existía en anteriores códigos de procedimiento penal. La respuesta que hemos dado al asunto, y así quedó registrado en el capítulo III correspondiente al incidente de reparación, es que tales facultades oficiosas no existen y siempre existe la carga procesal de la víctima de reclamar los perjuicios que cree haber padecido y, en principio, de probarlos.
- Finalmente los artículos 44 a 55, que se refieren a los actos de reparación, vale decir: restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción con garantías de no repetición¹⁵; a los programas de reparación colectiva a cargo de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNR) creada por la Ley 975 de 2005, así como la creación del Fondo de Reparación de Víctimas y la función de Acción Social. Esos temas serán tratados en detalle en este capítulo.

Se ha hecho este repaso legal más o menos detallado, respecto del contenido de la reparación en la Ley de Justicia y Paz, porque es necesario, de una parte, trazar el marco

¹⁵ En la Sentencia C-454 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte precisó: “El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas”.

normativo especial de la Ley 975 con el objeto de mirarlo frente al marco general de la reparación de daños establecido en el ordenamiento jurídico colombiano y en el ordenamiento internacional, y deducir la aplicabilidad total o parcial o la no aplicación de estos últimos en la Ley de Justicia y Paz, y de otra, mostrar la enorme importancia (que se desprende del sólo aspecto cuantitativo de la regulación legal) que la ley otorga a la institución reparatoria para la aplicación de la pena alternativa.

1.1 El fundamento de la reparación

El fundamento de la reparación, bajo el esquema trazado por la Ley 975, no puede ser distinto de la obligación jurídica general según la cual quien causa un daño queda en la obligación de repararlo (*neminem laedere*). Desde este punto de vista, el asiento constitucional estará en el artículo 95 de la Constitución Política, ordinal 1°, según el cual “*son deberes de la persona y del ciudadano: 1° respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (...)*”.

Así mismo, el art. 250, num. 6, de la Constitución Política enlista, entre las atribuciones de la Fiscalía, la de “*solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito*”¹⁶.

A partir de allí los artículos 2341 y 2356 del Código Civil establecen la obligación reparatoria “*para el que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro...*” (2341) y que “*...todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta*” (2356).

Ya específicamente en el campo penal, el artículo 94 del Código Penal prescribe que “*la conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados*

¹⁶ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, en la que señala: “Tal como lo ha reconocido esta Corporación, en un Estado social de derecho y en una democracia participativa (artículo 1, CP), los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes y, por ello, el constituyente elevó a rango constitucional el concepto de víctima, como quiera que el numeral 4 del artículo 250 Superior, señala que el Fiscal General de la Nación debe «velar por la protección de las víctimas». Además, el numeral 1 de este artículo dice que deberá «tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito». En desarrollo del artículo 2 de la Carta, al adelantar las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades judiciales deben propender el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad. Esta Corporación ha reconocido que dicha protección no se refiere exclusivamente a la reparación de los daños que le ocasione el delito, sino también a la protección integral de sus derechos a la verdad y a la justicia. Así lo señaló esta Corporación en la Sentencia C-228 de 2002, entre otras razones, para garantizar el principio de la dignidad humana”.

con ocasión de aquella”, y los artículos 95 y 97 del mismo código hacen alusión a los daños materiales e inmateriales, así como a los perjuicios colectivos.

De modo que el fundamento de la reparación de los daños derivados de los delitos cometidos por los GAOML o por sus miembros, y que están comprendidos en el marco de la Ley 975 de 2005, no se encuentra propiamente en dicha ley, dado que, independientemente de la pena imponible (la ordinaria o la alternativa), del juez que la imponga, del procedimiento aplicable y de los fines de la misma, es lo cierto que el autor o autores del delito están obligados, por el ordenamiento jurídico colombiano, a reparar los perjuicios causados con su conducta.

En otras palabras, la Ley 975 de 2005 no hace cosa distinta que reiterar la obligación de reparar que tienen los autores de los delitos que han de quedar cobijados por sus normas; quizás, lo que pudiera resultar relativamente nuevo son las formas de reparación, algunas de las cuales obedecen a la naturaleza propia del proceso de justicia y paz.

1.2 Reparación individual y colectiva

La clasificación que se hizo del daño resarcible, en individual y colectivo, marca diferencias en cuanto a la forma, e incluso el momento de la reparación.

En efecto, los daños individuales –por regla general– se reconocen, calculan y cuantifican en el momento del fallo, y a partir de allí en la generalidad de los casos se tendrá un monto cierto de reparación, al menos, en cuanto al contenido económico de la misma.

En cambio la reparación de los daños colectivos, salvo que se estime una fórmula indemnizatoria –posible como se ha visto– generará una serie de obligaciones cuyo cumplimiento puede dilatarse en el tiempo.

En todo caso, y este es el punto a desarrollar, las medidas de reparación del daño colectivo han de partir de los esquemas trazados por la Ley 975 de 2005, por los decretos reglamentarios y por la CNRR.

1.3 Reparación integral

Por regla general, en el derecho de daños la reparación ha de ser plena, al menos la que se decreta judicialmente; existe una serie de reparaciones precalculadas (reparaciones a forfait) que normalmente son menores en su cuantía, a la plena reparación del daño, v. gr. los accidentes de trabajo, las indemnizaciones por muerte que reconoce la Nación

a los miembros de la fuerza pública, y en cuanto a las víctimas de los GAOML, las previstas en el Decreto 1290 de 2008, entre otras¹⁷.

Lo que tradicionalmente ha entendido la doctrina y la jurisprudencia por “reparación integral” es que la misma debe comprender la totalidad de los daños causados a la víctima, bajo el entendido de que, mediante la reparación se la debe dejar en el mismo estado en que ella se encontraba antes de que el daño se produjese; es decir que la obligación de reparar se extiende al daño, a todo el daño pero nada más que al daño. Desde ese punto de vista, reparación integral y plena se han visto como términos sinónimos.

Así, por ejemplo, el profesor TAMAYO JARAMILLO señala:

*Siempre que la víctima lo solicite así en su demanda, el juez deberá otorgar la total indemnización de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el lesionado*¹⁸.

De modo similar se pronuncia también el profesor FERNANDO HINESTROSA, con estas palabras:

*Por lo demás, el daño determina –en nuestro ordenamiento– la medida de la reparación. El lema de “se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado” pone de relieve la naturaleza cierta y exclusivamente resarcitoria de la acción de responsabilidad. Los punitive damages no tienen cabida en el derecho colombiano, pese a la indicación que hace el artículo 107 del Código Penal de “la naturaleza del hecho” como elemento de juicio para fijar el monto de la “indemnización” del llamado “daño material”, cuando dentro del proceso no existe base suficiente para fijarlo, y pudiera agregarse que no obstante que más o menos explícitamente la doctrina, quizás siguiendo el sentimiento de las gentes, estima que la condena indemnizatoria conserva su sabor y su valor punitivo, vindicativo, iniciales, y ese es el tratamiento que le da en la práctica, sobre todo a la compensación del daño moral*¹⁹.

Las apreciaciones de tan ilustrados juristas sirven para concluir: a) que en nuestro derecho opera el concepto de la reparación integral; b) que es extraña a nuestra tradición

¹⁷ Vale la pena advertir que este decreto, que dice tomar como fuente la Ley 975 de 2005, la cual como se ha visto propende –fundamentalmente– por la reparación judicial, introduce un programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los GAOML, a cargo de la Agencia Presidencial para la Acción Social –Acción Social–.

¹⁸ Op. cit., p. 189.

¹⁹ Prólogo al texto *El Daño* de HENAO, JUAN CARLOS. Op. cit.

la aplicación del daño punitivo y por ende debe excluirse, y c) que la responsabilidad civil tiene carácter reparatorio.

De otra parte, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 prescribe: *“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”* (se subraya), norma a partir de la cual no queda duda de la imperiosa aplicación del principio de reparación integral sin que importe el tipo de proceso de que se trata o la jurisdicción ante la cual el mismo se adelanta, salvo –claro está– que la ley dispusiera excepciones que, a nuestro juicio, no es el caso de la Ley 975.

Así, entonces, la regla constitucional –artículo 250 numeral 6– y legal –artículo 16 de la Ley 446 de 1998– nos sirven de fundamento para la aplicación en Colombia del principio de reparación integral. Tal cosa significa que a la víctima (a través de la reparación) se la ha de dejar en idénticas condiciones a las que tenía con antelación a la ocurrencia del evento dañoso.

La aplicación de ese principio, sin embargo, puede resultar ajustado a sus términos cuando es posible restituir el bien o el derecho lesionado a la víctima; es lo que se conoce como la reparación *in natura* o restitución, y la Ley 975 prevé algunos eventos que se deben detallar.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional, en Sentencia C-060 de 2008, señaló:

La cancelación de títulos de propiedad y registros fraudulentamente obtenidos es una medida eficaz y apropiada para el restablecimiento del derecho y la reparación integral de las víctimas en un proceso penal.

Sin embargo, ese tipo de reparación no siempre es posible, y no lo es, a) porque el bien a restituir no existe, desapareció, se destruyó, etc., o, b) porque el bien o derecho lesionado no está en el comercio, por consiguiente carece de precio y de valor de uso y, en consecuencia, no es posible cuantificar el daño. Tales hipótesis, en principio, son aplicables tanto bajo el esquema de un daño individual como de uno colectivo. En efecto puede ocurrir, por ejemplo, que la casa –de propiedad de la víctima– desapareció, se incendió, fue destruida, los ganados fueron sacrificados, las cosechas fueron utilizadas, etc.; en todos estos ejemplos iniciales se trata de bienes con significación económica, y por consiguiente la indemnización calculada sobre el justiprecio de los mismos será la fórmula adecuada a la reparación integral. Empero, la pérdida de la vida o la mutilación física, o la pérdida de la sanidad mental, o de la funcionalidad física o psíquica del ser humano, etc., son asuntos que no admiten indemnización en el sentido estricto del

término, en tanto se trata de la afectación de bienes que, ellos mismos, carecen de valor pecuniario y, por consiguiente, su afectación, su pérdida sigue idéntica característica.

En todo caso, y como se ha visto, en el primero de tales eventos se acude a la indemnización por el equivalente monetario, calculando, directamente o a través de peritos, el monto del daño. En el segundo, tal cosa no es posible y será menester que, mediante el prudente arbitrio del juez, se determinen medidas de satisfacción a favor de las víctimas, las cuales pueden ser económicas aunque no solamente económicas. Se trata de dos principios cuyo manejo concreto no siempre resulta fácil: el principio de equidad y el principio del *arbitrium iudicis* que, como se ha deducido insistentemente, no significa una actuación arbitraria del juez, sino que consiste en que éste, con base en los medios probatorios contenidos en el expediente, de modo razonado, aplique su juicio prudente al caso concreto; en la medición correspondiente el juez debe atender, entre otros criterios, a las cuantías que él mismo y otros jueces, sobre todo los de jerarquías superiores de la jurisdicción²⁰, han reconocido en casos similares, de modo tal que si decide apartarse de los mismos, dicho alejamiento ha de estar precedido de un análisis serio y suficiente sobre las circunstancias concretas del caso. Significa lo anterior que, al lado de los ya mencionados principios, se debe proteger el derecho a la igualdad de las personas, sobre todo en un asunto en el que la discrecionalidad del juez aparece evidente.

Ya hemos aludido, en otros apartes de este mismo trabajo, a la aplicación del principio de equidad en el derecho de daños, tal como lo establece la Ley 446 de 1998, en el artículo 16; dicho recurso es más notorio allí donde la competencia del juzgador reviste características de discrecionalidad, y uno de los aspectos que más sobresale es precisamente la medición del daño inmaterial para darle cuantía y hacer la condena correspondiente en favor de la víctima.

Debe, pues, el juzgador extraer de los medios de prueba (salvo en los eventos en que la víctima está exenta de la misma), tanto la existencia del daño inmaterial como su

²⁰ “La armonización de los textos legales citados permite inferir que las exigencias para la demostración y liquidación del daño se predicen del perjuicio material, dejando al Juez la facultad de fijar los no valorables pecuniariamente que son los morales de carácter subjetivado en razón a que afectan el fuero interno de las víctimas o perjudicados, ya que se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja o la aflicción que sienten las personas como consecuencia directa e inmediata del delito, cuyo único límite está determinado por la ley a partir de factores relacionados con la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. De manera que la tasación del daño moral subjetivado escapa a toda regulación por intermedio de perito, sin que surja la obligación de su designación para ese efecto y la necesidad de esperar sus resultados, pues la determinación de su monto es un acto atribuido por ministerio de la ley al Juez de manera privativa, como desde la sentencia del 26 de agosto de 1982 lo ha indicado la Corte. (...). Dicha facultad legal se asienta en el buen juicio, el prudente criterio y el uso adecuado de la discrecionalidad otorgada al juez, cuyo límite según lo advertido está constituido por la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado y nada más”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 12 de diciembre de 2005, Exp. 24.011, M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

intensidad; lo primero sirve para condenar; lo segundo para condenar en concreto, es decir para establecer el *quantum* indemnizatorio, y si bien, como se verá, existen topes legales (en el Código Penal) o jurisprudenciales (en materia civil y contencioso administrativa), es claro que de ese *monto-tope* hacia abajo debe el juez utilizar su prudente juicio, a partir de las pruebas del proceso, para hacer la estimación respectiva.

En el caso de las víctimas de la Ley 975 de 2005, el juez estará obligado (artículo 230 de la Constitución Política) a aplicar para el caso de los daños inmateriales el tope legal establecido en el Código Penal en 1.000 salarios mínimos legales mensuales²¹, pero para la dosificación tomará en consideración la intensidad del daño, para lo cual son criterios indicadores el grado parentesco, la cercanía afectiva, e incluso la gravedad del delito cometido. Los daños materiales, por el contrario, deberán ser probados en el proceso.

Lo cierto es que en los dos últimos eventos mencionados la aplicación del principio de reparación integral se convierte en un ideal a alcanzar mediante la decisión indemnizatoria; en todo caso, la idea motor del asunto ha de ser que por cada daño sufrido (para lo cual hay que identificar cada derecho lesionado a la víctima), se debe disponer la correspondiente reparación. Esa fórmula se entiende comprendida, en el estadio actual del derecho colombiano, bajo la consideración de que los perjuicios materiales revisten las modalidades de daño emergente y lucro cesante y los inmateriales, las de daño moral y perjuicio a la vida de relación. La pérdida de oportunidad, que también se indemniza, puede tener ocurrencia tanto en el campo material como en el inmaterial. Aparte queda, claro está, el daño colectivo.

De todas formas, la reparación bajo el esquema de la Ley 975 de 2005 ha de ser plena e integral, y esa conclusión se deduce de la Ley 975 de 2005 y de los pronunciamientos de la Corte Constitucional²²; más aún, la indemnización plena e integral (entendiendo por plena la reparación de la totalidad del daño y, por integral, aquella que no solamente está contenida en medidas de carácter económico), es una de las condiciones (entre varias) para la aplicación de la pena alternativa²³.

Sobre ese particular vale la pena destacar algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional que pueden resultar esclarecedores:

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda.

²² Véase Corte Constitucional, Sentencias C-916 de 2002; C-227 de 1998; C-370 de 2006, apartes 6.2.4.1.10 y ss., C-454 de 2006; C-1199 de 2008, entre otras. En la Sentencia C-916 de 2002 la Corte hace un estudio sobre el derecho a la reparación integral en el derecho internacional y en el derecho comparado.

²³ Sin embargo, no habrá lugar a la reparación o ella se verá disminuida cuando el daño se produce por culpa de la propia víctima. Véase Código Civil, art. 2357.

Así, sobre la integralidad de la reparación, la Sentencia C-060 de 2008 apunta:

Los derechos de las víctimas dentro del proceso penal tienen una importancia cardinal, y no se agotan en la mera reparación económica de los perjuicios irrogados con la conducta punible, pues además de la reparación que debe ser integral, se agregan la posibilidad de conocer la verdad a cerca de los sucedido y que se haga justicia, sancionando conforme la ley a quien o quienes hayan cometido el delito (subrayas fuera de texto).

Con un sentido similar, la Sentencia C-916 de 2002, concluye:

3.3. De las características de la regulación de la indemnización de perjuicios que establecen las leyes 599 de 2000 y 600 de 2000, sobresalen tres elementos relevantes para efectos de la determinación de la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal:

(i) la indemnización integral de los daños ocasionados por la conducta punible incluye tanto los daños materiales como los morales, como quiera que el objetivo de la reparación es que, cuando no es posible que las cosas vuelvan al estado anterior a la ocurrencia del delito se compense a las víctimas y perjudicados por los daños sufridos;

(ii) la liquidación de los perjuicios ocasionados por el delito se debe hacer de acuerdo con lo acreditado en el proceso penal, como quiera que la acción civil dentro del proceso penal depende de que la parte civil muestre la existencia de los daños cuya reparación reclama y el monto al que ascienden;

(iii) cuando no es posible la valoración de los perjuicios, se acude a criterios, tales como la magnitud del daño y la naturaleza de la conducta, puesto que el legislador orientó la discrecionalidad del juez penal frente a este tipo de daños, cuyo quantum sólo puede ser fijado con base en factores subjetivos.

En la Sentencia C-1199 de 2008 señaló:

De otra parte, con apoyo en lo previamente establecido, se insiste en que la reparación es un conjunto integral de acciones encaminadas a borrar o desaparecer los efectos que sobre las víctimas han dejado los crímenes cometidos, lo que sin duda trasciende la dimensión puramente económica, e incluye, como elementos de comparable importancia, otro tipo de acciones, de efecto tanto individual como colectivo, que restablezcan la salud, la autoestima y la tranquilidad de las víctimas y de las comunidades a las que ellas pertenecen (subrayas fuera de texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁴, fundada en estas apreciaciones de la Corte Constitucional, expresa un pensamiento similar:

1. Si bien inicialmente la intervención de la víctima o del perjudicado en el trámite del proceso penal estaba limitada a la obtención de la reparación de los perjuicios materiales o morales que se hubiesen generado con la comisión de la conducta punible, con la expedición de la Constitución Política de 1991, acorde con las tendencias del derecho comparado y el desarrollo de la teoría de los derechos humanos de las víctimas, han conllevado el reconocimiento de que la intervención de las víctimas o perjudicados con el hecho punible en el proceso penal tiene una nueva perspectiva, la búsqueda de la verdad, de la justicia y la reparación económica, sólo de esta manera podrá obtener una protección plena de sus derechos, que no se limitan a los meramente patrimoniales, pues, igualmente, pueden resultar afectados otros, como los derechos a la dignidad, a la honra y al buen nombre, que sólo mediante la obtención de la verdad histórica pueden ser restablecidos.

Cabe advertir que a juicio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal²⁵, incluso los derechos a la verdad y a la justicia pueden relativizarse.

De las citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales que vienen de hacerse, se puede deducir:

- a) Que el daño causado por el delito (que es el que concretamente nos interesa) ha de ser reparado integralmente, lo cual significa que se debe reparar la totalidad del daño el que, según el esquema que hemos dejado planteado en este trabajo, es un daño material, inmaterial, colectivo y pérdida de oportunidad. A términos de la Corte Constitucional y del derecho internacional ha de comprender, fundamentalmente, tres derechos de la víctima: la verdad, la justicia y la reparación. En todo caso, *no es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia*^[24].
- b) Que el daño producto de la actividad delictiva merece indemnización plena; por tal se entiende que los daños cuantificables económicamente (que, en principio, serán los daños materiales en cualquiera de sus modalidades) se deben reparar, bien a través de la restitución de los bienes afectados, que es una especie de restablecimiento del derecho afectado, o bien mediante el equivalente monetario, es decir, mediante una indemnización, en el monto exacto a que ascienda la afectación del derecho de la víctima.

²⁴ Sentencia de 29 de septiembre de 2006, Exp. 23.687, M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés.

²⁵ Sentencia de 1º de julio de 2009, Exp. 30.800, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

Otros derechos no cuantificables económicamente serán reparados mediante otros mecanismos, varios de los cuales aparecen en la lista que hace el artículo 44 de la Ley 975, reparación que no necesariamente será de carácter económico.

- c) Que las dos características anteriores pueden ser susceptibles de tener limitaciones, bien en cuanto a la integralidad o bien en cuanto a la plenitud de la reparación; tales limitaciones, sin embargo, sólo pueden ser establecidas por el legislador.

1.4 Reparación individual

Con el enfoque que se acaba de hacer es conveniente discriminar las diversas formas de reparación, y para ello es menester recordar la identificación de los diversos tipos de daños que se hiciera en el segundo capítulo de este trabajo, esta vez con el solo propósito de determinar, de modo general, es decir sin llegar aún a la tasación o cuantificación del daño –asunto que se abordará más adelante–, los mecanismos reparatorios.

De esta manera, lo primero que encontramos, vista la víctima que los padece, son los daños de tipo individual, que como recordamos son aquéllos que afectan en el caso de justicia y paz sólo al individuo no a la persona jurídica, en sus derechos o intereses de orden material o inmaterial.

1.4.1 La reparación de los perjuicios materiales

Se dijo atrás que los perjuicios materiales, según lo previene el Código Civil, son de dos clases: el daño emergente y el lucro cesante.

Uno y otro deben ser reparados plenamente, en el entendido de que comprenden todos los derechos, bienes e intereses afectados con el delito y en la cuantía real del daño, según se haya probado en el proceso. Obviamente, como se desprende de lo dicho, el daño ha de aparecer probado en el proceso, circunstancia ésta que impone una doble carga al demandante: (i) la alegación del daño que reclama y (ii) la prueba del mismo²⁶.

En los casos a los que se refiere la Ley 975 de 2005, el daño emergente estará constituido, fundamentalmente, por pérdida o deterioro de muebles o inmuebles, así como su reparación si la hubo; por gastos médicos y servicios hospitalarios de la persona que haya sido lesionada (sin perjuicio de que, con posterioridad, haya muerto), por los costos de medicinas, de elementos ortopédicos, por los costos psiquiátricos y psicológicos, por el pago de enfermera, por los costos de transporte de cadáver y de su búsqueda, por

²⁶ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencias de 20 de septiembre de 2006, Exp. 23.687, M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés, y de 26 de noviembre de 2001, Exp. 15.243, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

los costos de sepelio, por los costos de regreso al sitio de residencia (por ejemplo en los casos de desplazamiento), por los costos por reclamaciones en casos de despojo de bienes, si las hubo, por los costos que genera la pérdida del empleo y otros similares. Se reitera, el daño emergente puede ser actual o futuro.

A su turno, hacen parte del lucro cesante la no percepción de: ingresos laborales por razón de la lesión, la muerte, desplazamiento o amenaza, o de ganancias y utilidades de bienes muebles o inmuebles que se perdieron o se deterioraron o que debieron abandonarse por razones similares, o de negocios que se frustraron a último momento, o de oportunidades que, siendo reales, se perdieron, etc.

En cuanto al daño emergente, sobre todo sobre bienes muebles e inmuebles que se perdieron porque, por ejemplo, pasaron a poder de otro, será posible, como se verá más adelante, la restitución. En caso contrario, será forzosa la indemnización por el equivalente monetario; en cambio, respecto del lucro cesante sólo parece ser de recibo esta última posibilidad, para lo cual ha de atenderse, por ejemplo, en el caso de ingresos laborales, el tipo de incapacidad que dejó la lesión, que puede ser transitoria (evento en el cual el lucro cesante se reconocerá hasta el final de la incapacidad) o permanente (evento en el cual hay que reconocer la indemnización por el resto de la vida probable de la víctima), y puede ser total (caso en el cual el reconocimiento se debe hacer por el cien por ciento de los ingresos) o parcial (evento en el que se debe reconocer la suma correspondiente al porcentaje de incapacidad, teniendo en cuenta que la que supere el 50% se entiende total según las reglas laborales vigentes en Colombia²⁷). En cambio, si el lucro cesante proviene de la pérdida de inmuebles, o de cultivos, o de cosechas, o de semovientes, etc., habrá de probarse la producción de los mismos, para lo cual se deberá tener en cuenta las dificultades probatorias que las excepcionales circunstancias que vive la víctima suponen y, por consiguiente, se podrá aplicar el principio de equidad.

1.4.2 Los perjuicios inmateriales

Según dijimos, comprenden el daño moral y el perjuicio a la vida de relación, y los dos se deben probar tanto en cuanto a su existencia como respecto de su intensidad; el juez debe apreciar, primero, que se sufrieron, y luego cuál fue la intensidad o gravedad de cada uno de ellos; lo primero (la existencia) le permitirá al juzgador declarar la responsabilidad civil así como el reconocimiento del daño; lo segundo (la intensidad del daño inmaterial) es indispensable para que el juez disponga el *quantum* del reconocimiento monetario, si la compensación se hace de esta manera.

²⁷ Ley 100 de 1993, art. 38 y Decreto 917 de 1999, art. 2º, lit. a).

La ley penal ha establecido topes en relación con el daño moral causado por el delito, topes que la Corte Constitucional ha encontrado ajustados a la Constitución y que, por lo tanto, responden al principio de reparación integral; no ocurre lo mismo con el daño a la vida de relación, normalmente mucho más grave que el moral, respecto del cual el juzgador, con fundamento en lo que le revele el expediente, ha de utilizar su juicio prudente²⁸.

1.4.3 La pérdida de oportunidad

Puede presentarse respecto de los daños materiales como de los inmateriales; así, en el primer rango, se tendrá por tal la no posibilidad de participar en competencia o concurso, por ejemplo, de procesos públicos o privados de selección contractual, o en procesos de selección de la función pública o de entes particulares. En el segundo se ha encontrado jurisprudencialmente la pérdida de oportunidad “de sobrevivencia”, en los casos en que el juzgador, a partir del análisis de la causalidad, llega a la conclusión de que un paciente habría de morir forzosamente como consecuencia de la enfermedad o de la dolencia que padece, pero la intervención médica (u otra, para nuestro caso por ejemplo la conducta ilícita de un miembro del GAOML contra esa persona), acelera el proceso del fallecimiento²⁹.

La indemnización en estos casos será de más difícil apreciación y, por lo general, queda librada al arbitrio del juzgador con fundamento, como es obvio, en las piezas procesales.

1.5 Modalidades de reparación

En este apartado se trata de examinar algunas de las modalidades de reparación especialmente establecidas por la Ley 975 de 2005, tales como la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción, la garantía de no repetición, aparte claro está (solo por razones metodológicas) de las reparaciones colectivas y simbólicas. El fundamento lo encontramos en los artículos 44, inciso primero, según el cual “*La reparación de las víctimas de la que trata la presente ley comporta los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción*”, y en el artículo 8° que prevé: “*El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas*”.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 19 de julio de 2000, Exp. 11.842, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; 19 de julio de 2001, Exp. 13086, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de mayo de 2008, Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01, M.P.: César Julio Valencia Copete.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, Exp. 11.878, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

1.5.1 Restitución

Está prevista en el artículo 8° de la Ley 975 en estos términos: “Restitución es la realización de las acciones que propenden por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito”, y el artículo 46, según el cual, “La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades”.

La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, al fijar los criterios para la reparación de las víctimas y referirse a la *restitución del derecho*, la identifica con

*el restablecimiento de la situación a aquella que se tenía antes de la violación del derecho. La restitución implica restablecer a la víctima, entre otras situaciones, el ejercicio y disfrute de las libertades individuales y los derechos humanos, la vida familiar, el empleo y los bienes perdidos como causa de las violaciones cometidas, así como garantizar el regreso al país o el regreso al lugar de residencia*³⁰.

Desde el ángulo doctrinario, AURA PATRICIA BOLÍVAR indica que

*la restitución completa (restitutio in integrum) de los derechos afectados consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación, por medio de medidas que permitan el restablecimiento de los derechos de la víctima, entre otros, la ciudadanía, la libertad, la identidad y la restitución de bienes y propiedades, el retorno al lugar de origen y la reintegración a su empleo*³¹.

Como se dijo, la restitución es la misma reparación *in natura* o *restitutio in integrum*, mediante la cual se devuelve a la víctima el bien o el derecho frente al cual se produjo la lesión; por supuesto que para que esta modalidad reparatoria pueda operar es indispensable que resulte posible la restitución, porque el bien o el derecho es, en su propia naturaleza, restituible, porque el bien se conserva, es decir, no ha sido objeto de destrucción, etc.

La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal³², lo expresa de esta manera:

³⁰ CNRR. *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*. Bogotá, 2007, pp. 80 y ss.

³¹ BOLÍVAR, AURA PATRICIA. “Mecanismos de reparación en perspectiva comparada”. En: *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Obra colectiva. Ed. Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez, Rodrigo Uprimmy Yepes.

³² Sentencia de 20 de abril de 2005, Exp. 16.015, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

Esto significa que cuando la restitución del objeto material es posible, es ésta la que debe hacerse por el procesado, y que solo cuando sea irrealizable, porque el objeto material ha desaparecido, o ha sido destruido, o el imputado no está en condiciones de recuperarlo, puede acudir a la restitución por equivalencia, que se concreta, según lo establece la norma, en el pago del valor del objeto. En ambos casos (restitución natural y por equivalencia), el responsable debe indemnizar al ofendido los perjuicios causados.

Es de precisarse que si el objeto material fue recuperado, o no alcanzó a ser objeto de apoderamiento como acontece en las tentativas, la reducción se obtiene si el responsable indemniza los perjuicios causados con el hecho punible, de acuerdo con la estimación que de ellos haga bajo juramento el perjudicado, o la que pericialmente se realice (art. 295 C. P. P.).

La ley señala tres casos de restitución³³, sin pretensiones de ser limitativa; se refiere a la restitución de la libertad, en el caso de los secuestrados; el retorno (la restitución a) al lugar de residencia, en el caso de los desplazados, y la devolución (restitución) de las propiedades, en el caso de despojo por cualquiera de los medios que la imaginación delincencial introduce.

La restitución de la libertad es fácilmente comprensible; el retorno al lugar de residencia de la víctima será un poco más complejo porque implica la adopción de medidas que le permitan y le garanticen a la víctima una estancia tranquila y segura, pero además porque tal medida puede comportar o no la devolución de bienes según haya sido la situación de la persona damnificada con antelación a la ocurrencia del delito que le generó el daño.

Y en relación con los bienes que el condenado debe devolver a la víctima, se presentarán muchas situaciones difíciles. El juzgador deberá averiguar si están en poder del condenado o de un tercero y a qué título, para tomar las medidas necesarias en orden a que se cumpla adecuadamente la restitución³⁴. Las Comisiones Regionales para la

³³ El artículo 44 de la Ley 975 de 2005, al enlistar los “actos de reparación” señala, en orden a la restitución los siguientes: 1) la entrega al Estado de bienes para la reparación de las víctimas, acto frente al cual el artículo 16 del Decreto 4760 de 2005 dispone que “con el fin de proteger los derechos de las víctimas y de los terceros de buena fe y posibilitar el ejercicio oportuno de sus derechos, la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional-Acción Social pondrá de manera permanente en conocimiento público el listado de bienes que en desarrollo de la Ley 975 de 2005 le hayan sido entregados para la reparación de las víctimas y posibilitará su consulta a través de sus oficinas a nivel territorial, así como de los medios tecnológicos de que disponga”; 2) la colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas; 3) la búsqueda de los desaparecidos.

³⁴ En ese punto se detuvo la Corte Constitucional para declarar la inexecutable de la expresión “de ser posible” del artículo 46 de la Ley 975 de 2005, con que condicionaba la devolución de las propiedades a la víctima. Véase Sentencia 370 de 2006, aparte 6.2.4.1.23.

Restitución de Bienes tiene la responsabilidad de propiciar los trámites relacionados con las reclamaciones sobre la propiedad y tenencia de bienes en el marco de la Ley de Justicia y Paz³⁵.

El condenado estará en la obligación de entregar los bienes de procedencia ilícita, al menos inicialmente, y para ello debe deshacer los negocios que los ocultan o para encontrar los que están en poder de terceros; si así no fuera, se estará incumpliendo la obligación de reparar a la víctima, y para ello –y el esfuerzo del juzgador ha de ser grande– en muchas oportunidades será menester deshacer negocios que conducen a su ocultamiento, circunstancia que impediría la reparación restitutoria que exige la ley.

Es claro, además, que si los bienes de procedencia ilícita recobrados tenían su dueño legítimo (la víctima del delito), la restitución del bien ha de proceder en todos los casos.

Finalmente, la circunstancia de que se restituya el bien no implica necesariamente que se haya cumplido con la obligación de reparación integral y plena; en efecto, el atentado contra la libertad de las personas, el desplazamiento de su lugar de residencia, el despojo de sus bienes, genera –sin dudas– otros daños materiales e inmateriales que la sola restitución no cubre y que es necesario reconocer e indemnizar. Así, por ejemplo, la desposesión de un bien inmueble generó un lucro cesante, es decir, ingresos provenientes de su explotación que su legítimo dueño o poseedor no pudo percibir mientras tal circunstancia irregular se mantuvo y hasta la devolución o restitución correspondiente; el secuestrado, de modo similar, no pudo percibir los ingresos que normalmente recibía y otro tanto ocurrirá en el caso del desplazamiento forzado. Ni qué decir que en todos esos casos es perfectamente posible que se hayan hecho gastos tendientes a la recuperación de los indicados derechos, los cuales podrán reclamarse a título de daño emergente.

1.5.2 Indemnización

La Ley 975 de 2005, en el artículo 8°, define lo que ha de entenderse por indemnización: “*la indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito*”, definición que coincide tanto en el lenguaje común como en el jurídico general, en los cuales se entiende por tal el resarcimiento de un daño o perjuicio³⁶. Consiste, por consiguiente, en el pago de los perjuicios ocasionados con el delito y en relación con los cuales no

³⁵ Véase Ley 975 de 2005, arts. 52 y ss.

³⁶ OSORIO, MANUEL. *Diccionario de la Lengua Española, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Edit. Heliasta, 1998.

es posible la restitución o la reparación *in natura*, siempre que se admita para ellos compensación dineraria.

Este concepto engloba tanto los perjuicios materiales como los inmateriales, y en los primeros el daño emergente y el lucro cesante, y en los segundos el daño moral y el perjuicio a la vida de relación. Eventualmente puede comprender también el daño colectivo.

Respecto de los primeros (los materiales) la indemnización debe comprender el valor de las cosas perdidas, el deterioro de las cosas dañadas, los desembolsos que tuvo o tendrá que hacer la víctima como consecuencia del daño, así como los ingresos no percibidos por la ocurrencia del evento dañoso. Todo ello es valorable porque se trata de derechos, bienes e intereses materiales que están en el comercio, y por lo mismo tienen valor de uso y valor de cambio, y para hacerlo será válido y eficaz cualquiera de los medios de prueba aceptados en el ordenamiento jurídico colombiano.

Respecto de los segundos, que carecen de las características anotadas para los materiales, no es posible estimarlos en dinero, y por ello para resarcirlos se pueden adoptar medidas diversas entre las cuales una de las más frecuentes consiste en una satisfacción monetaria. Para ello, en lo que hace referencia al daño moral, en nuestro sistema se combinan unos topes: a) unos legales, como es el caso del artículo 97 del Código Penal que determina un monto máximo de 1.000 salarios mínimos legales mensuales para compensarlo; b) otros jurisprudenciales, como ocurre por ejemplo en el Consejo de Estado que ha fijado, en los casos en que la reparación ha de correr a cargo del Estado, un tope para el daño moral de 100 salarios mínimos legales mensuales, o como sucede en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que periódicamente incrementa los montos por daño moral en valores absolutos³⁷. La razón de ser para la fijación de estos topes es la preservación del principio de igualdad de las víctimas, de modo que, frente a circunstancias similares, la compensación sea también parecida.

En los eventos reparatorios previstos por la Ley 975 de 2005, será forzoso que el juez cuantifique el daño moral tomando en cuenta el monto máximo previsto en el Código Penal (1.000 SMLM), dado que se trata del perjuicio moral causado por el delito cometido por los GAOML y sus miembros y, por consiguiente, le estarán vedadas las fórmulas jurisprudenciales del Consejo de Estado o de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, por mandato del artículo 230 constitucional.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias de 6 de mayo de 1998, Exp. 4972; 30 de junio de 2005, Exp. 00650 y de 12 de mayo de 2000, Exp. 5260.

En cambio, para el caso del daño a la vida de relación no se ha cumplido esa tarea, muy difícil por lo demás, de modo que el monto queda al prudente juicio del juzgador según las circunstancias probadas del caso. Queremos significar que, en este evento, ni la ley ni la jurisprudencia han señalado techos cuantitativos para la reparación. Lo cierto es que en la mayoría de las veces el daño a la vida de relación resulta siendo mucho más grave (y por lo mismo más cuantioso) que el daño moral.

De todas maneras, con topes o sin ellos, el campo para la discreción del juzgador es amplio lo cual, sin embargo, no significa que puede fijar el monto de la compensación sin ninguna consideración ni análisis. No. El juez tiene la obligación, como en todos los casos, de obtener la prueba del daño inmaterial y la prueba de la intensidad del mismo con el propósito de modular el monto dinerario de satisfacción a la víctima. No es igual, en condiciones normales, por ejemplo y por las solas reglas de la experiencia, el dolor que produce la muerte de un hijo a la desaparición de la familia completa; sin duda la intensidad del daño en este segundo caso supera notoriamente el primero; o el dolor será, sin duda, más intenso si el hijo es obligado a presenciar el asesinato de su padre, y mayor aún, si el mismo es objeto de torturas o de tratos infamantes, o si le impiden disponer del cadáver, etc.

En los eventos de daño colectivo, dado el derecho o interés o bien jurídico que ha sido objeto de lesión, es posible que el mismo pudiera ser objeto de restitución y ésta será la medida aconsejable; por ejemplo, frente a la contaminación de un río, la descontaminación del mismo en un plazo prudencial; frente a la destrucción de una escuela o de un campo deportivo, su construcción o reconstrucción, etc. Con todo, y como hemos dicho, también la ley prevé la posibilidad de la indemnización mediante la fijación de un monto (en muchas oportunidades sería aconsejable la prueba por peritos) para la recuperación del bien o del derecho afectados; esa suma podría recibirla, como lo prevé el artículo 34 de la Ley 472, la entidad pública encargada de la tutela del derecho, interés o bien jurídico colectivo correspondiente, y bien puede dedicarse no a la restitución, si no es posible, sino a la sustitución de ese bien por otro que resulte igualmente valioso para la colectividad.

1.5.3 Rehabilitación

Según la definición del artículo 8° de la Ley 975 de 2005, “*la rehabilitación consiste en realizar acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito*”. Y, luego, en términos del artículo 47 de la misma ley, la rehabilitación deberá incluir la atención médica y psicológica para las víctimas o sus parientes en primer grado de consanguinidad de conformidad con el presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas.

Rehabilitar es habilitar de nuevo o restituir una persona o cosa a su estado antiguo³⁸, sólo que en este caso la rehabilitación se está refiriendo a la recuperación del estado físico y psicológico de la persona que ha sufrido desmedro por razón de la acción delincencial de los GAOML, por ejemplo, por razón de desplazamientos forzados, del sometimiento al terror permanente, del asesinato de seres queridos, de la presencia de torturas a que fueron sometidos sus parientes, de las propias lesiones físicas o psicológicas, o de las que padecieron los parientes, del estado de violencia general, de la violación masiva de derechos humanos, etc.

Es por eso que tal rehabilitación requiere de atención médica y psicológica que, en cualquier caso, es constitutiva de daño material en la modalidad de daño emergente y se reconoce, en general, sin problemas en las diversas jurisdicciones siempre que aparezca debidamente probada.

Sobre este tema ha dicho la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1199 de 2008:

(...) La rehabilitación se refiere entonces a las acciones que buscan restablecer la salud de las víctimas, incluyendo tanto los aspectos puramente somáticos, como los relacionados con su bienestar emocional o su salud mental, aspectos igualmente necesarios para vivir y desarrollar una existencia digna (...).

El punto no resulta suficientemente claro. Toda rehabilitación es reparación, pero no toda reparación es rehabilitación, según la Corte. La rehabilitación tiende, de acuerdo con la sentencia, a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito; allí hay un aspecto que merece destacarse: tales acciones (concepto general) no solamente se refieren a la atención médica y psicológica; esas dos actividades, a términos de la ley, forman parte de la rehabilitación pero, por supuesto, no serán las únicas que buscan eficazmente la rehabilitación de la víctima.

El ya mencionado artículo 47, inc. 2 de la ley precisa que “*Los servicios sociales brindados por el Gobierno a las víctimas, de conformidad con las normas y leyes vigentes, hacen parte de la reparación y de la rehabilitación*”. Sobre ese tema concreto alusivo a “los servicios sociales” del gobierno y a su relación con la reparación (rehabilitación) de las víctimas, la Corte Constitucional se pronunció sobre su exequibilidad mediante la Sentencia C-1199 de 2008³⁹, de donde podemos concluir que las acciones que el Estado presta por razón de su

³⁸ Diccionario de la Lengua Española.

³⁹ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-1199 de 2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. Dijo La Corte: “...En relación con este tema la Corte comienza por reconocer la separación conceptual existente entre los servicios sociales del Gobierno, la asistencia humanitaria en caso de desastres (independientemente de su causa) y la reparación a las

política social, si bien –en ocasiones– pueden servir para la rehabilitación de las víctimas, su prestación no puede confundirse, en este elemento, con su derecho a la reparación; se trata de cosas distintas: la una es una política estatal que se presta en las condiciones previstas en la ley y los reglamentos, en principio, a todas las personas, o al menos a aquéllas que se encuentren en los rangos definidos normativamente; la otra es fruto de la producción de un daño que es consecuencia de la comisión de un delito. Por esa razón, la primera no es constitutiva de responsabilidad patrimonial como sí lo es la segunda. Por consiguiente, si bien las acciones que son fruto de las políticas sociales estatales pueden servir de mecanismo para la rehabilitación de las víctimas, han de establecerse mecanismos concretos para su acceso a ellas, de modo que comprendan una verdadera reparación del daño.

1.5.4 Satisfacción o compensación moral

Consiste, según lo previene el artículo 8º de la Ley 975, en realizar las acciones tendientes, de un lado, a restablecer la dignidad de la víctima, y de otro, a difundir la verdad de lo sucedido. Son, pues, dos los propósitos de las medidas de satisfacción en tanto medidas reparatorias: el restablecimiento de la dignidad de las víctimas y la difusión de la verdad de lo ocurrido.

Nada tiene que ver, por consiguiente, la compensación moral que supone la satisfacción con el reconocimiento pecuniario por daño moral como modalidad del daño inmaterial de la víctima; se trata de cosas distintas y no excluyentes, lo cual significa que la víctima tiene derecho, de un lado, al reconocimiento por daño moral, y de otro a las medidas de satisfacción.

De allí que correspondan a esta forma de reparación:

- a) La declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas más vinculadas con ella (art. 45.2 de la Ley 975).
- b) El reconocimiento público de haber causado daños a las víctimas (art. 45.3).
- c) La declaración pública de arrepentimiento (*idem*).
- d) La solicitud de perdón dirigida a las víctimas (*idem*).
- e) La difusión pública y completa de la verdad judicial, siempre que no cause daños innecesarios a la víctima, los terceros u otras personas o les genere riesgos a su seguridad (art. 49.1. del art. 48 de la Ley 975 de 2005).

víctimas de violaciones a los derechos humanos (...)”. Para la Corte es evidente que los servicios sociales comunes que presta el Gobierno, así sea a personas que hayan sido víctimas de los delitos a que se refiere la Ley 975 de 2005, no corresponden a alguna de las acciones a través de las cuales debe procurarse la reparación de las consecuencias nocivas del delito.

- f) La decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima y de sus parientes (art. 49.3).
- g) La disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y aceptación de responsabilidades.
- h) La aplicación, por órganos judiciales de las sanciones a los responsables (art. 49.5).
- i) Las conmemoraciones, homenajes y reconocimiento a las víctimas.

Todas estas medidas, aunque la ley se refiera en ese particular solo a algunas de ellas, y en cambio aluda a que han de ser adoptadas por las distintas autoridades comprometidas en el proceso de reconciliación, en cuanto a nuestro tema interesa, corresponden a decisiones adoptadas en el proceso previsto por la ley de justicia y paz. Además, la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones puede recomendar a los órganos políticos o de gobierno de los distintos niveles la adopción de medidas de las previstas en el literal i) anterior, asunto que, por consiguiente, queda por fuera de la decisión judicial.

1.5.5 Garantía de no repetición

Consiste en una medida de prevención que juega, por igual, en favor de la víctima individual y en favor de la colectividad; se trata de prevenir la reiteración de los delitos que se están juzgando; de acuerdo con el artículo 8º de la Ley 975, comprende –aunque no son las únicas medidas– la desmovilización y el desmantelamiento de los GAOML. O, mejor, esas son medidas que corren por cuenta de los procesados; habrá otras que quedan a cargo del Estado, entre las que se cuentan la investigación y condena de los responsables, la recuperación institucional, la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias para la prevención y la represión del delito, etc.

El artículo 48 de la ley enlista una serie de medidas que, al tiempo, constituyen mecanismos apropiados para la satisfacción y para la garantía de no repetición, de modo que, además de las acciones relacionadas en el acápite anterior, vale la pena mencionar éstas: la verificación de los hechos (art. 49.1), la búsqueda de las personas desaparecidas o muertas, la ayuda para su identificación, su inhumación según las tradiciones familiares y comunitarias (art. 49.2); la prevención de violaciones de derechos humanos (art. 49.7), la asistencia de los responsables a cursos de derechos humanos (art. 49.8).

Luego, el artículo 3º del Decreto 3391 de 2006 prevé, en concreto, medidas tendientes a garantizar la no repetición de las actividades delictivas que se juzgan en el marco de la Ley de Justicia y Paz. Así, se impone al gobierno nacional la adopción de acciones con el propósito de constatar que los reinsertados ajustan su conducta a la ley; para ello a la policía nacional se le atribuyen labores de monitoreo y seguimiento. Si bien el decreto

reglamentario establece este deber general del gobierno y de la policía, nada impide –y por el contrario lo encontramos aconsejable– que el juez, en su sentencia, disponga el cumplimiento de estas y otras acciones que tiendan a garantizar la no repetición de las conductas punibles; esas tareas pueden ser de vigilancia, como lo dispone el decreto, de educación o pedagógicas, y de protección a las víctimas, entre otras.

1.6 Reparación colectiva (violaciones masivas a derechos fundamentales)

De acuerdo con el artículo 8° de la Ley 975, la reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción psico-social de las poblaciones afectadas por la violencia, sobre todo por hechos de violencia sistemática.

El artículo 49 de la misma norma establece que el gobierno ha de implementar un programa nacional de reparación colectiva, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones, orientado a (i) recuperar la institucionalidad propia del Estado social de derecho en las zonas afectadas por la violencia, (ii) recuperar y promover los derechos de las víctimas de la violencia y (iii) dignificarlas.

El artículo 16 del Decreto 3391 de 2006 confía a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación la formulación de criterios que han de ser considerados por los jueces.

La “*consideración*” de dichos criterios será, a nuestro juicio, solamente eso: una especie de ayuda en la decisión final, no una imposición de los mismos que restaría independencia judicial, principio basilar de nuestro modelo de Estado (art. 228 de la C.P.) que no puede limitarse, y menos por una disposición reglamentaria. Del mismo modo, el juez podrá acoger, para efectos de la reparación colectiva que haya de disponer, los mecanismos previstos en el plan del gobierno, sólo que mediante orden coercitiva de obligatorio cumplimiento.

Los criterios que ha esbozado la indicada comisión se refieren a las siguientes materias:

- a. Criterios referidos al acceso a la justicia, entendiéndose que la efectiva garantía de dicho acceso y desarrollo serio y diligente del proceso de esclarecimiento judicial, son medidas de reparación.*
- b. Criterios referidos a la identificación de los distintos daños sufridos por las víctimas, con el fin de favorecer la adopción ponderada de medidas de reparación que respondan, a la vez, a la noción de reparación integral.*
- c. Criterios referidos a la prueba de dichos daños y de las pretensiones de reparación realizadas por las víctimas, con el fin de propiciar un marco justo que responda a la condición de vulnerabilidad de las víctimas, y que favorezca, de manera ajustada*

a las disposiciones normativas que protegen sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, sus posibilidades reales de probar los daños sufridos.

d. Criterios referidos al vínculo entre daños sufridos y medidas de reparación, tendientes a propiciar un justo y adecuado equilibrio entre las distintas medidas que sean ordenadas por la autoridad judicial⁴⁰.

Nótese cómo la letra d. anterior se refiere a “un justo y adecuado equilibrio” entre las medidas adoptadas por el juez, el cual de aplicarse y, según se ha visto en este trabajo, no pueden erosionar el principio de reparación plena e integral de los perjuicios.

Naturalmente, en procesos como el que vive el país resultan apenas previsibles las dificultades para la aplicación del mencionado principio (reparación plena e integral) a la hora de resarcir a las víctimas; sin embargo, no se puede olvidar que, de una parte, la reparación es condición de la aplicación de las medidas alternativas que prevé la Ley de Justicia y Paz y, de otra, que la Ley 975 no consagra limitación alguna al principio aludido, de modo que, a juicio nuestro, no es dable al juez restringirlo.

Cosa distinta es que se busquen otros medios no judiciales que propendan por las reparaciones colectivas adecuadas frente a violaciones masivas de derechos humanos, tales como comisiones de la verdad a través de las cuales se busquen programas de reparación generalizada y justa. En efecto, en los casos de violaciones colectivas y sistemáticas de los derechos humanos, en los que se generan masas de víctimas de modo que las mismas pierden su identidad, su capacidad de decisión individual y autónoma así como su autoestima, las medidas reparatorias de orden colectivo, a veces las únicas posibles, se vuelven difíciles y costosas; sin embargo, los fines plausibles de las normas de reconciliación y reinserción imponen un sacrificio social allí donde los recursos de los agresores no existen o resultan insuficientes.

Obviamente, la reparación colectiva es, ante todo, la correspondiente al daño colectivo según las nociones que en su momento formulamos; por consiguiente, y atendiendo al principio de reparación integral, este daño debe repararse en los términos en que la ley o la naturaleza del derecho o del interés conculcado lo exija, lo cual significa que en muchos casos podrá ser necesario disponer la restitución del derecho afectado (medio ambiente, patrimonio público, salubridad, etc.), o la eliminación de la amenaza que se cierne sobre el mismo, o la indemnización correspondiente a su vulneración (art. 34 de la Ley 472). Tales daños pueden ser muy grandes y cuantiosos, y las medidas de reparación proporcionales; de allí que la

⁴⁰ CNRR. Op. cit., pp. 43 y ss.

Corte Constitucional, por ejemplo, examinando la constitucionalidad del artículo 97 del Código Penal, para restringir el **monto** allí previsto (1.000 SMLM) al daño moral, se hiciera reflexiones como ésta:

*En el caso de ciertos daños ambientales y colectivos cuya valoración implica un cierto grado de incertidumbre, como ocurre con la valoración del daño ocasionado por la destrucción de una especie, o de contaminación de recursos hídricos como las cuencas, cuya apreciación económica todavía es objeto de intensos debates, el juez tendría que apartarse de lo probado en el juicio –en este caso, probablemente a través de un perito– y por esta vía desconocer la obligación **constitucional** de reparar integralmente a las víctimas (subrayado fuera de texto).*

O como esta otra:

Dada la enorme magnitud que puede llegar a tener un daño ambiental y su impacto sobre un grupo significativo de personas, si se entendiera que el límite del artículo 97 se aplica a este tipo de perjuicios, el daño ocasionado a la sociedad y a la comunidad directamente perjudicada no podría ser reparado a través del proceso penal. En este evento, la limitación de la discrecionalidad del juez generaría una carga excesivamente onerosa que vulnera los derechos de quienes sean afectados con este tipo de daños. El interés en una compensación plena y justa sería gravemente restringido al dar mayor peso al límite que establece el artículo, que al derecho sustancial que debe ser protegido, lo cual resulta contrario a la Carta.

1.7 Reparación simbólica

Según el artículo 8° de la Ley 975 de 2005, la reparación simbólica comprende las prestaciones realizadas a favor de la víctima (daño individual) o de la comunidad (daño colectivo) que tienda, en general, a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas. Se trata, por consiguiente, y en una primera parte, de deberes que, fundamentalmente, corresponden al Estado como lo precisa el artículo 56, en cuanto se refiere al deber de memoria, la protección de los archivos (art. 57) y las medidas de acceso a los mismos (art. 58), y en una segunda parte las medidas simbólicas coinciden con las de satisfacción y la garantía de no repetición.

1.8 El obligado a reparar

Se trata de determinar quién o quiénes tienen la obligación de reparar los daños causados por los delitos que se juzgan mediante los mecanismos previstos en la Ley de Justicia y Paz, tema al cual nos hemos referido ya en oportunidades anteriores.

Para introducirlo, señalemos que, en su orden, están obligados a reparar:

- a) Los miembros de los GAOML, beneficiarios de la ley.
- b) Los demás miembros de dichos grupos que adquieren, por el hecho de pertenecer a los mismos, una responsabilidad solidaria.
- c) El Fondo de Reparación.

En cada uno de los casos señalados existen particularidades que merecen mencionarse.

1.8.1 El miembro de los GAOML condenado en el marco de la Ley 975 de 2005

El primer llamado a reparar el daño es el miembro del grupo armado que resulte beneficiado con las disposiciones de la Ley de Justicia y Paz. Así lo establece el artículo 42 de la Ley 975 de 2005, en el inciso primero⁴¹, y lo reglamenta el inciso primero del artículo 15 del Decreto 3391 de 2006⁴². Tales previsiones resultan lógicas si se tiene en cuenta que, según dijimos en otro aparte de este trabajo, el daño debe ser el efecto (ha de ser causado) del delito por el cual se ha juzgado a un miembro del GAOML; eso hace que la causa del daño sea el delito y, por consiguiente, establecido el autor del delito queda establecido también el autor del daño quien estará, en consecuencia, en la obligación de repararlo.

Su responsabilidad civil surge de la condena penal porque, se repite, el delito es la causa del daño (será carga de la víctima probar el nexo de causalidad adecuada entre el delito cometido y el daño reclamado). Se sigue de lo anterior que la responsabilidad civil del condenado penalmente será tan subjetiva como la responsabilidad penal; en efecto, no podrá existir condena a la reparación de perjuicios si, previamente, no ha sido condenado por la comisión del delito; a su turno, esta última condena se hará siempre a título de dolo o culpa, dado que, a términos del artículo 12 del Código Penal, en ese ámbito está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva; siendo ello así, y siendo también que el hecho dañoso está constituido por el delito, resulta lógico deducir que la condena en perjuicios depende del dolo o de la culpa del condenado por el delito.

⁴¹ *“Deber general de reparar. Los miembros de los grupos armados que resulten beneficiados con las disposiciones previstas en esta ley tienen el deber de reparar a las víctimas de aquellas conductas punibles por las que fueron condenados mediante sentencia judicial”.*

⁴² *“De la responsabilidad de reparar a la víctimas. Son titulares de la obligación de reparación a las víctimas, los desmovilizados que sean declarados penalmente responsables mediante sentencia judicial de las conductas punibles cometidas durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, entendiéndose por tal el bloque o frente respectivo, los cuales hayan causado un daño real, concreto y específico de las mismas”.*

En otros términos, en este escenario la reparación es solo una de las consecuencias de la condena penal. Esa afirmación, claro está, no significa que el proceso penal constituya el único espacio que tiene la víctima para reclamar y obtener la reparación de los perjuicios. Tal derecho podrá ejercerse, a voluntad de la víctima, por las vías civiles normales, si la reclamación se hace frente al autor del delito, o por las administrativas contenciosas si se estima que concurren los elementos propios para configurar la responsabilidad patrimonial del Estado, de acuerdo con el artículo 90, inciso primero de la Constitución Política, o ante instancias internacionales si se cumplen las exigencias elaboradas por dichos organismos.

Aquí estamos tratando únicamente de la reparación del daño en el marco de la Ley de Justicia y Paz, y de allí la consideración de que sea el juez del delito el mismo que deba juzgar la reparación del daño producido por la conducta punible.

Ahora, la circunstancia de que un miembro de los GAOML resulte condenado penalmente, y al mismo tiempo beneficiado con las medidas alternas de la Ley 975 no significa que, sin más, esté obligado a reparar los perjuicios que solicite la víctima individual o colectiva; es indispensable, como es obvio, que se prueben los demás elementos de la responsabilidad puesto que, hasta allí, con el pronunciamiento de la sentencia condenatoria penal queda probado sólo uno: el delito, en tanto evento dañoso. Es menester que la víctima pruebe el daño que dice haber padecido, cualquiera fuera su clase y tipo, y además debe acreditar que el daño reclamado se enlaza causalmente, bajo los esquemas de la causalidad adecuada, con el delito de manera tal, que éste constituya la causa adecuada y aquél el efecto.

Esto es lo que se considera **daño directo**, y esta es la razón por la cual, en su momento al tratar el tema del daño, señalamos que el asunto se relacionaba más con el nexo de causalidad que con las características del daño indemnizable.

Para que exista causalidad adecuada entre el delito y el daño es menester que el delito constituya causa idónea, eficaz para causarlo; por esta razón en el denominado derecho de daños se han excluido teorías de causalidad como la equivalencia de las condiciones o la *conditio sine qua non*, bien conocidas en las disciplinas penales. Este aserto es aplicable tanto para el daño individual en sus diversas modalidades como para el daño colectivo⁴³.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴⁴, puesta en el tema, ha expresado lo siguiente:

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 5 de diciembre de 2006, Exp. 28459, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio; 6 de junio de 2007, Exp. 16064, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁴ Sentencia de 11 de agosto de 2008, Exp. 20.139, M.P.: Mauro Solarte Portilla.

En ese sentido la jurisprudencia de esta Sala ha sido consecuente en señalar que el daño “para que sea indemnizable, debe ser cierto, directo y actual y no basta que se le proyecte o alegue como eventual ni mediato”.

“...es importante indicar que no en vano el artículo 104 del Código Penal alude a las personas naturales y jurídicas «perjudicadas por el hecho punible»; y el artículo 43 del Código de Procedimiento penal individualiza la figura en la referencia a las mismas entidades y al resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por el hecho punible”. El uso de la preposición “por” con un nombre, un adjetivo o un verbo en infinitivo expresa “causa”, lo cual significa para el caso concreto de ahora, que los perjuicios deben haberse ocasionado “a causa del hecho punible”, es decir, éste debe aparecer como el factor determinante, inmediato y directo de los daños. (...)

10. Para poder atribuir una consecuencia a un determinado sujeto se requiere la existencia de un vínculo directo de causa a efecto entre el daño ocasionado y el comportamiento del agente. El derecho no impone al responsable del comportamiento la obligación de responder por todos los desarrollos ulteriores al acto que se le imputa, sino de aquellas consecuencias que derivan directa e inmediatamente del mismo, como ha sido dicho por la jurisprudencia en los términos citados.

En esta materia, conviene precisarlo, el mismo principio de causalidad que regula la responsabilidad penal rige también la responsabilidad civil, por lo que resulta impensable que el autor de un hecho delictivo que crea un determinado riesgo deba responder por el resultado que se produce a raíz del surgimiento de otra cadena causal.

Llegar al extremo de considerar todos los perjuicios relacionados de una u otra manera con el hecho punible, se tornaría una tarea irrealizable y daría pábulo a que se indemnicen también aquellos colaterales o que dependen directamente de la voluntad de terceros, de un caso fortuito o de un hecho de la naturaleza.

En materia de responsabilidad civil no se puede perder de norte que se trata de determinar los perjuicios que de manera directa e inmediata surgen del hecho delictivo y que si hay solución de continuidad por el rompimiento de la cadena causal, no hay lugar a la reclamación pertinente.

En el caso de los daños causados y reparables en el marco de la Ley de Justicia y Paz, dada la naturaleza de los delitos y la necesidad previa de la condena penal, la causalidad delito-daño se enlazará como una causalidad por acción dejando relegada la denominada causalidad por omisión. Empero si, hipotéticamente, llegara a presentarse un evento de omisión, el enlace causal omisión-daño también debe analizarse bajo los esquemas de la causalidad adecuada, en el entendido de que la labor omitida debió ser capaz, eficaz para evitar el daño.

1.8.2 Los miembros del grupo

Se habla, en ocasiones, de responsabilidad del grupo, afirmación que no resulta completamente exacta. En efecto, la responsabilidad no es propiamente del grupo que, además de ilegal, en algunas de las hipótesis de la ley (desmovilización colectiva) habrá dejado de existir; lo que se quiere significar, en este evento, es que los miembros del GAOML (personas físicas) al que pertenece el individuo condenado penalmente, serán solidariamente responsables de la reparación del daño.

Lo anterior no quiere decir que al día de hoy el derecho de la responsabilidad civil no se ocupe de estudiar la denominada “*responsabilidad colectiva*” o “*responsabilidad grupal*”. A juicio de MOSSET ITURRASPE, “La responsabilidad grupal o colectiva es una nueva especie de esta responsabilidad por el hecho ajeno. En la doctrina francesa se viene hablando con insistencia de la «declinación de la responsabilidad individual», en beneficio de una «socialización» o fraccionamiento de responsabilidad que vendría a recaer en una pluralidad de personas: víctima, victimario, asegurador, Estado, fondo, etcétera”⁴⁵.

En general, cuando se aborda este tema, se alude a esa clase de daños de autoría anónima, causados colectivamente, por grupos de personas de modo tal que resulta imposible identificar su autor (esta es la hipótesis del art. 42 .2 de la Ley de Justicia y Paz). Por eso, al momento de concretar el asunto, se alude a los daños causados por un grupo de vecinos, o por los participantes en una riña, o a las colisiones múltiples de automóviles, los grupos profesionales, las barras de equipos deportivos, los productores, los manifestantes, los huelguistas, etc.

Incluso nuestro Código Civil, en el artículo 2355, trae un buen ejemplo de cuanto aquí se ha dicho. Expresa la norma en cita:

El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola (subrayas fuera de texto).

De modo que, para el caso de los daños causados por los GAOML o por sus miembros integrados a este proceso de justicia y paz, bien pudiera teorizarse sobre el particular

⁴⁵ MOSSET ITURRASPE, JORGE. “Responsabilidad por daños”. T. VI. En: *Responsabilidad Colectiva*. Rubinzal-Culzoni Editores, p. 13.

para llegar a conclusiones como la responsabilidad de la totalidad de los miembros del grupo respecto de los daños causados a las víctimas; sin embargo, de la Ley 975 de 2005 y del examen de constitucionalidad hecho sobre la misma por la Corte Constitucional, se extraen reglas precisas y claras que hacen inútiles otras disquisiciones.

En efecto, el asunto está regulado en el inciso segundo del artículo 42 de la ley, que dice:

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

A su turno, el artículo 15 del Decreto 3391 de 2006, en el inciso segundo, dispone:

Subsidiariamente, y en virtud del principio de solidaridad, quienes judicialmente hayan sido calificados como integrantes del bloque o frente al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, responden civilmente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del mismo. Para que surja la responsabilidad solidaria, será necesario que se establezca el daño real, concreto y específico; la relación de causalidad con la actividad del grupo armado y se haya definido judicialmente la pertenencia de los desmovilizados al bloque o frente correspondiente, aunque no medie la determinación de responsabilidad penal individual. La respectiva sentencia proferida por la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial establecerá la reparación a la que se encuentren obligados los responsables.

En este punto, y para la adecuada comprensión de este tipo de responsabilidad, conviene acudir a lo que sobre este particular han dejado establecido, de una parte, la Corte Constitucional, y de otra la Corte Suprema de Justicia.

El primero de los mencionados cuerpos judiciales, en la Sentencia C-370 de 2006, precisó sobre este particular:

6.2.4.4.7. Lo anterior conduce a señalar que para la ley bajo examen resulta particularmente relevante la causalidad existente entre los hechos punibles judicializados y la actividad de los grupos armados específicos que después de haberse organizado para cometer delitos decidan desmovilizarse. Esta relación entre la actividad de los individuos que se desmovilizan y su pertenencia al grupo específico dentro del cual delinquieron, genera un nexo de causalidad entre la actividad del grupo específico y los daños ocasionados individual o colectivamente por ese grupo específico dentro del cual realizaron las actividades delictivas. Si bien la responsabilidad penal continúa siendo individual la responsabilidad civil derivada

del hecho punible admite el elemento de la solidaridad, no solamente entre los penalmente responsables sino respecto de quienes por decisión judicial hayan sido calificados como miembros del grupo armado específico, entendido como el frente o bloque al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, en virtud de la relación de causalidad que se estructura entre las conductas delictivas que generan el daño y la actividad en concreto de ese grupo específico que actúa al margen de la ley al cual pertenecieron los desmovilizados. Todos los hechos punibles sometidos al ámbito de la Ley 975/05 exigen que su perpetración se produzca durante y con ocasión de la pertenencia de los individuos desmovilizados a los grupos armados, lo que fundamenta la responsabilidad civil del grupo específico al amparo del cual se cometieron los delitos juzgados por parte de miembros de un grupo armado determinado, calificados como tales judicialmente.

6.2.4.4.8. *Aunque estas precisiones sobre el ámbito de la responsabilidad civil se efectúan específicamente respecto de los hechos que caen bajo el ámbito de la Ley 975/05, y en atención a sus especificidades y particularidades, no es extraño a la tradición jurídica colombiana la solidaridad en la responsabilidad civil derivada del hecho punible, o su ampliación a personas distintas a los penalmente responsables. Así conforme a esta tradición los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que conforme a la ley sustancial, están obligados a responder. De acuerdo con esta concepción de la responsabilidad están obligados a reparar los daños derivados de una conducta punible (i) los penalmente responsables; (ii) los que de acuerdo con la ley sustancial deben responder por los hechos cometidos por otros, es decir los conocidos como terceros civilmente responsables, y (iii) los que se enriquecen ilícitamente con el delito.*

6.2.4.4.9. (...) *En el caso de la Ley 975/05 se trata de conductas delictivas y de grupos ilegales armados, lo cual explica que la propia ley haya establecido mecanismos de responsabilidad colectiva para efectos de la reparación (artículo 42 de la Ley 975 de 2005).*

6.2.4.4.10. *Para la Corte es claro que si los beneficios que establece la ley son para el grupo específico, o para sus miembros en razón a la pertenencia al bloque o frente correspondiente, éste debe tener correlativas responsabilidades de orden patrimonial, incluso al margen de la determinación de responsabilidades de índole penal, siempre y cuando se establezca el daño y la relación de causalidad con la actividad del grupo específico y se haya definido judicialmente la pertenencia del desmovilizado al frente o bloque correspondiente. Los daños anónimos, es decir aquellos respecto de los cuales no ha sido posible individualizar al sujeto activo, no pueden quedar exentos de reparación; comprobado el daño y el nexos causal con las actividades del bloque o frente armado ilegal cuyos miembros judicialmente identificados sean beneficiarios de las disposiciones de la ley, tales miembros deben responder a través de los mecanismos fijados en la ley (subrayas fuera de texto).*

Como se puede observar, además de la responsabilidad individual del condenado a reparar los daños causados con su delito, surge la responsabilidad solidaria de los demás miembros del grupo respecto de dicha obligación reparatoria. Ahora bien, la solidaridad en el campo civil, como es sabido, reviste naturaleza excepcional, y por lo mismo solo podrá tener por fuente el contrato, el testamento o la ley. En este caso la fuente es legal, es decir la Ley 975 bajo la interpretación de constitucionalidad que ha hecho la Corte Constitucional⁴⁶.

La pregunta que en seguida se impone es la relativa a saber si la responsabilidad civil solidaria de los miembros del grupo respecto de la obligación de reparar los daños que padeció la víctima puede excluir, a términos del inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975, la necesidad de una condena penal. Sólo si la respuesta es positiva se puede pensar en un régimen de responsabilidad objetiva de los miembros del grupo, tema que será innecesario si la respuesta es negativa.

Para efectos de abordar el tema, es menester acudir a las conclusiones de la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 31 de julio de 2009, en la cual se declaró la nulidad de la actuación a partir de la formulación de cargos; de la misma vale la pena destacar afirmaciones como éstas:

6. En conclusión:

a) La sentencia que dentro de un proceso de justicia y paz se profiera debe identificar la actuación del desmovilizado al interior del grupo armado y del frente al que pertenecía, sus actividades, la estructura de poder interna, el modelo delictivo de ese grupo, las órdenes impartidas y los planes criminales trazados, para contextualizar los delitos por los que se condena dentro del ataque generalizado y sistemático a la población civil, tal como se precisará al momento de analizar la normativa aplicable a esta materia.

⁴⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Civitas, 1993. Sobre este tema el mencionado autor expresa lo siguiente: “Distinto del caso de la producción de un daño por varios agentes que implica cooperación necesaria en la comisión del acto ilícito, es aquél en que el miembro único de un grupo es el que causa el daño a la víctima. Dicho en otras palabras, se sabe que la acción dañosa procede con seguridad de uno de los miembros de una colectividad más o menos numerosa, pero se ignora cuál de esos miembros ha sido el autor del resultado lesivo” (p. 864). Y páginas más adelante, refiriéndose a la solución, anota: “Queda en pie, desde luego, el problema arduo de esta solución –la relación de causalidad–, pues es evidente que del actuar todos peligrosamente no deriva de forma directa el daño que con seguridad solo uno produjo. Pero no encontramos mayor dificultad para que el requisito del nexo causal pueda ser objeto de una laxa interpretación –o incluso de una genuina presunción–, pues fórmulas jurídicas tanto o más atrevidas que ésta ya vienen siendo puestas en juego por los tribunales de los países cuyo derecho está más firmemente arraigado en la doctrina de la culpa. En pro de este artificio dogmático jugarían razones de innegable fundamento jurídico o sociológico: injusticia de atribuir al perjudicado la prueba diabólica acerca de quién fue el autor efectivo o directo; absurdo a que conduzca la circunstancia de que si el autor directo es conocido baya lugar a resarcimiento y de que en cambio no lo haya cuando con muy fundada verosimilitud cualquiera de varios baya podido ser el agente del daño, etcétera” (p. 877).

b) No es posible dictar sentencia sin que al postulado se le hayan formulado cargos por el delito de concierto para delinquir, pues aquella debe proferirse en primer lugar por esta conducta, en tanto que las demás son consecuencia de ésta.

c) Las imputaciones parciales aceptadas dentro del proceso de justicia y paz, no pueden convertirse en práctica generalizada, y cuando a ellas haya lugar, las actuaciones adelantadas en forma paralela y separada, deben fusionarse en el acto de formulación de cargos.

Como se deduce de lo transcrito de las dos Cortes, la Constitucional y la Suprema de Justicia, (i) existe responsabilidad civil solidaria entre los miembros del grupo al cual perteneció el desmovilizado que es objeto de condena, lo cual significa que el cumplimiento de la obligación reparatoria puede ser reclamada por las víctimas de uno solo de los miembros del grupo, del condenado, o de todos sus integrantes, a su elección; (ii) dicha responsabilidad solidaria se funda en el delito, sobre todo en el “delito base” de toda la conducta criminal que consiste en el concierto para delinquir, del cual se derivan las conductas punibles específicas.

De lo dicho resulta que no es posible hablar de responsabilidad objetiva de los miembros del grupo en el evento que se analiza por cuanto, siempre, la condena en perjuicios tendrá como fundamento la conducta punible del procesado y del grupo, conducta punible que, al menos, será el concierto para delinquir.

A partir de dicha constatación (y de la condena penal consiguiente), a términos del artículo 42 de la Ley de Justicia y Paz, se examinará la prueba del daño y de su relación causal con las actividades del grupo armado ilegal, teniendo en cuenta, como en el caso anterior, que la víctima ha de probar el daño y el nexo de causalidad que lo ata con la actividad criminal del grupo.

1.8.3 El Estado

Ha de hacerse una advertencia inicial: el proceso previsto en la Ley de Justicia y Paz es un proceso penal, naturaleza que no se ve afectada por el hecho de que se proponga unos concretos fines políticos; en tanto proceso penal, pretende la investigación y sanción de determinados delitos, frente a determinados autores en aras de su reinserción a la sociedad y del logro de la paz; para ello, cumplidos ciertos requisitos, se prevé que las sanciones penales resulten más favorables que las previstas en el derecho común u ordinario; la indemnización del daño (presupuesto de la pena alternativa) es una consecuencia de la comisión del delito siempre que, entre uno y otro, exista relación de causalidad adecuada. Por consiguiente, los directamente obligados a reparar son, de una parte el procesado, y de otra, como se ha visto, los miembros del grupo que, en razón a un delito común (el concierto para delinquir), contraen, respecto de la víctima, una obligación solidaria.

En ese contexto, como puede notarse, no se está discutiendo la responsabilidad del Estado; si tal discusión estuviese comprometida en el proceso de justicia y paz sería menester preservar –para el Estado– el derecho de defensa y las garantías del debido proceso con el propósito de que el juez, en este caso el juez penal, al final del proceso, decidiera sobre este tipo de responsabilidad pública.

La responsabilidad patrimonial del Estado que ha de sujetarse a los parámetros del artículo 90, inciso primero, de la Constitución Política (daño antijurídico e imputabilidad del daño), debe debatirse y resolverse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, bien que provenga de la acción o de la omisión de las autoridades.

Del mismo modo, subsiste la posibilidad de que la responsabilidad del Estado se debata y se deduzca ante instancias internacionales de derechos humanos. Este es un derecho de las víctimas cuyo contenido y alcances escapan a los linderos de este trabajo que se refiere, exclusivamente, a la reparación del daño en el contexto de la Ley 975 de 2005, es decir aquélla que proviene de la comisión del delito y que se atribuye a sus autores: condenado y miembros del grupo armado ilegal.

Con base en los anteriores planteamientos, la pregunta que sobreviene es la siguiente: ¿A qué título participa el Estado en el proceso reparador?

Esta pregunta la hacemos porque en cinco normas de la Ley de Justicia y Paz se desprende que el Estado reparará a las víctimas.

En efecto, el artículo 54 de la ley crea el Fondo para la Reparación de las Víctimas (FRV) como una cuenta especial, sin personería jurídica, cuyo ordenador del gasto es el Director de Acción Social y cuyo funcionamiento (ejecución de los recursos) se sujeta al derecho privado.

Así mismo, el párrafo 1° del artículo 23 establece que, “*exclusivamente*”, para los efectos de la conciliación prevista en el incidente de reparación integral, la víctima, el imputado o su defensor, el fiscal o el Ministerio Público pueden solicitar la citación del ordenador del gasto del indicado fondo.

Y el inciso segundo del artículo 42 establece que si no se logra individualizar el sujeto activo, pero sí se prueba el daño y el nexos causal con las actividades del grupo ilegal beneficiario, el juez ordenará la reparación a cargo del Fondo.

Por otra parte, los numerales 56.1 y 56.3 del artículo 55 de la Ley 975 de 2005 determinan entre las funciones de la Red de Solidaridad Social (hoy Acción Social) a

través del Fondo, entre otras, las de liquidar y pagar las indemnizaciones judiciales de que trata la ley y adelantar otras acciones de reparación cuando a ello haya lugar.

De las indicadas prescripciones legales surge la pregunta inicial: siendo el fondo un organismo público, sin personería jurídica, encargado de reparar y de indemnizar de acuerdo con las órdenes que le imparta el juez, que debe comparecer al proceso en la audiencia de conciliación si se le imparte esa orden y si, de otro lado, en el proceso de justicia y paz –según hemos visto– no se discute la responsabilidad del Estado, ¿A qué título participa en el proceso?

Escuchemos a la Corte Constitucional, en la Sentencia C-370 de 2006:

6.2.4.4.11. El artículo 54, bajo examen establece que el fondo para la reparación de las víctimas estará integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la ley, por recursos provenientes del presupuesto nacional y por donaciones en dinero o especie, nacionales o extranjeras. La satisfacción del principio de reparación exige la observancia de un orden en la afectación de los recursos que integran el fondo. Así, los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores. Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos. El Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización al que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes.

6.2.4.4.11. No obstante, si bien el artículo 54, inciso segundo, señala que el Fondo para la Reparación se nutre de “los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la presente ley”, no señala a qué título responden los miembros del grupo específico, es decir, del bloque o frente dentro del cual realizaron actividades delictivas. Tampoco indica en qué situación se encuentran las víctimas de cada frente o bloque en punto a la indemnización de los perjuicios que tales grupos específicos le ocasionaron. De tal manera que dicho artículo establece un mecanismo de reparación colectiva, sin indicar aspectos esenciales de la responsabilidad en que dicha reparación colectiva encuentra fundamento. Esto crea una ambigüedad sobre las bases y los alcances de dicha responsabilidad, a tal punto que se podría concluir que las víctimas solo tienen derecho a la reparación en la medida en que el perpetrador específico del delito que les ocasionó el daño cuente con recursos suficientes para pagar la correspondiente indemnización, lo

cual sería una afectación desproporcionada de dicho derecho que quedaría librado a la disponibilidad de recursos de cada individuo perpetrador del delito. Esa interpretación es manifiestamente inconstitucional en el contexto de la desmovilización de grupos armados al margen de la ley estimulada por beneficios penales. Por eso, es necesario condicionar la exequibilidad de la norma, sin impedir que el Fondo de Reparación sea alimentado por recursos del presupuesto nacional y por donaciones, habida cuenta del goce efectivo del derecho a la reparación de las víctimas que podría verse seriamente disminuido si el Fondo de Reparación fuera integrado exclusivamente con bienes o recursos de los integrantes de cada frente o bloque armado ilegal (subrayas fuera de texto).

Por consiguiente, a términos de la sentencia de constitucionalidad, el Estado en el marco de los procesos de justicia y paz no interviene en tanto “*responsable*” del daño, como aquí lo venimos sosteniendo. Su intervención reparadora se hace, de modo residual y a un doble título: (i) cuando la víctima no cuenta con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización, y (ii) cuando los recursos de los perpetradores sean insuficientes.

Aunque respecto de la primera hipótesis la Corte Constitucional ha señalado como ejemplo el inciso segundo del artículo 42, cuyo examen realizamos líneas atrás, en todo caso lo cierto es que el Estado interviene a reparar el daño no como “*responsable*” del mismo, sino como una especie de garante de la reparación debida a la víctima en tanto la misma es indispensable para el logro adecuado de los fines políticos y socialmente deseables que han impulsado el procedimiento y los beneficios previstos por la ley.

2. Sujetos responsables según la jurisprudencia internacional y los sistemas de justicia transicional

Por lo general, el que debe responder patrimonialmente por las violaciones a los derechos humanos cometidas durante los períodos *de facto* es el propio Estado, en la medida que suelen ser los agentes del Estado los autores principales de los crímenes. Esa concepción corresponde con los principios generales de la responsabilidad del Estado de derecho público.

En este mismo sentido, el DIDH parte del supuesto según el cual el responsable *prima facie*, es el Estado⁴⁷, pues como se encuentra consagrado en el PIDCP de la ONU⁴⁸:

⁴⁷ Véase NIKKEN, PEDRO. *El concepto de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994. Disponible en [http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/ pedagogicaspecializado/el concepto de derechos humanos.htm](http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/ pedagogicaspecializado/el%20concepto%20de%20derechos%20humanos.htm)

⁴⁸ Ratificado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

Artículo 2°. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter (negritas fuera de texto).

Igualmente la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH– expresa, en relación con los obligados, lo siguiente:

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (negritas fuera del texto).

Esta idea se encuentra también en el Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH–:

Artículo 1) Las altas partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título primero de la presente Convención.

Por último la Carta de Banjul, de la Organización de las Naciones Africanas, señala:

Artículo 1.- Los Estados Miembros de la Organización de la Unidad Africana Parte en la presente Carta reconocerán los derechos, deberes y libertades venerados en esta Carta y se obligan a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter para hacerlos efectivos (negritas fuera de texto).

Por lo tanto, según los tratados de DIDH, los obligados son los Estados, y por ello sólo los Estados serán responsables. Aunque hay posiciones divergentes que permiten afirmar que hoy en día los particulares también pueden ser responsables por las violaciones a

los DDHH⁴⁹, sin embargo la teoría clásica y original dispone que son los Estados los responsables.

La cuestión es diferente en el DIH y en el Derecho Penal Internacional –DPI–, pues según tales normativas los responsables son los individuos o las partes de un conflicto⁵⁰, independientemente de su condición de funcionario público⁵¹, miembro de un grupo armado⁵² o de un particular⁵³, aunque esta competencia se predica solo para cierta clase de crímenes internacionales.

Sobre el particular, el estatuto de la CPI expresa:

Art. 1. Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“La Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales...

En especial, el Estatuto de la CPI establece de forma expresa la responsabilidad penal internacional de las personas naturales:

⁴⁹ *La emergencia de las obligaciones erga omnes en relación con los Derechos Humanos, además desmitifica uno de los cánones de la doctrina clásica, según el cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos obligaba sólo a los Estados, mientras que el Derecho Internacional Humanitario extendía sus obligaciones en determinadas circunstancias también a los particulares (v. gr., grupos armados, guerrilleros, entre otros). Esto ya no es cierto; afortunadamente, ya superamos la visión compartimentalizada del pasado y hoy constatamos las aproximaciones o convergencias entre las 3 grandes vertientes de protección internacional de la persona humana, el DIDH el DIH y el Derecho Internacional de los Refugiados”* CASCADO TRINDEADE, ANTONIO, “Aproximaciones y convergencias entre el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: *Estudios especializados sobre Derechos Humanos*, T. 1. San José: IIDH, 1996, Véase ANDREW CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Nueva York, 2006..

⁵⁰ “**Artículo 29. III. Responsabilidades.** La Parte contendiente en cuyo ámbito se encuentren las personas protegidas será responsable del trato que les den sus agentes, sin perjuicio de las responsabilidades individuales en que pueda incurrirse. Convenio de Ginebra Sobre la Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra (Convenio IV) Tit. 3. Estatuto y Trato de las Personas Protegidas. Sec. 1. Disposiciones Comunes a los Territorios de las Partes Contendientes y a los Territorios. Artículo 29. III. Responsabilidades. Ratificado en Colombia mediante la Ley 5ª de 1960.

⁵¹ Véase International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber, Erdemovic (IT-96-22).

⁵² Véase International Criminal Court. ICC-01/04-01/06. Case The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo.

⁵³ Esta cuestión ya había sido definida con mucha anterioridad por parte del TPIN, en sus casos Krupp y Streicher, pues según el Principio 1 del TPIN: “*Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción*”. Al respecto ver: “The Nuremberg Trials”. Vol. 1. En: *Avalon Project*, disponible en <http://www.Yale.edu/lawweb/avalon>, e HINESTROSA VÉLEZ, J.P. *Introducción a la responsabilidad internacional de los particulares en las violaciones a los Derechos Humanos*. Ob. cit.

Art. 25. Responsabilidad Penal Individual. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales

Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente estatuto⁵⁴.

Se verá en este capítulo que, en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una vez declarada la responsabilidad internacional de un Estado, surge la obligación de reparar a cargo de ese mismo Estado.

En cuanto a la responsabilidad por acciones individuales, escenarios que corresponden por ejemplo al Derecho Penal Internacional, la obligación principal de reparar, a cargo de un individuo, no surge como consecuencia de un ilícito internacional por parte de un Estado (aunque también puede haber ese tipo de responsabilidad involucrada, aunque en esa situación será un Tribunal de otra naturaleza el que deberá declararlo).

Este último aspecto es esencial en la medida que el procedimiento especial de Justicia y Paz, y en particular el incidente de reparación, tienen características similares a la obligación de reparar por responsabilidad penal individual.

2.1 Responsabilidad internacional del Estado y de las personas: formas de imputación y atribución de responsabilidad

Como ya se había dicho en el capítulo anterior, la responsabilidad internacional se predica cuando se ha cometido un ilícito internacional, ilícito que según la rama de derecho internacional que se analice tiene diferentes características en cuanto a su forma de imputación y atribución de responsabilidad.

VÍCTOR RODRÍGUEZ indica que, mediante una sentencia de un tribunal internacional, se logra concretar la responsabilidad:

Los Tribunales internacionales en general, tienen como parte de su competencia poner término a los conflictos que se les presenten por parte de los sujetos con capacidad legal para accionar ante ellos mediante la emisión de una sentencia o fallo.

En Derecho Internacional, esa sentencia busca establecer la responsabilidad internacional de los sujetos de Derecho Internacional por la comisión de un ilícito internacional (...)⁵⁵.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 129.

MANUEL DIEZ DE VELASCO se refiere a la responsabilidad internacional de la siguiente manera:

*Los comportamientos de los sujetos del D.I., que se traducen en actos en sentido lato (abarcando, pues, toda conducta consistente en una acción o en una omisión), son susceptibles de ser valorados desde el punto de vista de su conformidad o contrariedad con dicho ordenamiento jurídico: en ese último caso, se habla comúnmente de los actos ilícitos, generadores de ciertas consecuencias jurídicas negativas para el propio sujeto a quien le son atribuibles, de entre las cuales la más característica junto a otras posibles, como la inoponibilidad o la nulidad del acto es la responsabilidad internacional*⁵⁶.

La CPJ, en el caso de los fosfatos de Marruecos, denotaba la existencia de responsabilidad internacional cuando se imputaba el daño a un Estado:

*En todo supuesto de un acto imputable a un Estado y contrario a los derechos convencionales de otro, la responsabilidad internacional se establece directamente en el plano de las relaciones de dichos Estados*⁵⁷.

Es claro, entonces, que existe responsabilidad internacional cuando se vulneran normas internacionales, más aún si las mismas tienen carácter de normas imperativas (*ius cogens*)⁵⁸.

⁵⁶ DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 707.

⁵⁷ CPJ. *The Phosphates in Morocco case*, Serie A/B, n. 74, p. 28.

⁵⁸ Sobre el origen de este concepto, la CPJ en el caso Chinn expresaba: “...no podía imaginar que la Sociedad de Naciones hubiera comenzado los trabajos de codificación del Derecho Internacional si no fuere posible crear este campo un *ius cogens*, de tal modo que todo acto efectuado en contravención con una obligación imperativa es nulo de pleno derecho”. CPJ, *Oscar Chinn Case*, Serie A/B, N° 63.

Ciertas normas de los tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en general de los Derechos Humanos, son parte integrante de ese orden público internacional. Encontramos abundantes referencias en la jurisprudencia (ver capítulo anterior).

De otra parte, VERDROSS afirma que: Desde la entrada en vigor de la Carta de la ONU, figuran dentro del *ius cogens*, todos los tratados que violan los derechos fundamentales, y así mismo los que se oponen a la prohibición del uso de la fuerza. VERDROSS, A. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar, 1978, p. 113.

Por último, CARRILLO SALCEDO expresa que: “*El extraordinario desarrollo normativo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos, tanto a través de Declaraciones de la Asamblea General como de convenios internacionales, junto con el desarrollo normativo igualmente extraordinario experimentado por el Derecho Internacional Humanitario (Convenciones de Ginebra y Protocolos Adicionales de 1977), confirman plenamente que la aceptación general de la noción jurídica de la dignidad intrínseca de todo ser humano ha contribuido a hacer de los principios generales relativos a los Derechos Humanos fundamentales una de las normas imperativas de Derecho Internacional*”. CARRILLO SALCEDO, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 107.

Dentro de ese concepto están comprendidas tanto la responsabilidad internacional por el riesgo (ver: Convención de Lugano sobre responsabilidad por actividades peligrosas para el medio ambiente⁵⁹) como la responsabilidad por la culpa (ver: Naciones Unidas, Convención contra el Genocidio y la Convención contra el *Apartheid*).

Hay algunos autores que agregan otros tipos de responsabilidad en el derecho internacional, así por ejemplo, ASDRÚBAL AGUIAR menciona la responsabilidad por el riesgo, la culpa y el ilícito internacional⁶⁰. Sin embargo, todo indica que tanto la responsabilidad por culpa como la responsabilidad por el ilícito internacional convergen en un solo tipo de responsabilidad, que será la responsabilidad por culpa.

Quedan así planteadas en el plano internacional la responsabilidad por culpa y la ya mencionada responsabilidad por el riesgo⁶¹.

En este sentido, el proyecto de resolución de la Asamblea General de la ONU, sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, señalaba:

Artículo 1. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción a (sic) omisión: Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y constituye una violación de una obligación internacional del Estado⁶².

⁵⁹ *Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment*, Lugano, 12 June 1993, Council of Europe. Igualmente, se encuentran casos en el derecho internacional en los cuales se ha decretado la responsabilidad del Estado por el riesgo, tal como I.C.J., *case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros project (Hungary/Slovakia)*. September 25 1997, así como el Convenio de París de julio 29 de 1970 sobre el uso pacífico de la energía nuclear; Convenio de Cartagena de marzo 24 de 1983 sobre contaminación de navíos y por inmersión y el Convenio de Londres de mayo 29 de 1972 sobre daños ocasionados por objetos espaciales, entre otros.

⁶⁰ AGUIAR, A. "La responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos". En: *Estudios Básicos de Derechos humanos I*. San José: IIDH, 1994, pp. 124-125.

⁶¹ En cuanto a la responsabilidad por el riesgo, ver *López Ostra vs., España (supra)*, del TEDH en el cual se evaluó la responsabilidad del Estado en violación al derecho a la intimidad por la contaminación ambiental en lugares cercanos a la residencia de una familia, *López Ostra v. Spain*, (December 9 of 1994) y Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Supra*, donde se analizó la responsabilidad de Nicaragua por conceder tierras de los indígenas Mayagna para la explotación minera, entre otros.

⁶² Naciones Unidas, Asamblea General, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53° Período de Sesiones, Proyecto de Resolución II, Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, de noviembre 26 de 2001, A/56/589 p. 6.

Dentro del ámbito del DIDH existe un marco normativo, doctrinario y jurisprudencial que ha sentado los lineamientos para una reparación adecuada; tal reparación tiene una doble vía o dimensión, pues por un lado está la obligación de respeto y garantía, y por el otro, el deber de reparar.

Por lo tanto, la conjunción de estos dos factores genera la reparación. Así, por ejemplo, la doctrina denota que en el DIDH la responsabilidad opera cuando se incumple con la obligación de garantía de cumplimiento de los DDHH⁶³.

2.2 Obligación de respeto y garantía

Esta obligación aparece consagrada en los artículos 2 y 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que expresa:

Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Se está estableciendo allí para el Estado ratificante una obligación de garantía y respeto a los derechos consagrados en el tratado internacional.

En aplicación de estos postulados, el Comité de DDHH⁶⁴ determinó la responsabilidad del Estado parte en el caso *Moriana Hernández v. Uruguay*, que es el primer caso

⁶³ Véase TORRES ACOSTA, L. *La reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *Supra*, p. 4. Igualmente, HINESTROSA VÉLEZ, J.P. *La reparación a los daños inmateriales diferentes al daño moral en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Una comparación del tratamiento del tema en el Comité de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, *Supra*.

⁶⁴ En relación con los procedimientos y trámites en el Comité de DH ver: VILLÁN DURÁN, C. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 2002. NOWAK, M. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary* (Kehl/Strasbourg/Arlington), 2005.

decidido por dicho Comité. En esa oportunidad se introdujo la tesis según la cual existe una obligación de cumplimiento de las disposiciones del PIDCP, y cuando se encuentra una violación del Pacto surge el deber de adoptar inmediatamente medidas para hacer cesar la violación y reparar el daño causado a la víctima⁶⁵.

La obligación internacional bajo la cual se determina la responsabilidad internacional del Estado por violación a los DDHH está, al igual que en el sistema universal, consagrada en la CADH⁶⁶:

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

En interpretación de la CADH, la Corte IDH manifestó:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los Derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los Derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención⁶⁷ (negritas fuera del texto).

⁶⁵ Naciones Unidas, Comité de DH, Comunicación 5/1977, *Moriana Hernández Valenti v. Uruguay*. Igualmente, FALEH PÉREZ, C. *El derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a obtener una reparación. Análisis de la práctica del Comité de Derechos Humanos*. Las Palmas, 2004.

⁶⁶ En relación con los procedimientos y trámites de la Corte IDH, ver: FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. *Supra*. BUERGENTHAL, T.; SHELTON, D. y NORRIS, L. *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems*, Arlington, 1990 y BUERGENTHAL, T. *International Human Rights*, St. Paul Mnn, 1995.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra*, Párrafo 164.

Por consiguiente, existe tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales de protección a los DDHH, un marco normativo que determina una obligación y un vínculo obligacional. Así, entonces, la violación a una norma de DDHH por parte del Estado determina su responsabilidad frente al daño que el Estado causó a ese ciudadano, pues la responsabilidad en el DIDH tiende a ser objetiva⁶⁸.

En aplicación de ese precepto, una vez determinada la violación de los DDHH consagrada en el respectivo tratado internacional, y deducida la responsabilidad del Estado por su acción u omisión, surge inmediatamente el deber de reparar, como lo veremos posteriormente.

Por su parte, en el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y en el Derecho Penal Intrnaqional (DPI) la imputación de responsabilidad se predica, como lo habíamos visto anteriormente, solo frente a ciertas categorías de crímenes internacionales y de acuerdo con ciertos requisitos⁶⁹.

2.3. La tasación del daño a nivel internacional y en los sistemas de justicia transicional

Sobre este aspecto en el derecho comparado, generalmente cuando se trata de programas administrativos, se utilizan topes o baremos previamente establecidos como límite máximo del valor a indemnizar⁷⁰. En esos mismos contextos, cuando se llevaban a

⁶⁸ “La responsabilidad internacional por violaciones de los Derechos Humanos responde, en todo caso, a la imputabilidad que se le atribuye al Estado por actos de sus agentes y en ejercicio de sus funciones. Ello por cuanto opera la teoría objetiva de la responsabilidad, la cual no toma en cuenta eximentes en función de dolo o negligencia en la conducta del agente, aspecto reservado a la responsabilidad subjetiva que es materia del Derecho Interno”. RODRÍGUEZ, V. Op. cit., p. 133.

⁶⁹ “Quien a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otra entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo”. Artículo 25.3 del Estatuto de la CPI.

⁷⁰ Véase, entre otras, República de Argentina, Leyes 23.466, 24.043, 24.321, 24.411, 25.914. Decretos 1228 de 1987, 70 de 1991, 205 de 1997 y 403 de 1995; República de Chile, Ley 19.123; República Federativa del Brasil,

cabo procesos ante la justicia ordinaria, los fallos no tenían siempre en cuenta las sumas otorgadas a nivel administrativo⁷¹.

2.4 La reparación por violaciones masivas de los derechos fundamentales

En sistemas de justicia transicional se contempla generalmente la reparación a un número importante de víctimas de violaciones graves a los derechos humanos con un número importante de perpetradores⁷². En este sentido, al ser las reparaciones un aspecto tan complejo en razón de la cantidad de víctimas, la fórmula más eficiente es la reparación por la vía administrativa⁷³ de preferencia a la reparación judicial en ciertos contextos específicos de transición, en donde el número de víctimas supera ampliamente las capacidades de la justicia nacional.

Un procedimiento similar al administrativo se ha intentado diseñar en algunas ocasiones en el derecho internacional para la reparación por violaciones masivas a los DDHH⁷⁴.

2.5 La tasación en el Derecho Internacional

El artículo 41 de la CEDH consagra, como elemento de juicio del TEDH, la tasación en equidad⁷⁵, mientras que el artículo 63 de la CADH otorga a la Corte IDH un mandato más amplio a nivel de reparaciones. Por su parte, el Comité de DDHH no tuvo en principio un mandato contenido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos sobre este

Ley 9.140, Sudáfrica Regulation 1660. Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 1995, Act 34/95: Regulations Regarding Reparation to Victims in: Government Gazette. Republic of South Africa. Regulation Gazzette N° 7821. Vol. 461, Pretoria, November 12, 2003, N° 25695. Department of Justice and Constitutional Development. November 12, 2003. *Supra*. Véase, Ley 18.596 de 18 de septiembre de 2009 (Uruguay), el Estatuto para la Compensación por el Incidente del 28 de febrero de 1947 de 7 de abril de 1995 y la Ley para la compensación a las víctimas de la Ley Marcial (Estado de sitio) de 28 de mayo de 1998, Checoslovaquia, Ley 119/1990 de Rehabilitación Judicial (de Rehabilitación de las Víctimas por motivos políticos) del 23 de abril de 1990.

⁷¹ Véase por ejemplo LIRA, ELISABETH. Op. cit., pp. 86 a 89.

⁷² Véase FREEMAN, MARK. *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 18; BICKFORD, LOUIS. "Transitional Justice". En: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. USA: Macmillan Reference, 2004, pp. 1045-1047. VARGAS, ÁLVARO y LÓPEZ, CLAUDIA (Coord.) et al. *Manual de Procedimiento de Justicia y Paz*. Bogotá: GTZ, 2009. Op. cit., pp. 19 y ss.

⁷³ Véase OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto. Reparaciones*, HR/PUB/08/1, 2008, p. 30.

⁷⁴ Véase <http://www.uncc.ch>. Al respecto ver: VAN HOUTTE, HANS et al. "The United Nations Compensation Commission". En: *The Handbook of Reparations*. Op. cit., pp. 321 a 389.

⁷⁵ European Court of Human Rights, *Case of KÖNIG v. Germany* (Article 50), *Supra*, Párrafo 19.

punto, no obstante, como lo hemos visto en el presente escrito, la jurisprudencia del Comité ha incluido el tema de las reparaciones⁷⁶, igual a lo que ocurre en el Sistema Africano de Protección a los DDHH⁷⁷.

Así entonces, el TEDH, desde sus primeras sentencias, descartó cualquier carácter subsidiario de las reparaciones que deberían otorgar los Estados⁷⁸.

Igual posición tuvo desde un principio la Corte IDH⁷⁹, aunque, como ya lo hemos dicho, la reparación de ambas Convenciones difieren en el criterio de tasación.

Ahora, si bien el TEDH tiene como criterio principal la tasación en equidad, esto no es un impedimento para que el Tribunal considere ciertos requisitos para que proceda a tasar el daño; así, entonces, para el TEDH la violación a la CEDH genera la existencia del daño⁸⁰, y además debe existir un vínculo de causalidad entre la situación jurídica infringida y los daños padecidos⁸¹; igual posición tiene la Corte IDH, en relación con el primer ítem⁸², a pesar que para algunos casos el daño se presume a favor de familiares

⁷⁶ PÉREZ C., FALEH. *El derecho de las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos a obtener una reparación. Análisis de la práctica del Comité de Derechos Humanos*. Supra, e HINESTROSA VÉLEZ, J.P. *La reparación a los daños inmateriales diferentes al daño moral en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Una comparación del tratamiento del tema en el Comité de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*. Op. cit.

⁷⁷ Véase Carta de Banjul y African Commission on Human and Peoples Rights, 155/96 The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nigeria, 2001.

⁷⁸ Véase *Echr Cases of de Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium* (Article 50), Supra, Párrafo 20.

⁷⁹ "Ninguna parte de este artículo hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo.

"Esto implica que la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de Derecho internacional aplicables a la materia". Corte I.D.H., Caso *Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C. N° 7, Párrs. 30 y 31.

⁸⁰ Véase European Court of Human Rights, *Engel v. Austria*, June 8 of 1976, Párrafo 109; *Cases of de Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium (article 50)*, Supra, Párrafo 23 y *Ringenseim v. Austria (article 50)*, sentence of June 22 of 1972, Párrafo 21, Supra, entre otros.

⁸¹ Véase European Court of Human Rights, *Case Of Van Droogenbroeck v. Belgium (article 50)*, sentence of April 25 of 1983, Párrs 11 y 12.

⁸² Véase Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Supra, Párrafo 62; *Caso Cantoral Benavides. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Supra, Párrafo 40 y *Caso Cesti Hurtado. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 31 de mayo de 2001. Serie C. N° 78, Párr.35, entre otros.

de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos⁸³. Así mismo, para la Corte las reparaciones otorgadas guardan relación con las violaciones a la CADH⁸⁴, y al referirse al daño material (ver *infra*) la Corte ha establecido que el mismo debe basarse en elementos probatorios que permitan determinarlo como un perjuicio cierto⁸⁵, en caso contrario acude a la equidad (ver *infra*).

En este sentido la Corte, en relación con el daño material (antiguamente habló de daño emergente y lucro cesante “después de pérdida de ingresos”⁸⁶, además del daño patrimonial familiar⁸⁷, se refiere a los siguientes aspectos:

2.6 Lucro cesante o pérdida de ingresos

Se calcula con los ingresos laborales que hubiera obtenido la víctima en su vida laboral probable (si ha sido asesinada o ha sufrido una desaparición forzada).

En los casos en los cuales la víctima no ha sido asesinada o desaparecida este rubro se reconocerá, en cuanto las lesiones que hubiesen disminuido su capacidad laboral, así como otras sumas dejadas de percibir por la misma causa desde el momento en que se produjo el daño.

Se calcula teniendo como base el salario devengado, prestaciones legales y extralegales, y otros beneficios económicos que pudiera percibir la víctima con referencia a su relación laboral al momento de producirse el hecho ilícito internacional, hasta la fecha de su jubilación laboral, y de allí en adelante se tendrá en cuenta la pensión, hasta el momento

⁸³ Corte IDH, Caso *Valle Jaramillo Supra*, Párrafo 119, Caso *Blake Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C. N° 36, Párrafo 114; Caso *Heliodoro Portugal, Supra*, Párrafo 163, y Caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz, Supra*, Párrafo 112, Caso de la *Masacre de Mapiripán, Supra*, Párrafo 146 y Caso de las *Masacres de Ituango, Supra*, Párrafo 262.

⁸⁴ Corte IDH. Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. *Supra*, párrafo 190; *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C. N° 109, Párrafo 223; *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C. N° 107, Párrafo 194, entre otros.

⁸⁵ Véase Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*. Sentencia de 15 septiembre de 2005. Serie C. N° 134, Párrafo 276; Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C. N° 112, Párrafo 288 y *Caso Molina Theissen*. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C. N° 106, Párrafo 57, entre otros.

⁸⁶ Véase Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C. N° 44. Para hoy volver a hablar de lucro cesante, ver: Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C. N° 186.

⁸⁷ Véase Corte I.D.H., *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. *Supra*.

de la muerte natural, teniendo como marco la expectativa probable de vida en cada país⁸⁸.

Tal posición jurídica quedó establecida por la Corte IDH desde el primer caso sometido a su juzgamiento:

Sin embargo es preciso tener en cuenta que el cálculo del lucro cesante debe hacerse considerando dos situaciones distintas. Cuando el destinatario de la indemnización es la víctima afectada de incapacidad total y absoluta, la indemnización debe comprender todo lo que dejó de percibir con los ajustes correspondientes según su expectativa probable de vida. En este supuesto, el único ingreso para la víctima es lo que habría recibido como importe de ese lucro cesante y que ya no percibirá.

Si los beneficiarios de la indemnización son los familiares, la cuestión se plantea en términos distintos. Los familiares tienen, en principio, la posibilidad actual o futura de trabajar o tener ingresos por sí mismos. Los hijos, a los que debe garantizarse la posibilidad de estudiar hasta una edad que puede estimarse en los veinticinco años, podrían, por ejemplo, trabajar a partir de ese momento. No es procedente, entonces, en estos casos atenerse a criterios rígidos, más propios de la situación descrita en el párrafo anterior, sino hacer una apreciación prudente de los daños, vistas las circunstancias de cada caso⁸⁹.

Si la víctima estuviese desempleada al momento en que se produjo el daño, o si sus condiciones económicas y laborales son tan limitadas que no permiten obtener mensualmente el salario mínimo del país respectivo, se toma como base de liquidación el salario mínimo legal o la canasta básica alimentaria, según sea la cifra mayor en cualquiera de estos dos casos⁹⁰. A esta

⁸⁸ “Con base en una estimación prudente de los ingresos posibles de la víctima durante el resto de su vida probable y en el hecho de que en este caso la indemnización está destinada exclusivamente a los familiares de Manfredo Velásquez mencionados en el proceso, la Corte fija el lucro cesante en quinientos mil lempiras, que se pagarán a la cónyuge y a los hijos de Manfredo Velásquez en la forma que después se precisará”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de Reparaciones, 21 de julio de 1989, Párrs 47 a 49; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de Reparaciones, 21 de julio de 1989; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloeboetoe*, Sentencia de Reparaciones, 10 de Septiembre de 1993, entre otras.

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de Reparaciones, 21 de julio de 1989, Párrs. 47 a 49; igualmente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de Reparaciones, 21 de julio de 1989; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloeboetoe*, Sentencia de Reparaciones, 10 de Septiembre de 1993, entre otras.

⁹⁰ “La Corte basó sus cálculos tomando como salario base un monto no menor al costo de la canasta alimentaria básica por ser una cantidad superior al salario básico rural al momento de los hechos”. Corte IDH, *Caso El Amparo*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C. N° 28, Párrafo 28.

suma la Corte ha optado por deducir un 25% al total del monto por concepto de los gastos personales que la víctima hubiere realizado si se encontrare con vida⁹¹.

En este sentido la Corte IDH ha expresado:

Con base en la información recibida y los cálculos efectuados por el actuario designado ad effectum, la Corte calculó que la indemnización que corresponde otorgar a cada una de las víctimas o sus familias, se basa en la edad que tenían aquéllas al momento de la muerte y los años que les faltaban para llegar a la edad en que se calcula la cifra de la expectativa normal de vida en Venezuela o el tiempo que permanecieron sin trabajar en el caso de los dos sobrevivientes. La Corte basó sus cálculos tomando como salario base un monto no menor al costo de la canasta alimentaria básica por ser una cantidad superior al salario básico rural al momento de los hechos. Una vez efectuado dicho cálculo, se le aplicó una deducción del 25% por gastos personales, como lo ha hecho en otros casos. A ese monto se le sumaron los intereses corrientes desde la fecha de los hechos hasta el presente⁹².

2.7 Daño emergente

En relación con el daño emergente la Corte lo tasa de acuerdo con los gastos que las víctimas o sus familiares realizaron con ocasión del daño infligido a la víctima, es decir trámites médicos, mortuorios, desplazamientos, etc.⁹³.

Por otro lado la Corte, cuando los Estados han reparado previamente a las víctimas conforme a su derecho interno, en virtud de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, ha optado por descontar, en sus propias medidas de reparación, lo que ya se ha pagado en aplicación del derecho de cada país⁹⁴. Incluso la Corte, en aplicación del

⁹¹ Véase Corte IDH, *Caso El Amparo*, Sentencia de Reparaciones, *Supra*, Párrafo 28. Igualmente, *Caso Caballero Delgado y Santana*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C. N° 31 y *Caso Garrido y Baigorria*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C. N° 39, entre otras.

⁹² Véase, Corte IDH *Caso El Amparo*. Sentencia de Reparaciones, *Supra*, Párrafo 28.

⁹³ “La Corte estima adecuado que se reintegren a los familiares de las víctimas los gastos efectuados para obtener informaciones acerca de ellas después de su asesinato y los realizados para buscar sus cadáveres y efectuar gestiones ante las autoridades surinamesas. En el caso particular de las víctimas Daison y Deede-Manoe Aloeboetoe, la Comisión reclama sumas iguales con motivo de los gastos efectuados por cada uno”. Corte IDH, *Caso Aleboetoe*, Sentencia de Reparaciones, Párrafo 79, entre otras.

⁹⁴ Véase Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán*. *Supra*, Párrafo 269; *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1° de julio de 2006. Serie C. N° 148, Párrs. 363 y 364.

principio *pro-homine*⁹⁵, ha manifestado que cuando la reparación en derecho interno es mayor a la decretada por la Corte, no se puede descontar la diferencia⁹⁶, posición que significa que el Estado al momento de pagar la indemnización decretada por la Corte puede descontar lo ya pagado en el derecho interno, más no puede solicitar la devolución de la diferencia⁹⁷.

También la Corte ha acudido a un nuevo criterio para tasar el daño material, que consiste en decretar la convocatoria de un tribunal de arbitramento para tasar los perjuicios económicos derivados de la aprehensión y depósito de bienes incautados⁹⁸.

La razón de esta determinación es la complejidad del asunto en el cual se solicitaba la tasación del daño, así como el hecho de estar en discusión criterios técnicos ajenos a la Corte; la misma, sin embargo, puede constituir un mecanismo para que las indemnizaciones sean más objetivas que las resultantes de la aplicación de los criterios actuales⁹⁹. Vale la pena anotar que el Estado de Ecuador objetó la facultad de la Corte para decretar en derecho interno la realización de un tribunal de arbitramento¹⁰⁰, cuestión que fue rechazada por la Corte¹⁰¹.

Por último, para tasar el daño patrimonial familiar la Corte aplica el principio de equidad¹⁰² que, como lo vimos, también emplea el TEDH.

En relación con el daño inmaterial, todos los Tribunales Internacionales acuden a la equidad; sin embargo, los criterios para la Corte IDH divergen al momento de tasar los daños inmateriales de acuerdo con las pruebas aportadas, tal como lo veremos en el presente escrito.

⁹⁵ Véase Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C. N° 70; *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C. N° 101, y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A. N° 5, entre otras.

⁹⁶ Véase *Caso de las Masacres de Ituango*. *Supra*, Párrafo 376 y *Caso de la Masacre de La Rochela*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C. N° 163, Párrafo 250.

⁹⁷ Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela*. *Supra*. Párrafo 250.

⁹⁸ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C. N° 170, Párrs. 228 y ss.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Véase Comunicado de Prensa, CIDH_CP-14/08 ESPAÑOL.

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C. N° 188.

¹⁰² Corte I.D.H., *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, *Supra*.

En relación con el DIH, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI¹⁰³ disponen que los magistrados al momento de tasar la reparación tendrán en cuenta la magnitud del perjuicio padecido y la situación personal, familiar o social de quien solicita la reparación¹⁰⁴.

2.8 Equidad, apreciación prudente de los daños y satisfacción equitativa como criterios de tasación

La equidad es un concepto que tiene muchas acepciones y definiciones. Por solo resaltar alguna, podemos anotar que la equidad tiene atribuidas cualidades de lo justo¹⁰⁵ y correcto¹⁰⁶; LUMIA, por ejemplo, la definía como el juicio atemperado y conveniente que la ley otorga al juez para dar balance a situaciones¹⁰⁷ que por sus específicas condiciones podrían pecar de injustas; es la aplicación de la justicia sobre la legalidad¹⁰⁸.

En materia de reparaciones podemos anotar que la equidad hace relación con la búsqueda de un equilibrio de dos posiciones antagónicas en un caso particular y concreto¹⁰⁹.

2.9 Aplicación de la equidad en las reparaciones del TEDH y de la Corte IDH

En principio, el criterio de equidad solo puede ser aplicado por el TEDH, pues el mandato consagrado en el referido artículo 41 así lo dispone; por ende, el TEDH empleó este criterio desde sus primeros casos (ver *supra*)¹¹⁰.

Sin embargo, la Corte IDH también ha acudido a esta figura; la primera ocasión en que lo hizo fue en el caso *Gangaram Panday v. Surinam*¹¹¹; posteriormente

¹⁰³ *Supra*.

¹⁰⁴ Art. 175.

¹⁰⁵ Véase *Black's Law Dictionary*, p. 484.

¹⁰⁶ UNAM, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*, 8ª ed. México, D.F.: Editorial Porrúa, 1995, p. 1293.

¹⁰⁷ LUMIA, GIUSEPPE. *Principios de teoría e ideología del derecho*. Madrid: Edit. Debate, 1993, p. 75.

¹⁰⁸ HENAO, JUAN CARLOS. *Le dommage* (tesis doctoral). París: Universidad París II. Noviembre de 2007, p. 682.

¹⁰⁹ GUAYACÁN ORTIZ, JUAN CARLOS. "El rol de la prueba judicial cuando se liquida el monto de una indemnización con base en la equidad". En: XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Medellín: Universidad Libre, p. 493. En este mismo sentido ver: HENAO, JUAN CARLOS. *Le dommage*. Ob. cit.; HOUSTON R.F.V y BUCKLEY R.A. *Law of Torts*. Sweet & Maxwell Ed. London, 1987, p. 14, y MELO DA SILVA, WILSON. *O dano moral e sua reparação*, edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1955, p. 424.

¹¹⁰ European Court of Human Rights, *Case of König v. Germany (article 50)*, *Supra*; *Cases of de Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium (article 50)*, *Supra* y *Ringensein v. Austria (article 50)* *Supra*, entre otros.

¹¹¹ Véase Corte I.D.H., *Caso Gangaram Panday*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C. N° 16.

fue el caso *Genie Lacayo v. Nicaragua*¹¹² como también en el caso *Mayagna v. Nicaragua*¹¹³.

Por otro lado la Corte IDH, desde un principio, acudió a la equidad como forma de tasación del daño moral¹¹⁴ y del daño patrimonial familiar¹¹⁵:

En el presente caso, la Corte ha seguido los precedentes mencionados. Para la indemnización del lucro cesante ha efectuado “una apreciación prudente de los daños” y para la del daño moral ha recurrido a “los principios de equidad”.

*Las expresiones “apreciación prudente de los daños” y “principios de equidad” no significan que la Corte puede actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios. En este tema, la Corte se ha ajustado en la presente sentencia a métodos seguidos regularmente por la jurisprudencia y ha actuado con prudencia y razonabilidad al haber verificado in situ, a través de su Secretaría adjunta, las cifras que sirvieron de base a sus cálculos*¹¹⁶.

Cabe agregar que los desplazamientos *in situ*, como elemento de prueba para determinar las reparaciones por violaciones a los DDHH no volvieron a ser aplicados por la Corte después del caso *Aleboetoe* (ver *supra*).

¹¹² Véase Corte IDH, *Caso Genie Lacayo*. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C. N° 30.

¹¹³ Véase Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1° de febrero de 2000. Serie C. N° 66.

¹¹⁴ “En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad”. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C. N° 7, Párrafo 27.

¹¹⁵ Véase Corte IDH, *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, *Supra*; *Caso Molina Theissen. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de julio de 2004. *Supra* y *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. *Supra*, entre otros. Hay que anotar que el daño patrimonial familiar es un daño de la categoría material, que según lo expresado en párrafos anteriores tenía, a juicio de la Corte, criterios objetivos de tasación tal como lo habíamos anotado anteriormente.

¹¹⁶ Corte IDH, *Caso Aloboetoe y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. *Supra*, Párrafo 17. En un mismo sentido: Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. *Supra*, Párrafo 46 y véase Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. *Supra*.

2.10 Ejemplos de la utilización de la equidad como forma de tasar el daño en la jurisprudencia de los tribunales internacionales

LUMIA, autor que ya habíamos citado, precisa que la equidad no es el mero arbitrio¹¹⁷ cuya aplicación conduciría a un abuso de los poderes que tiene el juez¹¹⁸.

Así, entonces, la aplicación de la equidad en materia de reparaciones pretende alejar, en cuanto resulte posible, la aplicación de criterios subjetivos en la tasación del daño. Además no se puede prescindir del elemento probatorio y del principio de congruencia¹¹⁹ para determinar una adecuada tasación, pues a daños iguales deben corresponder formas y montos de reparación similares¹²⁰, mecanismo este que pretende garantizar la seguridad jurídica¹²¹.

Sin embargo la Corte, al analizar, por ejemplo, algunos casos de periodistas condenados penalmente por publicar artículos contra personajes públicos, ha determinado lo siguiente: en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*¹²², la Corte tasó el daño inmaterial en U\$20.000¹²³ y, en cambio, en un caso de circunstancias similares, fallado tan solo 2 meses después (caso *Ricardo Canese v. Paraguay*¹²⁴) la Corte tasó el mismo daño en U\$35.0000 sin motivar el porqué de la diferencia entre uno y otro valor.

Igualmente, en el caso del Estado colombiano, que ha recibido varias sentencias condenatorias de la Corte por la comisión de masacres, la tasación ha variado en gran

¹¹⁷ LUMIA, GIUSEPPE. *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*. Op. Cit., p. 75.

¹¹⁸ UNAM, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Op. cit., p. 1293.

¹¹⁹ Véase BOVINO, ALBERTO. *Principio de la congruencia, derecho de defensa y calificación jurídica. Doctrina de la Corte Interamericana*. Artículo disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/49humanos.pdf>.

¹²⁰ GUAYACÁN ORTIZ, JUAN CARLOS. “El rol de la prueba judicial cuando se liquida el monto de una indemnización con base en la equidad”. Op. cit., p. 497. En este mismo sentido ver: HENAO, JUAN CARLOS. *Le dommage*. Op. cit.; HOUSTON, R.F.V. y BUCKLEY, R.A. *Law of Torts*, Sweet & Maxwell, Ob. cit. y ATIYAH, P.S. *The Damages Lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997, pp. 138 y ss.

¹²¹ GUAYACÁN ORTIZ, JUAN CARLOS. “El rol de la prueba judicial cuando se liquida el monto de una indemnización con base en la equidad”. Op. cit., p. 49; CORTÉS, EDGAR. “El daño patrimonial derivado de las lesiones a la integridad psicofísica. Notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Revista de Derecho Privado*. N° 12-13. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 310 y M’CAUSLAND, MARÍA CECILIA. *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

¹²² Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. *Supra*.

¹²³ Sobre las monedas referentes para decretar la tasación de los daños, ver el último numeral del presente capítulo.

¹²⁴ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C. N° 111.

medida. Así, el daño material (que incluso tiene pruebas más objetivas para su cálculo) en el caso *19 Comerciantes*¹²⁵ fluctuó entre los U\$55.000 y los U\$57.000 por víctima; en el caso de la *Masacre de Mapiripán*¹²⁶ el mismo daño osciló entre U\$350.000 y los U\$35.000 por víctima; en el caso de las masacres de Ituango¹²⁷, el valor fluctúa entre los U\$81.000 y los U\$1.500.

En el mismo sentido, en el caso *19 Comerciantes*¹²⁸ ese tipo de daño se tasó en U\$80.000 para la víctima y el cónyuge, U\$50.000 para los padres e hijos de las víctimas y U\$8.500 para los hermanos. En el caso de la *Masacre de Mapiripán*¹²⁹, el daño inmaterial para las víctimas se tasó por el mismo valor, salvedad hecha de los cónyuges para quienes la Corte modificó el valor correspondiente a U\$50.000, sin explicación alguna.

La tasación varía aún más en el caso de las *Masacres de Ituango*¹³⁰, cuando la Corte dispuso el valor en U\$30.000 para las víctimas, U\$10.000 para ascendientes o descendientes y U\$1.500 para los hermanos, sin que en esta ocasión tampoco se argumentara el porqué del cambio de los valores en relación con casos precedentes y sin que exista, entre ellos, muchos años de diferencia. Esta situación vuelve a variar en el caso más reciente de la *Masacre de La Rochela*¹³¹, donde la reparación por daño inmaterial vuelve a ascender a U\$100.000 por víctima, U\$70.000 para cónyuges, ascendientes y descendientes y U\$15.000 para los hermanos de las víctimas; tampoco se motiva la razón del nuevo incremento de los montos de reparación.

Por anotar un tercer ejemplo de los muchos que pudieran citarse, en el caso de las desapariciones forzadas en épocas de dictadura, la Corte en el caso *Goiburú v. Paraguay*¹³², tasó el daño inmaterial en U\$50.000 para la víctima, U\$35.000¹³³ para cónyuges, U\$28.000¹³⁴ para ascendientes o descendientes y U\$10.000 para hermanos.

¹²⁵ Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2004.

¹²⁶ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

¹²⁷ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1° de julio de 2006.

¹²⁸ *Supra*.

¹²⁹ *Supra*.

¹³⁰ *Supra*.

¹³¹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. *Supra*.

¹³² Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C. N° 153.

¹³³ Entre U\$35.000 y U\$30.000.

¹³⁴ Entre U\$28.000 y U\$25.000.

A su vez, en el caso *Heliodoro Portugal v. Panamá*¹³⁵: U\$66.000 para la víctima, y U\$40.000 para cónyuge e hijo¹³⁶, sin que se exprese la razón de las variaciones de estos valores.

En el mismo sentido el TEDH, en casos en los cuales ha encontrado violaciones al artículo 5 de la CEDH, por transgresión del plazo razonable en la prisión preventiva, realizó la siguiente operación:

En el caso *Gergogieva v. Bulgaria*¹³⁷, el TEDH tasó el daño moral en 3.000 euros, mientras que por la misma situación tasó el daño moral en 4.000 euros en el caso *Garriguenc v. Francia*¹³⁸, siendo ambos casos fallados en hechos que guardan similitud, decididos por la misma Sala y con tan solo una semana de diferencia.

Igualmente, en casos de tortura y agresiones por parte de agentes de policía al momento de la detención, el TEDH tasó el daño moral por la violación del artículo 3 de la CADH en 15.000 euros en el caso *Kemal Kabraman v. Turquía*¹³⁹ y en 4.000 euros en el caso *Ivanov v. Bulgaria*¹⁴⁰.

Por colocar otro ejemplo más, en los casos en los cuales se ha demandado ante el TEDH por violación a la garantía del plazo razonable en procesos contencioso administrativos en los cuales se impugnan licencias de obras, el TEDH tasó el daño moral en 2.700 euros en el caso *Tarimci v. Turquía*¹⁴¹ y en 7.500 euros en el caso *D'alesio v. Italia*¹⁴². En esta última situación, pese a la similitud de los hechos y habiendo sido fallados el mismo día y por la misma Sala, no se motiva el porqué de la diferencia de los valores reconocidos.

¹³⁵ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008.

¹³⁶ U\$60.000 para la hija en razón del impulso de ésta al caso.

¹³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Caso Georgieva contra Bulgaria*. Sentencia de 3 julio 2008.

¹³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Caso Garriguenc contra Francia*. Sentencia de 10 julio 2008.

¹³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). *Caso Kemal Kabraman contra Turquía*. Sentencia de 22 julio 2008.

¹⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). *Caso Boyko Ivanov contra Bulgaria*. Sentencia de 22 julio 2008.

¹⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). *Caso Tarimci contra Turquía*. Sentencia de 14 octubre 2008.

¹⁴² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). *Caso D'Alessio contra Italia*. Sentencia de 14 octubre 2008.

De lo expuesto podemos ver que existen valores muy disímiles al momento de tasar los daños por parte de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, situación que se hace más notoria cuando se fallan casos similares en los hechos o en las violaciones y que difieren en muy cortos períodos de tiempo, pese a lo cual los valores reconocidos no guardan similitud.

2.11 Reparación del daño individual y del daño colectivo en el contexto internacional

La reparación, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene como génesis la existencia real y cierta de un daño.

Sobre este punto, PIZA ROCAFORT expresa lo siguiente:

Para que exista responsabilidad patrimonial, tanto en el derecho interno como en el internacional, tiene que existir primero un daño o lesión resarcible (para ello, los daños deben revestir ciertas características)¹⁴³.

De acuerdo con lo expresado en el presente capítulo, dentro del ámbito del DIDH existe un marco normativo, doctrinario y jurisprudencial que ha sentado los lineamientos para una reparación adecuada; tal reparación tiene una doble vía o dimensión, pues por un lado está la obligación de respeto y por el otro el deber de garantizar los derechos¹⁴⁴. Cuando se declara la responsabilidad internacional del Estado en haber violado obligaciones de garantizar o de respetar, surge una tercera obligación que corresponde a la obligación o deber de reparar.

2.12 Deber de reparar

En relación con este aspecto, el artículo 41¹⁴⁵ de la CEDH, manifiesta:

Artículo 41. Satisfacción equitativa. Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante

¹⁴³ PIZA ROCAFORT, R. *Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos*. San José, 1989, p. 19.

¹⁴⁴ Véase, entre otros, artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase asimismo, DULITZKY, ARIEL. "Alcance de las obligaciones internacionales de los Derechos Humanos". En: MARTÍN, CLAUDIA et al. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Doctrina Jurídica Contemporánea. México, 2004, pp. 85 y 86; MEDINA, CECILIA et al. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2007, pp. 19 y ss.

¹⁴⁵ Antiguo artículo 50 de la CEDH.

sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

En desarrollo y aplicación de estos postulados¹⁴⁶, el TEDH, en el caso *Irlanda vs. Reino Unido*, determinó que el estudio de la reparación solicitada debe hacerse a petición de parte y no *motu proprio*¹⁴⁷.

Por otro lado, el artículo 63 de la CADH, expresa:

Artículo 63. 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá 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.

En aplicación del marco normativo interamericano, la Corte IDH ha precisado que la reparación es consecuencia directa del daño:

*Tal como lo ha señalado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación*¹⁴⁸.

En sentido similar, el TEDH señalaba que el antiguo artículo 50 de la CEDH que consagraba la responsabilidad provenía de una regla ya clásica del derecho internacional estatuida en tratados como el tratado Germano Suizo de Arbitramento y Conciliación de 1921, entre otros¹⁴⁹.

En resumen, una vez establecida la responsabilidad del Estado, surge la obligación de reparar.

¹⁴⁶ En relación con los procedimientos y trámites del TEDH ver: VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G.J.H. *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. Kluwer, Strasbourg, 1984; CARRILLO SALCEDO, J.A. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Ob. cit. y CANCADO TRINDADE, A. y CALFISCH, L. *Les Conventions Americaine et Europeene des Droits de L'Homme et le Droit International General*. Ob. cit.

¹⁴⁷ European Court of Human Rights, *Ireland v. U.K.* Case, January 18 of 1975.

¹⁴⁸ Corte IDH, *Caso Ceasar*, Párrafo 121.

¹⁴⁹ Echr, *Cases of de Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") V. Belgium (article 50)*, Judgment. 10 March 1972, Párrafo 15.

¿De dónde surge la obligación de reparar? Según ASDRÚBAL AGUIAR, el deber de reparar los daños proviene de una consideración axiomática común al Derecho Interno e Internacional¹⁵⁰.

El Derecho Internacional en sus diversas manifestaciones no ha sido ajeno a este planteamiento. En efecto, en el célebre caso de la Fábrica de Chorzow, la CPJ estableció como principio internacional la obligación de reparar:

*(...) the essential principle contained in the actual notion of an illegal act, a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed*¹⁵¹.

Aspecto que inició su planteamiento en el caso Wimbledon¹⁵², donde se conectó la responsabilidad al deber de reparar el daño causado. La CIJ también expresó lo siguiente en el caso estrecho de Corfú:

*(...) is answered in the affirmative, it follows from the establishment of responsibility that compensation is due*¹⁵³.

Dando lugar al establecimiento de la reparación, como consecuencia lógica de la imputación del daño y la declaratoria de responsabilidad. MANUEL DIEZ DE VELASCO nos señala la forma como opera esa consecuencia:

*Las consecuencias de todo acto ilícito internacional que origina una relación de responsabilidad así configurada, se traducen en términos generales en una obligación de reparar a cargo del Estado al que el acto es atribuible*¹⁵⁴.

¹⁵⁰ AGUIAR, A. *Derechos humanos y responsabilidad del Estado*. Caracas, 1997, p. 35.

¹⁵¹ CPJ. *The Factory at Chorzow*, Serie A. N° 17, p. 47. “El principio esencial contenido en la noción actual del ilícito internacional, un principio que parece establecido en la costumbre internacional y particularmente en las decisiones de los tribunales de arbitramentos internacionales; que la reparación debe ser lo más cercano posible a remover todas las consecuencias del ilícito internacional y restablecer la situación que con toda probabilidad habría existido si tal ilícito no se hubiese cometido” (traducción libre).

¹⁵² CPJ. *The S.S. Wimbledon*, Serie A. N° 1, pp. 30 y 33.

¹⁵³ ICJ. *Supra*, pp. 23-24. “Se responde de manera afirmativa, y como paso seguido de la declaración de responsabilidad, surge el deber de reparar” (traducción libre).

¹⁵⁴ DIEZ DE VELASCO, M. Op. cit., p. 709.

Entonces se tiene que, una vez establecida la responsabilidad, surge la obligación de reparar y otorgar una satisfacción a la víctima, obligación que en muchos casos propende por una *restitutio in integrum*¹⁵⁵ o *full compensation*, y cuando la misma no es posible, sobrevendrá la indemnización.

Así, entonces, como lo hemos venido manifestando, la obligación de reparar se funda en la comisión de un ilícito internacional¹⁵⁶.

Y en desarrollo de este principio, la Corte IDH manifestaba:

Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: causa cause est causa causati. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos.

*Obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable*¹⁵⁷.

Es por todo esto y en aplicación del interés superior de la víctima¹⁵⁸, que las fórmulas reparatorias empleadas por el TEDH y la Corte IDH, han respondido en parte a los retos que la situación de vulnerabilidad de las víctimas de violaciones a los DH les planteaba.

¹⁵⁵ Si bien la Corte IDH maneja indistintamente el concepto de *restitutio in integrum* como una restitución *in natura*, y como una reparación integral, para efectos de la utilización de la Corte, restitución *in natura* es más apropiado, pues en su jurisprudencia reciente la Corte considera que: La reparación del daño requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. Corte I.D.H., *Caso Ceasar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C. N° 123, Párrafo 122; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C. N° 114, Párrafo 224 y *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C. N° 109, Párrafo 221. Al respecto ver: HINESTROSA VÉLEZ, J.P. *Introducción a la responsabilidad internacional de los particulares en las violaciones a los Derechos Humanos*. Bogotá, 2005 y TORRES ACOSTA, L.A. Op. cit., p. 64.

¹⁵⁶ TORRES ACOSTA, L.A. Op. cit., p. 8.

¹⁵⁷ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C. N° 15, Párrafo 48.

¹⁵⁸ Véase OEA, Consejo Permanente, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. Documento de soporte técnico de la misión de Colombia en la sesión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos "Diálogo sobre el funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos entre los Estados Miembros y los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". OEA/Ser.G CP/CAJP/INF. 50/07. 24 mayo 2007 Washington D.C.

En esta situación se encontró la Corte IDH en el caso *Aloeboetoe vs Surinam*¹⁵⁹, donde por primera vez tuvo un caso de ejecuciones extrajudiciales masivas en la comunidad cimarrona grupo étnico de Surinam.

Ante la gravedad del caso y su incidencia en una comunidad afectada por las ejecuciones y la ausencia de presencia del Estado¹⁶⁰, la Corte encontró que era imposible borrar las consecuencias dañinas de la violación¹⁶¹, y por consiguiente ordenó una reparación acorde con la CADH, que incluía al conglomerado social y daba mejores calidades de vida a la población afectada; por lo tanto, como parte de la reparación se obligó al Estado a dotar y reabrir la escuela de la comunidad y el centro de salud¹⁶².

Paralelamente, aunque años más tarde, el TEDH, en el caso *Papamichaloupolos vs. Grecia*¹⁶³, modificó su forma de reparación y la realizó de una forma clara y directa.

Como en pocas veces lo ha hecho, en Papamichaloupolos, el TEDH determina que, dado el extenso período de tiempo transcurrido desde la expropiación de los inmuebles de los afectados (1967) y la fecha de la sentencia, era imposible retornar a las personas a que vivan del sustento que tenían en el momento en el que se produjo la expropiación, por ser en la actualidad una base naval¹⁶⁴. Sin embargo, las fórmulas reparatorias utilizadas por el TEDH no incluyeron mecanismos de reparación no pecuniaria como las empleadas por la Corte IDH desde el caso Aloeboetoe. Así, entonces, la realidad modificó la forma de reparar para propender por una *restitutio in integrum*.

Por su parte y en relación con el Sistema Interamericano, la Corte IDH ha indicado:

*Por no ser posible la “restitutio in integrum” en caso de violación del derecho a la vida, resulta necesario buscar formas sustitutivas de reparación en favor de los familiares y dependientes de las víctimas, como la indemnización pecuniaria. Esta indemnización se refiere primeramente a los perjuicios sufridos y como esta Corte ha expresado anteriormente, éstos comprenden tanto el daño material como el moral*¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Supra*.

¹⁶⁰ Además por el abandono del Estado.

¹⁶¹ *Ibidem*, Párrafo 48.

¹⁶² *Ibidem*, Párrafo 96.

¹⁶³ European Court of Human Rights Case Papamichaloupolos (article 50), October 31 of 1995. *Supra*.

¹⁶⁴ *Ibidem*, Párrafo 37.

¹⁶⁵ Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C. N° 15, Párrafo 47.

En desarrollo de esa tesis jurídica, la Corte más recientemente expresó:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno¹⁶⁶.

2.13 ¿Qué incluye la reparación?

En este sentido es menester, nuevamente, recurrir los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones:

Formas de reparación

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

20. *La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:*

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

¹⁶⁶ Corte IDH, *Caso Ceasar*, *Supra*, Párrafo 122.

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

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;*
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;*
- c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;*
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;*
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;*
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;*
- g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;*
- h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles¹⁶⁷.*

Para la Corte IDH el término reparación comprende:

Las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Véase Naciones Unidas, Resolución 60/147. *Supra.*, Párrs. 19 a 22.

¹⁶⁸ Véase Corte IDH, *Caso Ceasar*, *Supra*, Párrafo 123.

Por último, los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de las Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario, a interponer recursos y obtener reparaciones, establecen que la reparación debe ser adecuada, efectiva y rápida. Su objetivo es promover la justicia y ha de ser proporcional al daño sufrido. En ese mismo sentido, es importante destacar que el derecho internacional ha marcado una diferencia entre la reparación integral que se da en los procesos de reparación judicial¹⁶⁹, y la reparación justa y equitativa de los programas de reparación administrativa. De acuerdo a los principios y directrices, las reparaciones de tipo administrativas se guían por otros principios que las judiciales. Ya no se trata de una *restitución integral*, se habla más bien de una reparación justa y adecuada¹⁷⁰ que “*integra un «margen de apreciación» que autoriza las desviaciones del «principio de borrar todas las consecuencias [que sin embargo] sigue siendo el principal principio» (...). En las especiales circunstancias con que se enfrentan los programas masivos, el doble requisito de proporcionar «una reparación justa y adecuada» sustituye a ese criterio*”¹⁷¹.

La reparación como elemento complejo es un concepto que también contempla el DIH¹⁷² y el DPI; en efecto, el estatuto de la CPI menciona:

¹⁶⁹ Además ese tipo de reparaciones se dan, independientemente de la generalidad o de la masividad de la violación a ciertos derechos. Funcionan por lo general cuando la violación a los derechos humanos o a los derechos fundamentales es excepcional. Véase DE GREIFF, PABLO. “Justice and reparations”. En: *The Handbook of Reparations*. Edited by PABLO DE GREIFF. Ed. ICTJ and Oxford Press University, 2006, p. 451.

¹⁷⁰ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. A/RES/60/147. Naciones Unidas, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, Principios 11 y 18:

“11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional: (...) b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido (...)”.

“18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva”.

¹⁷¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto. Op. cit., p. 30. Véase también ROMBOUTS, HEIDY, SARDARO, PIETRO y VANDEGINSTE, STEF. “The Right to Reparation for Victims of Gross and Systematic Violations of Human Rights”. En: *Out of the Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, K. De Feyter y otros, eds. (Amberes, Intersentia, 2006), pp. 345 a 500.

¹⁷² Véase **Artículo 91. Responsabilidad**. *La Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas*”. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I). Tít. 5. Ejecución de los Convenios y del Presente Protocolo. Sec. 2. Represión de las Infracciones de los Convenios o del Presente Protocolo. Artículo 91. Responsabilidad. Ratificado en Colombia mediante la Ley 11 de 1992.

Art. 73. Reparación a las víctimas. 1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación.

2.13.1 La restitución como forma de reparación a la luz de la jurisprudencia internacional y el derecho comparado en contextos de transición o de utilización de mecanismos de justicia transicional

En el derecho comparado en contextos de mecanismos de justicia transicional, a pesar de la diversidad de las medidas de restitución, encontramos el mismo tipo de medidas que se ajusta al estándar de Naciones Unidas referenciado *up supra*¹⁷³. Así, entonces, tenemos como formas de reparación la devolución de tierras¹⁷⁴, el regreso al lugar de residencia¹⁷⁵ y la devolución de los bienes¹⁷⁶, o la anulación de sentencias injustas dictadas en períodos autoritarios¹⁷⁷, entre otras.

¹⁷³ Véase Naciones Unidas, Resolución 60/147, *Supra*, Principio 18.

¹⁷⁴ República de Chile, Ley 19.123; Véase LIRA, ELIZABETH. "The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile en *The Handbook of Reparations*". *Supra*; República de Malawi, Reglamento del Tribunal Nacional de Compensaciones (1997), Véase CAMMACK, DIANA. *Reparations in Malawi* EN: DE GREIFF, PABLO (Ed.). *The Handbook of Reparations*. International Center for Transitional Justice, New York, 2006.

¹⁷⁵ República de Chile, Ley 19.123; Véase LIRA, ELIZABETH. "The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile en *The Handbook of Reparations*". *Supra*.

¹⁷⁶ República de Malawi, Reglamento del Tribunal Nacional de Compensaciones (1997), Véase CAMMACK DIANA. "Reparations in Malawi en *The Handbook of Reparations*". *Supra*.

¹⁷⁷ En este caso nos encontraríamos frente a medidas que también pueden ser vistas como una reparación de satisfacción. Véase por ejemplo los perdones a los soldados fusilados durante la Primera Guerra Mundial (*Great War Act 2000*, del 14 de septiembre de 2000, Nueva Zelanda; *Armed Forces Act 2006*, Ch52, s359. Pardons for servicemen executed for disciplinary offences, Reino Unido); Ordenanza del 20 de noviembre de 1943, Francia; El *Decreto Legislativo Luogotenenziale* N° 159 del 27 de julio de 1944 (DLL 159) y DLL 316 del 5 de octubre de 1944 en Italia; *Luxemburgo, Arrêté grand-ducal du 21 avril 1948*; *las Leyes alemanas de 1992 y 1994 para la rectificación de las injusticias del SED*. Véase para más información NEIL J. KRITZ, *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. II. United States Institute of Peace Press, Washington, D.C. 1995, Instrumento legal referenciado y traducido al inglés, pp. 718 y ss.; en junio de 1998 el Parlamento alemán aprueba una ley para anular las sentencias injustas emanadas del sistema penal del nacional socialismo y las sentencias de esterilización forzada de los Tribunales de Salud, Act to nullify wrongful decisions of the National

En desarrollo de ese concepto, el DIDH ha incluido como medidas de restitución las mismas a las que hacíamos referencia, es decir:

- Remover la perturbación al derecho que había sido infringido (v. gr. el derecho a libertad de expresión¹⁷⁸);
- La identidad¹⁷⁹;
- La vida familiar¹⁸⁰;
- La ciudadanía¹⁸¹;
- El regreso al lugar de residencia¹⁸²;
- La puesta en libertad¹⁸³;
- La restitución de tierras¹⁸⁴;
- El reintegro al empleo¹⁸⁵, y

Socialist criminal law system and sterilization decisions of former hereditary health courts. Bundesgesetzblatt, Part I, 1998-08-31, N° 58, pp. 2501-2504; Lituania Law On Rehabilitation Of Persons Repressed For Resistance To The Occupying Regime de 2 de mayo de 1990 entre otros. Para más detalles sobre el derecho comparado en material de anulación de sentencias injustas como medidas de reparación. Véase ERRANDONEA, JORGE. *Estudio comparado de la anulación de sentencias injustas en España*. Op. cit.

¹⁷⁸ Véase Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C. N° 111, entre otros.

¹⁷⁹ Véase Corte IDH. Caso de las *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C. N° 130, entre otros.

¹⁸⁰ Véase Naciones Unidas, Comité de DDHH, Comunicación 1069/2002, *Ali Aqsar Bathyikari v. Australia*, entre otros.

¹⁸¹ Véase Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C. N° 74, entre otros.

¹⁸² En algunos casos la Corte dispuso que el Estado debía garantizar las medidas de seguridad para que los desplazados a raíz de una masacre pudieran regresar a su lugar de origen, Corte IDH., Caso de la *Masacre de Mapiripán Supra*, Párrafos 311.v y 313; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C. N° 140, Párrafo 275; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de julio de 2006. Serie C. N° 148, Párrafo 404. También se dispuso este tipo de medidas para personas que se encuentran en el exterior exiladas *Caso Valle Jaramillo Supra*, Párrafo 227g.

¹⁸³ Véase por ejemplo Corte IDH., Caso *Loaza Tamayo*, Fondo, *Supra* Párrafo 84 y punto resolutivo 5, Párrafo

¹⁸⁴ Se ordenó en algunos casos sobre comunidades indígenas la identificación y la entrega gratuita de territorios ancestrales a las comunidades. Véase por ejemplo Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C. N° 125, Párrafo 215. En esas situaciones el Estado se encuentra obligado a suministrar bienes y servicios básicos a la comunidad Yakye (Párrafo 221).

¹⁸⁵ Se ordenó reintegrar al Poder Judicial a los señores *Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y a la señora Ana María Ruggeri Cova, si éstos así lo desean, en un cargo que tenga las remuneraciones, beneficios sociales y rango equiparables a los que les correspondería el día hoy si no hubieran sido destituidos*. Corte IDH, Caso *Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C. N° 182, Párrafo 246.

- La devolución de los bienes¹⁸⁶.
- Dejar sin efectos sentencias a nivel interno que violen las garantías judiciales consagradas en la CADH¹⁸⁷.

Este concepto tendrá desarrollo en el ámbito del DIH y del DPI, cuando la CPI y el Fondo Fiduciario a favor de las víctimas¹⁸⁸ apliquen los preceptos contenidos en su Estatuto y en el Reglamento de Procedimientos y Pruebas de la CPI que establece la posibilidad de que la víctima pida la restitución de bienes, propiedades u objetos tangibles¹⁸⁹.

2.13.2 La rehabilitación como forma de reparación a la luz de la jurisprudencia internacional y el derecho comparado

En el derecho y la experiencia comparada tenemos ejemplos de medidas de rehabilitación como formas de reparación a través de la atención médica a las víctimas, así como la asistencia psicológica¹⁹⁰.

En desarrollo de ese concepto, el DIDH ha incluido como medidas de rehabilitación las mismas a las que hacíamos referencia, es decir:

- Tratamientos médicos y psicológicos¹⁹¹.

¹⁸⁶ Véase Corte IDH. Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1° de febrero de 2000. Serie C. N° 66, entre otros.

¹⁸⁷ Véase Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C. N° 69, Párrafo 77 y punto resolutivo 4.

¹⁸⁸ Artículo 79 del Estatuto de la CPI: Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias.

¹⁸⁹ Véase CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Las Reglas de Procedimiento y Prueba*. U.N. Doc.PCNICC/2000/1/Add.1 (2000). Regla 94.

¹⁹⁰ Véase entre otros República de Chile, Ley 19.123, Artículo 28; República Oriental de Uruguay, ley 18.596 “Repáranse integralmente a las víctimas de la actuación ilegítima del Estado en el período comprendido entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985”, Artículo 10.

¹⁹¹ En la mayoría de las sentencias se ordena al Estado disponer tratamientos médicos y psicológicos a víctimas y familiares de víctimas declarados en la Sentencia. Véase sobre este punto Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes*, *Supra*, Párrafos 275-280; *Caso Mapiripán*, *Supra*, Párrafo 312; *Caso La Rochela*, *Supra*, Párrafos 298 y ss. y punto resolutivo 11; *Caso Pueblo Bello*, *Supra*, Párrafo 274; *Caso Ituango*, *Supra*, Párrafos 402 y 403; *Caso Goiburú*, Párrafo 176; *Caso Valle Jaramillo*, *Supra*, Párrafo 227.e; *Caso Heliodoro Portugal*, *Supra*, Párrafo 256; *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C. N° 191, Párrafos 166 y ss.; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C. N° 160, Párrafos 448 y ss.; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C. N° 196, Párrafo 209.

- Servicios sociales¹⁹².
- Servicios jurídicos.
- Servicios educativos¹⁹³.

También este concepto tendrá desarrollo en el ámbito del DIH y del DPI, cuando la CPI y el Fondo Fiduciario a favor de las víctimas apliquen los preceptos contenidos en su Estatuto y en el Reglamento de Procedimientos y Pruebas de la CPI que establece la posibilidad de que la víctima pida la rehabilitación que considere procedente¹⁹⁴.

2.13.3 La satisfacción como forma de reparación a la luz de la jurisprudencia internacional y el derecho comparado

Se encuentran este tipo de medidas en varios contextos de transición o de utilización de mecanismos de justicia transicional para la resolución de legados de violaciones a los derechos humanos del pasado como por ejemplo la solicitud pública de excusas y de reconocimientos de responsabilidad, las conmemoraciones en honor de las víctimas, la construcción de monumentos o de espacios dedicados a la memoria. Recordemos, asimismo, como lo indican los principios y directrices de Naciones Unidas¹⁹⁵, que los procesos judiciales o los mecanismos de realización del derecho a la verdad constituyen formas de satisfacción.

Igualmente, en la jurisprudencia de la Corte IDH encontramos como formas de satisfacción la búsqueda de personas desaparecidas¹⁹⁶, las investigaciones y sanciones a

¹⁹² En algunos casos la Corte IDH ha ordenado medidas relativas a la inserción laboral de las víctimas y familiares que cumplan la idoneidad para los cargos Caso *La Rochela*, *Supra*, Párrafo 277.III.2, medida producto de un acuerdo entre el Estado y las víctimas. En ocasiones se puede ordenar la creación de fondos de desarrollos comunitarios Caso de la *Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2006. Serie C. N° 145, Párrafos 213-215, Yakye, 205 y 206, 218 (en este caso es para la compra de tierras ancestrales).

¹⁹³ Becas de estudio a familiares de víctimas y a víctimas directas, para educación técnica secundaria y superior. Caso *Valle Jaramillo*, *Supra* Párrafo 227.f, caso *La Rochela*, *Supra* Párrafo 277.III.1. (Medida producto de un acuerdo entre el Estado y las víctimas).

¹⁹⁴ Véase CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Las Reglas de Procedimiento y Prueba*, U.N.DOC.PCNICC/2000/1/Add.1 (2000). Regla 94.

¹⁹⁵ Naciones Unidas, Resolución 60/147. Op. cit., Párrafo 22.

¹⁹⁶ Véase Corte IDH. Caso *Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C. N° 3, entre otros. Entregas de restos de víctimas a sus familiares *Castro Castro contra Perú*, Párrafos 443 y 444. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C. N° 124, Párrafo 208, o asegurar las condiciones para que los restos de víctimas sean trasladados y entregados, *Plan Sánchez contra Guatemala*, Párrafos 187 y ss.

los responsables¹⁹⁷ y los homenajes a las víctimas¹⁹⁸ (esas medidas son rubricadas como medidas de satisfacción y también como garantías de no repetición¹⁹⁹), el restablecimiento del buen nombre²⁰⁰, disculpas públicas²⁰¹, el reconocimiento de responsabilidad²⁰² (y desagravio además de su divulgación), la publicación de sentencias²⁰³, entre muchas otras.

¹⁹⁷ Corte IDH. Caso de la *Masacre de Mapiripán* *Supra*, entre otros.

¹⁹⁸ La Corte dispone frecuentemente la construcción de monumentos. Véase entre otros Corte IDH, Caso *Goiburú*, *Supra*, Párrafo 177; Caso *Pueblo Bello*, *Supra*, Párrafo 278; Caso *Mapiripán*, *Supra*, Párrafo 315 (en *Mapiripán*); Caso *19 Comerciantes*, *Supra*, Párrafos 272 y 273; Caso *Moiwana*, *Supra*, Párrafo 218; Caso *Kawas uras*, *Supra*, Párrafo 206, y la instalación de placas conmemorativas, Caso *Valle Jaramillo*, *Supra*, Párrafo 227.c.2, en el Caso *Ituango*, *Supra*, Párrafo 408, se dispone la instalación de una placa en un lugar público apropiado en cada uno de los corregimientos de La Granja y El Aro, con el propósito de que las nuevas generaciones conozcan acerca de los hechos que dieron lugar al presente caso. En el Caso *La Rochela*, *Supra*, Párrafo 277. Se dispuso la instalación de una placa conmemorativa en el Palacio de Justicia de la ciudad de San Gil, la presentación de una galería de fotografías de las víctimas en el mismo lugar. Se dispuso igualmente la instalación de una placa conmemorativa en Bogotá (complejo judicial de Paloquemao). Se puede ordenar publicaciones especiales sobre los hechos de los casos en la Corte, por ejemplo en el Caso *La Rochela*, *Supra*, Párrafo 277.I.7, fue una medida producto de un acuerdo entre el Estado y las víctimas; asimismo se dan casos en que se crean becas de estudio a la memoria de víctimas declaradas, caso *Valle Jaramillo*, *Supra* Párrafo 227.c.3; Caso *La Rochela*, *Supra*, Párrafo 277.I.6; el nombramiento de calles, parques o edificios a la memoria de las víctimas como en el caso *Portugal*, *Supra*, Párrafos 250-253, o en el caso *Kawas*, *Supra*, Párrafo 209, en donde se ordenó rotular un parque nacional a la memoria de víctimas ambientalistas. Véase también caso *La Rochela*, *Supra*, Párrafo 277.I.8.

¹⁹⁹ Muchas veces se puede decir que cumplen ambas funciones. Podríamos agregar que son medidas que impactan también directamente sobre el derecho a la verdad y sobre la llamada memoria histórica. Ver por ejemplo Caso *La Rochela*, *Supra*, Título de la Parte C) del Capítulo IX, o en el Caso de *Pueblo Bello*, *Supra*, Título de la Parte D) del Capítulo XI, Caso *Mapiripán*, Título de la Parte D) del Capítulo XIV, Caso *Ituango* *Supra*, Título de la Parte D) del Capítulo XVI, Caso *Goiburú* *Supra*, Título de la Parte D) del Capítulo XII. Caso *Valle Jaramillo*, *Supra*, Título de la Parte C) del Capítulo XIII.

²⁰⁰ En otras situaciones se pidió al Estado que saneara el buen nombre de la víctima borrándolo de los registros públicos que atestigüen antecedentes penales, Corte IDH, Caso *Bayarri*, *Supra*, Párrafo 180.

²⁰¹ Corte IDH, Caso *Ituango*, *Supra*, Párrafo 405; Caso *Valle Jaramillo*, *Supra*, Párrafo 227.c.1; Caso *Moiwana*, *Supra*, Párrafos 216-217. Esta medida es vista como un componente de medidas de no repetición por la Corte IDH. Por lo general las disculpas públicas deben ser llevadas a cabo en un lugar determinado, por una alta autoridad y con amplia difusión pública. Caso *Pueblo Bello*, *Supra*, Párrafo 277. Caso *Mapiripán*, *Supra*, Párrafo 314. Algunas sentencias mencionan específicamente que este punto se encuentra ligado con aspectos de la memoria histórica de las víctimas del caso. Caso *Valle Jaramillo*, *Supra*, Párrafo 227.c.

²⁰² Corte IDH, Caso *Ticoná*, *Supra*, Párrafos 161 y 162; Caso *Mapiripán*, *Supra*, Párrafo 314; Caso *Ituango*, *Supra*, Párrafo 405; Caso *Portugal*, *Supra*, Párrafo 249; Caso *Castro Castro*, *Supra*, Párrafo 445; Caso *Masacre Plan de Sánchez* Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C. N° 105, Párrafo 188.

²⁰³ En general en casi todas las sentencias la Corte considera que la propia sentencia constituye *per se* una forma de reparación. Usualmente se mandan publicar las sentencias de la Corte (las partes más relevantes señaladas en las propias sentencias) en el Diario Oficial y en otro periódico de circulación nacional, Véase Caso *La Rochela*, Párrafo 282; Caso *Pueblo Bello*, Párrafo 279; Caso *Mapiripán*, Párrafo 318. En algunas sentencias es inclusive una de las únicas medidas de reparación que se establecen en contra del Estado además de las medidas compensatorias. Ver por ejemplo *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C. N° 195 y *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C. N° 194.

De modo similar a los anteriores eventos, en el ámbito del DIH y del DPI se habrá de producir el desarrollo del término satisfacción, cuando la CPI y el Fondo Fiduciario a favor de las víctimas²⁰⁴ apliquen en su jurisprudencia los citados preceptos contenidos en su Estatuto y en el Reglamento de Procedimientos y Pruebas.

2.13.4 La garantía de no repetición, como forma de reparación a la luz de la jurisprudencia internacional y el derecho comparado

Para el DIDH, la garantía de no repetición incluye las siguientes medidas:

- a) El ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;*
- b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;*
- c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;*
- d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;*
- e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;*
- f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, la salud, la psicología, los servicios sociales y las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;*
- g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales;*
- h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan²⁰⁵.*

En la experiencia comparada así como en la jurisprudencia internacional se ha percibido la consecución del derecho a la verdad y del derecho a la justicia como verdaderas garantías de no repetición²⁰⁶.

²⁰⁴ Artículo 79 del Estatuto de la CPI: Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias.

²⁰⁵ Véase NACIONES UNIDAS. Op. cit. Resolución 60/147, Párrafo 23.

²⁰⁶ Véase Reporte de la Comisión Chilena para la Verdad y la Reconciliación, 1993; Naciones Unidas, Consejo de Seguridad S/25500, 1993, Informe de la Comisión de la Verdad de El Salvador. Capítulo V, Recomendaciones, compensación moral; Informe de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, Vol. 5, 1998, entre otros.

En materia de garantías de no repetición la Corte IDH ha ordenado reformas legales e institucionales como la obligación de adecuar el derecho interno al derecho internacional²⁰⁷, el fortalecimiento de órganos internos de protección a los derechos humanos²⁰⁸, la remoción de los obstáculos legales para la persecución penal como las leyes de amnistía²⁰⁹, en algunas sentencias se ordenó cambiar prácticas administrativas institucionales para que impacten sobre la protección efectiva a los derechos humanos²¹⁰, se le ordenó al Estado la adopción de medidas legislativas o de reformas necesarias para establecer un recurso judicial para la decisión de alguno de los órganos del Estado²¹¹, y en ciertos casos la Corte ordenó la creación de un mecanismo de supervisión del cumplimiento de su sentencia²¹². Por otro lado, la Corte también ordenó medidas de carácter educativo como garantía de no repetición²¹³. Finalmente, en algunas oportunidades la Corte ha dispuesto medidas especiales de protección a poblaciones o grupos de población que puedan encontrarse en riesgo por diversas circunstancias²¹⁴ (víctimas, familiares, testigos y operadores judiciales²¹⁵).

Mención aparte merecen las reparaciones de tipo *transformadoras* que recientemente ha reconocido la Corte IDH en su sentencia *González y otras contra México*. Se

²⁰⁷ Véase Corte IDH, Caso *Goiburú*, *Supra*, Párrafo 179, Caso *Heliodoro Portugal*, *Supra*, Párrafo 257-259.

²⁰⁸ Véase Corte IDH, Caso *Ticona*, *Supra*, Párrafos 170 y ss. Se ordenó el fortalecimiento del funcionamiento del Consejo Interinstitucional para el Esclarecimiento de Desapariciones Forzadas.

²⁰⁹ Véase Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C. N° 154. Punto Resolutivo 5 y 6: El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley N° 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones.

²¹⁰ Véase Corte IDH, Caso *Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C. N° 105, *Supra*, Párrafo 189. Se ordena crear un registro administrativo de detenidos para que se pueda tener un mejor control de la legalidad de las detenciones. Caso *Moiwana*, *Supra*, Párrafos 209-211, se ordena la creación de mecanismos efectivos de delimitación de las tierras.

²¹¹ Véase Corte IDH, Caso *Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C. N° 127, Párrafos 254, 255, 258 y 259.

²¹² Véase Corte IDH, Caso *Mapiripán*, *Supra*, Párrafo 311. Este tipo de disposiciones se encuentran ligadas con todas las otras medidas de reparación.

²¹³ En varios casos se dispuso la creación de capacitaciones en derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario a las fuerzas armadas y la policía de los Estados declarados responsables, o a las fuerzas de seguridad en general, Párrafos 451-454. *Bayarri contra Argentina*, *Supra*, Párrafo 182, *Ituango*, *Supra*, Párrafo 409, Caso *Mapiripán*, Párrafos 316 y 317, Caso *La Rochela*, *Supra*, Párrafo 303 y punto resolutivo 12. *Goiburú*, *Supra*, Párrafo 178. También se menciona en algunas sentencias la necesidad de crear la Cátedra sobre Derechos Humanos en las escuelas de administración Pública. Caso *La Rochela*, *Supra*, Párrafo 277.I.5. Medida producto de un acuerdo entre el Estado y las víctimas; en otras oportunidades la Corte ha ordenado la organización de campañas nacionales de sensibilización y concientización sobre la labor de grupos en defensa de valores fundamentales. *Kawas contra Honduras*, *Supra*, Párrafo 214. Campaña sobre la labor de los medioambientalistas.

²¹⁴ Véase Corte IDH *Ituango*, *Supra*, Párrafo 400, Caso *Mapiripán*, *Supra*, Párrafo 299, Caso *Pueblo Bello*, *Supra*, Párrafo 268.c).

²¹⁵ Véase Corte IDH Caso *La Rochela*, *Supra*, Párrafos 296 y 297 punto resolutivo 10.

puede sostener que ese tipo de medidas pretende erigirse como una garantía de no repetición y como una forma de restitución, en un lógica de reparación *in integrum*²¹⁶.

De acuerdo a esta idea, en contextos de justicia transicional o de violaciones graves y generalizadas a los derechos humanos, la reparación no solamente comporta la obligación de restitución en estricto sentido, es decir retrotraer a la víctima al estado anterior al perjuicio, además se deberán implementar programas que permitan erradicar las causas económicas y sociales que propiciaron las violaciones²¹⁷.

Por último, resta por verse, en el ámbito del DIH y del DPI, el desarrollo del término garantía de no repetición, cuando la CPI y el Fondo Fiduciario a favor de las víctimas²¹⁸ apliquen en su jurisprudencia los citados preceptos contenidos en su Estatuto y en el Reglamento de Procedimientos y Pruebas.

2.13.5 El derecho a la justicia como forma de reparación

Se ha hecho referencia en el cuerpo de este escrito que el derecho a la justicia constituye también una forma de reparación (medida de satisfacción) para las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos²¹⁹.

El derecho a la justicia implica en conjunción con el debido proceso y las garantías judiciales, el derecho de obtener una decisión judicial dentro de un plazo razonable, y

²¹⁶ “La Corte recuerda que el concepto de «reparación integral» (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso (...), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo reconstitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación”. Caso *González y Otras Vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Párrafo 450.

²¹⁷ Sobre las reparaciones transformadoras, DÍAZ GÓMEZ, CATALINA; SÁNCHEZ, NELSON CAMILO y UPRIMNY YEPES, RODRIGO. *Reparar en Colombia: Los dilemas en contexto de conflicto, pobreza y exclusión*. ICTJ, DeJusticia y Unión Europea, 2009, p. 34.

²¹⁸ Artículo 79 del Estatuto de la CPI: Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias.

²¹⁹ Véase entre otros, Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 60/147 de Naciones Unidas. Op. cit., Párrafo 22.

que el recurso ejercido sea eficaz y expedito²²⁰. Esto de manera independiente a que el resultado final del proceso sea o no favorable a los peticionarios²²¹.

De acuerdo con lo expuesto, el derecho a la justicia como forma de reparación implica que se pueda procesar a los responsables, que no existan amnistías o indultos *prima facie*, y que el juez o funcionario que investigue lo haga con la debida diligencia, es decir abarcando el contexto general del caso, explorando todas las hipótesis fácticas posibles y comprendiendo las hipótesis planteadas por otros sustentos probatorios²²².

En relación con lo anterior, el estándar general sobre la necesidad de la persecución penal para la realización del derecho a la justicia es el siguiente:

*la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y, en su caso, la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*²²³.

²²⁰ “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar «las debidas garantías» que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso”. Corte IDH. Caso *Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C. N° 127. Párrafo 148. Igualmente: “Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención Americana, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción”. Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. N° 125. Párrafo 62. También: *El artículo 8(1) dispone que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”. CIDH, informe 23/02, caso 11.517. *Diniz Benito da Silva v. Brasil*. Párrafo 38.

²²¹ “El Tribunal considera que una demora tan prolongada constituye per se una violación de las garantías judiciales, que difícilmente podría ser justificada por el Estado”. Corte IDH. Caso de la *Comunidad Moiwana*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C. N° 124. Párrafo 160; “La Corte considera que una demora prolongada, como la que se ha dado en este caso, constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. N° 125. Párrafo 86; Corte IDH, *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C. N° 111. Párrafos 149-151. En este mismo sentido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Baggeta*, sentencia de 25 de junio de 1987.

²²² Véase Corte IDH, Caso de la *Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C. N° 163, párrafos 193 a 198.

²²³ Véase Caso *La Rochela, Supra*, Párrafo 294, *Caso Barrios Altos, Supra*, Párrafo 41. En el mismo sentido véase Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos,

En ese sentido, los Estados deben remover todos los obstáculos *de iure* y *de facto* para llevar a cabo las investigaciones²²⁴. Esto último implica que las graves violaciones a los derechos humanos son imprescriptibles²²⁵, que

*el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Por otro lado, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada*²²⁶. Son inadmisibles “el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”²²⁷, y que “la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos”²²⁸.

2.13.6 El derecho a la verdad como forma de reparación

El derecho a conocer la verdad constituye uno de los pilares fundamentales de la justicia transicional. El informe del Consejo de Seguridad sobre Justicia de

El Salvador, CCPR/CO/78/SLV(2003). Párrafo 6, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, CCPR/C/79/Add.104 (1999). Párrafo 7, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Uruguay, CCPR/C/79/Add.90 (1998). Párrafo C, Observación General N° 20, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 7, Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, HRI/GEN/1/Rev.7 at 173 (1992), Párrafo 15, Comisión IDH, informe sobre el proceso de desmovilización, *Supra*, Párrafo 34.

²²⁴ Véase Corte IDH, Caso *Pueblo Bello*, *Supra*, Párrafo 268. Caso *Mapiripán*, *Supra*, Párrafo 299. Caso *Ituango*, *Supra*, Párrafo 400. Caso *Valle Jaramillo*, *Supra*, Párrafo 232.

²²⁵ Véase Corte IDH, Caso *Almonacid*, *Supra* Párrafo 153, Caso *Barrios Altos*, *Supra*, Párrafo 41, Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, *Supra*, Párrafo 233; Caso *19 Comerciantes*, *Supra*, Párrafo 262; Caso *Molina Theissen*, *Supra*, Párrafo 84, Caso *Trujillo Oroza*, *Supra*, Párrafo 106; Caso del Caracazo Vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C No. 58, Párrafo 119; Caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz*, *Supra*, Párrafo 190; Caso *La Cantuta*, *Supra*, Párrafo 152; Caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, *Supra*, Párrafo 172; Caso *Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C.No. 117, Párrafo 130, y Caso *Myrna Mack Chang*, *Supra*, Párrafo 276.

²²⁶ Véase Corte IDH, Caso *La Rochela*, *Supra*, Párrafo 197.

²²⁷ Véase Corte IDH, Caso *Barrios Altos*, *Supra*, Párrafo 41.

²²⁸ Véase Corte IDH Caso *La Rochela*, *Supra*, Párrafo 196 y en el mismo sentido, Caso *Vargas Areco Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C. N° 155, Párrafo 108. Caso *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C. N° 133, Párrafos 70 y 133. Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C. N° 94, Párrafo 102.

Transición²²⁹ menciona que en el marco de procesos de transición en sociedades que se encuentran en conflicto o en postconflicto se deben fomentar los mecanismos para facilitar el conocimiento de la verdad. En este caso el reporte se refiere específicamente a las Comisiones de la Verdad²³⁰ y a los mecanismos de investigación de antecedentes en la administración pública, en los cuales hay que mantener informada a la opinión pública²³¹ y que funcionaría como una garantía de no-repetición²³².

El derecho a la verdad apareció en los instrumentos y la jurisprudencia internacional como un derecho que asistía a los familiares de las víctimas de desapariciones forzadas a saber el paradero y lo ocurrido con sus seres queridos²³³. En la actualidad podemos decir de forma general que el derecho a la verdad se refiere a:

- Las causas mediatas e inmediatas que dan origen a las violaciones a los derechos humanos²³⁴.
- Las circunstancias en que se perpetraron esas violaciones a los derechos humanos²³⁵.

²²⁹ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, 3 de agosto de 2004, Párrafo 50.

²³⁰ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Op. cit., Párrafos 50 y 51.

²³¹ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Op. cit., Párrafos 52 y 53.

²³² A ese propósito Véase la Carta Democrática Interamericana aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001 en el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones celebrado en Lima, Perú, artículos 4 y 6; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 58/4 de 31 de octubre de 2003, artículos 10 y 13; Resolución AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06). Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C-151. Párrs. 85 a 87.

²³³ Primer Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1435, para. 187: *the Additional Protocol I to the Geneva Convention of 12 August 1949 has recognized "the rights of families to know the fate of their relatives" and this right of relatives to be informed of the whereabouts and fate of missing or disappeared family members has been reflected in resolutions of United Nations bodies.*

²³⁴ *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Op. cit., Párrafo 38. Oficina de Naciones Unidas en Viena, Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios, *Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, ST/CSDHA/12, Naciones Unidas Viena 1991. Protocolo III, B) d).

²³⁵ *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Op. cit., Párrafo 38. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, N° 37/00, de 13 de abril de 2000, Párrafo 148. Véase también Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 10.488, *Ignacio Ellacuría*, Op. cit., Párrafo 221, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Goiburú.*, *Supra*, Párrafo 164. *Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, ST/CSDHA/12, Naciones Unidas, Viena 1991. Protocolo III, B) d).

- Los progresos y resultados de las investigaciones²³⁶.
- La suerte y el paradero de las víctimas cuando se trata de desapariciones forzadas o de ejecuciones extrajudiciales²³⁷.
- La identidad de los autores y/o de los responsables²³⁸.

Se ha reconocido que el derecho a la verdad se compone de dos dimensiones: la individual y la colectiva²³⁹. Algunos autores mencionan tres dimensiones: el derecho de las víctimas a saber, el derecho a la verdad de la sociedad en su conjunto y el deber de memoria o de recordar²⁴⁰, basándose en las definiciones y clasificaciones de *los principios actualizados contra la impunidad*²⁴¹. Por otro lado, en los comentarios sobre el conjunto de principios, LOUIS JOINET, aclara que el derecho a la verdad se compone de dos dimensiones, y que en realidad el deber de memoria consiste en una obligación correlativa del Estado con respecto al derecho a la verdad colectiva²⁴². La clasificación que aquí se propone sigue la línea de ese comentario del Relator Especial, y considera el derecho a la verdad en su dimensión dual, a la cual les corresponden obligaciones correlativas del Estado como lo son el deber de memoria o el deber de recordar.

²³⁶ *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Op. cit., Párrafo 38.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Op. cit., Párrafo 38. *Manual sobre la prevención y la investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, ST/CSDHA/12, Naciones Unidas, Viena, 1991. Protocolo III, B) f). Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Ticona Vs. Bolivia*. Op. cit., Párrafo 81.

²³⁹ *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Op. cit., Párrafo 17. Véase JORDI BONET PÉREZ et al. *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, pp. 44 y 45; BOTERO, CATALINA et al. "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia". En: RETTBERG, ANGELA (Ed. y Comp.). *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Bogotá: Universidad de los Andes, Bogotá, 2005, pp. 40 y 41; AMBOS, KAI et al. *Justicia de Transición*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 40 y 42.

²⁴⁰ Véase BERNAL, CAMILO. *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción, derecho a la verdad, memoria histórica y protección de archivos*. T. I. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, USAID, p. 28.

²⁴¹ *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad*. Op. cit. Bajo el acápite del *derecho a saber*, mencionan el derecho a la verdad en lo relativo al derecho que tiene cada pueblo a conocer su propia historia de violaciones a los derechos humanos (Principio 2), en segundo lugar, se refieren al derecho de las víctimas a saber la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones (Principio 4), y finalmente, habría un tercer aspecto o elemento representado por el deber de memoria o deber de recordar, que tienen los pueblos de la historia de su opresión (Principio 3).

²⁴² *Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*, E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 2 octubre de 1997, Párrafo 17.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que el derecho a la verdad constituye una forma de reparación para la víctima y sus familiares²⁴³. En ese caso, el derecho a la verdad estaría relacionado con el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴⁴. En ese mismo sentido, el Principio 22 de los Principios de Naciones Unidas sobre Reparaciones²⁴⁵, establece que la satisfacción (como medida de reparación) “*ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente (...) b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad (...)*”. Encontramos esta misma referencia en el Estudio sobre derecho a la verdad de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas²⁴⁶. Sobre ese punto resulta interesante resaltar que si bien el derecho a la verdad puede estar relacionado con una medida de reparación, no adopta la naturaleza de la misma, puesto que la misma es renunciable mientras que el Estado no puede renunciar a su obligación de investigar²⁴⁷. La única excepción que se podría evaluar para lo anterior sería en los casos en que la revelación de la verdad provoque *más daño o amenace la seguridad e intereses de las víctimas, de sus familiares de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones*²⁴⁸.

El derecho a la verdad ha sido también relacionado y percibido como una garantía de no repetición tanto por la jurisprudencia como por instrumentos internacionales. Se ha hecho referencia al derecho a la verdad como garantía de no repetición cuando se mencionó el informe *sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos* (Párrafo 52). Asimismo, la Corte IDH ha declarado que el derecho a la verdad constituye un medio importante de contribuir a evitar que se repitan hechos similares²⁴⁹.

²⁴³ Caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C. N° 153, Párrafo 164, Caso *19 Comerciantes contra Colombia*. Párrafo 186. ²⁴⁴ Artículo 63.1. “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá 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”.

²⁴⁵ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas. Op. cit.

²⁴⁶ *Estudio sobre el Derecho a la Verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Op. cit., Párrafo 42.

²⁴⁷ MEDINA QUIROGA, CECILIA. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. San José, 2003, p. 114.

²⁴⁸ Naciones Unidas, Resolución 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Op. cit., Principio 22.b.

²⁴⁹ Corte IDH. Caso *Goiburú*., *Supra*, Párrafo 164.

2.14 Las consecuencias de desconocer los estándares internacionales

Por último, podríamos decir que el desconocimiento de estos postulados (en materia de reparación en este caso) implicaría, como ya ha ocurrido anteriormente, comprometer la responsabilidad internacional del Estado colombiano²⁵⁰, más aún cuando la Corte Interamericana ha señalado los preceptos que debe cumplir el proceso de justicia y paz en Colombia²⁵¹, responsabilidad que se predica por la falta al deber de respeto o de garantía del Estado²⁵² manifestada por la actuación de cualquiera de los órganos del poder público²⁵³.

En ese mismo sentido, y desde la óptica de la reparación judicial, se debe mencionar que los estándares en materia de reparación establecidos en la esfera internacional (via instrumentos de hard law, de soft law, o jurisprudenciales), por órganos de derecho internacional de los derechos humanos, comprometen la responsabilidad de un Estado, un poco a la manera de un proceso contencioso administrativo a nivel nacional y no la de un individuo en particular.

Es sin embargo relevante subrayar que las lógicas imperantes en la aplicación de las reparaciones a cargo de un individuo, o al cabo de un proceso en el cual se determina la responsabilidad individual (procesos civiles o penales), no son las mismas que las que se aplican a la hora de determinar la responsabilidad del Estado (procesos contenciosos administrativos, demandas civiles contra el Estado, procesos ante órganos internacionales de derechos humanos).

En el caso de los procesos seguidos en el marco de la Ley 975, el sujeto obligado a reparar (de forma principal) no es el Estado, es un individuo que debe responder a través de un mecanismo de justicia restaurativa como consecuencia de su actuar ilícito²⁵⁴. Este tipo de reparación dispuesta por vía judicial, en la cual no se ha determinado el actuar ilícito del Estado como fuente de la obligación de reparar, se encuentra más cercano a los procesos establecidos en el marco de la Corte Penal Internacional, y por lo tanto los estándares de la jurisprudencia de los órganos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos requieren ser adaptados a las características especiales del proceso de Justicia y Paz.

En cuanto a la categorización de las medidas de reparación que se ha desarrollado en este texto, la misma no está circunscrita a un tipo de reparación (administrativa o

²⁵⁰ Véase Corte IDH. Caso de la *Masacre de La Rochela*, Op. Cit.,

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² PIZA ROCAFORT, R. *Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos. Supra*.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ Véase por ejemplo CNRR, *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*, Op Cit.

judicial). Se trata más bien de un set de herramientas que se encuentra a disposición del Estado o del operador judicial para ser usadas (de forma complementaria y cuando corresponda) en la reparación a víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, independientemente de los objetivos generales (administrativos) o particulares (procesos judiciales) del sujeto obligado a reparar (Estado o individuo) o de los principios que guían la reparación (integral o justa y equitativa).

Esto último no implica que cada uno de los rubros de todas las categorías deban ser siempre utilizadas por un tribunal o por el Estado; en cada situación corresponderá llevar a cabo una u otra combinación de las categorías de las reparaciones según corresponda a la naturaleza de los objetivos, del procedimiento (judicial o administrativo), del sujeto obligado a reparar y de los derechos violados. De todos modos, es importante tener en consideración que, en su dimensión sustantiva y de acuerdo al derecho y jurisprudencia internacional, existen distintas categorías de reparación que deben ser complementarias entre sí para lograr una *integralidad interna*²⁵⁵ (o coherencia interna) de las medidas de reparación (la restitución, la compensación o indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición).

3. Los bienes

3.1 Fuentes de recursos destinadas a la reparación de las víctimas

La efectividad de la reparación a las víctimas plantea una serie de interrogantes en relación con diversos aspectos atinentes a los bienes y recursos a ella destinados. Y es que de acuerdo con la normatividad vigente, los bienes y recursos que respaldan el derecho a la reparación de las víctimas provienen de distintas fuentes y confluyen en un solo lugar, todo en orden a que sean atendidos los pagos que se realicen para el cumplimiento de la sentencia judicial ejecutoriada correspondiente. Esa circunstancia, como es de esperar, genera dudas acerca de las implicaciones que puede acarrear la situación jurídica de algunos de los bienes y recursos tratándose de los distintos sujetos involucrados, con mayor razón cuando es precisamente a través de aquellos que el Estado garantiza, en buena parte, el derecho a la reparación de las víctimas²⁵⁶.

²⁵⁵ Se refiere a la complementariedad y coherencia entre todas las medidas de reparación. Véase PABLO DE GREIFF. Op. cit., p. 467. La coherencia externa o integralidad externa hace alusión al aspecto holístico de la Justicia Transicional, y por lo tanto a la coherencia o complementariedad entre las medidas de reparación y otras medidas de justicia transicional.

²⁵⁶ El primer inciso del artículo 8° de la Ley 975 de 2005 consagra algunas de las acciones de reparación, indicando que “El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas...”

Dentro de ese contexto, el artículo 54 de la Ley 975 de 2005²⁵⁷ creó el Fondo para la Reparación de las Víctimas [*en adelante FRV o el Fondo*] como el instrumento a través del cual se efectiviza el pago de las acciones de reparación judicialmente decretadas en el marco de la ley. El FRV no constituye una fuente autónoma de bienes y recursos, y por el contrario, los bienes y recursos que lo integran son entregados a aquél en cumplimiento de los requisitos y deberes establecidos por la Ley 975 de 2005 para que sea dicho Fondo, a través de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional²⁵⁸ [*en adelante Acción Social*], quien (1) los administre²⁵⁹ hasta tanto la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial [*en adelante SJPTSDJ*] profiera sentencia judicial en la que establezca cuáles pueden destinarse a la reparación de las víctimas, y con cargo a los mismos (2) liquide y cancele los pagos que deban realizarse para dar cumplimiento a las acciones de reparación decretadas en la sentencia judicial ejecutoriada²⁶⁰.

Desde ya es importante advertir que el hecho de que determinados bienes o recursos se destinen al FRV no implica ineludiblemente que la titularidad del derecho de

A su turno prescribe el artículo 16 del Decreto 3391 de 2006: *“Las víctimas de los delitos cometidos por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley a quienes se aplique la Ley 975 de 2005, tienen derecho a la reparación del daño sufrido. La reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición, y podrá tener carácter individual, colectiva o simbólica, según lo establecido en la Ley 975 de 2005. En consecuencia, el carácter integral de la reparación no se establecerá en función exclusiva de las acciones de naturaleza económica”*.

²⁵⁷ Establece el primer inciso del artículo 54 de la Ley 975 de 2005: *“Créase el Fondo para la Reparación de las Víctimas, como una cuenta especial sin personería jurídica, cuyo ordenador del gasto será el Director de la Red de Solidaridad Social. Los recursos del Fondo se ejecutarán conforme a las reglas del derecho privado...”*.

²⁵⁸ De acuerdo con el artículo 2° del Decreto 2467 de 2005: *“La Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Acción Social, es un establecimiento público, del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República”*.

²⁵⁹ Establece el artículo 56.2 [que corresponde al artículo 55] de la Ley 975 de 2005 como una de las funciones del FRV, la de *“Administrar el Fondo para la reparación de víctimas”*. A su turno, prescribe el primer inciso del artículo 17 del Decreto 4760 de 2005: *“El Fondo para la Reparación de las Víctimas creado por el artículo 54 de la Ley 975 de 2005 es una cuenta especial sin personería jurídica, adscrita a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional-Acción Social que funcionará con su estructura y será administrada por el Alto Consejero Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, quien será el ordenador del gasto...”*.

²⁶⁰ Establece el artículo 56.1 [que corresponde al artículo 55] de la Ley 975 de 2005 como una de las funciones del FRV, la de *“Liquidar y pagar las indemnizaciones judiciales de que trata la presente ley”*. A su turno prescribe el artículo 18 del Decreto 3391 de 2006: *“...De conformidad con el artículo 55 de la Ley 975 de 2005, por intermedio del Fondo para la Reparación de Víctimas, se pagarán las indemnizaciones establecidas mediante sentencia judicial por la Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial, a favor de las víctimas de las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al mismo. Existiendo la sentencia judicial ejecutoriada, el pago de la indemnización deberá realizarse...”*

dominio sobre aquellos corresponda al Estado ni tampoco que exista un traspaso de dicha titularidad a éste; de hecho una conclusión de ese talante sólo podría ser asumida, (1) si la fuente de los bienes y recursos es el Presupuesto General de la Nación o han sido transferidos al Fondo por virtud de contratos o convenios de donación, (2) si, no obstante que la titularidad del derecho de dominio sobre esos bienes o recursos corresponda a otro organismo distinto del Estado, por virtud de la institución de la “extinción de dominio” dichos derechos hayan sido, valga la redundancia, extinguidos a favor de éste²⁶¹.

Sin perjuicio de que más adelante se ahonde en las apreciaciones precedentes, debe advertirse que éstas resultan de singular relevancia puesto que, dependiendo de la fuente del bien o recurso, de una parte las reglas que gobiernan su aportación, administración, liquidación y pago pueden tener alcances distintos, y de otro lado, no obstante que el cumplimiento de la medida de reparación con cargo a dichos bienes o recursos se haga a través del Estado, ello no implica que en todos los casos el Estado ostente derechos sobre los mismos.

3.2 Justificación para la existencia de distintas fuentes del FRV

De acuerdo con el artículo 54 de la Ley 975 de 2005, el FRV está nutrido por distintas fuentes, a saber: (1) bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por el miembro o el Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley [*en adelante GAOML*], (2) recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación [*en adelante PGN*] y (3) donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras²⁶². Esa confluencia de distintas fuentes en la integración del FRV no es fortuita y debe su consagración a la observancia de los principios que gobiernan la responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos por los miembros del GAOML y al papel que juega el Estado en la garantía del derecho de las víctimas a la reparación.

La Corte Constitucional, refiriéndose a los titulares de la obligación de reparación y por contera a los recursos que integran el FRV, indicó que:

Si bien la responsabilidad penal continúa siendo individual, la responsabilidad civil derivada del hecho punible admite el elemento de la solidaridad, no solamente

²⁶¹ Establece el artículo 1° de la Ley 793 de 2002: “La extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contra prestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley”.

²⁶² Establece el segundo inciso del artículo 54 de la Ley 975 de 2005: “...El Fondo estará integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la presente ley, por recursos provenientes del presupuesto nacional y donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras...”.

entre los penalmente responsables sino respecto de quienes por decisión judicial hayan sido calificados como miembros del grupo armado específico, entendido como el frente o bloque al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, en virtud de la relación de causalidad que se estructura entre las conductas delictivas que generan el daño y la actividad en concreto de ese grupo específico que actúa al margen de la ley al cual pertenecieron los desmovilizados (...) Antes de acudir a recursos del estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos. El Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización al que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes (...) es necesario condicionar la exequibilidad de la norma, sin impedir que el Fondo de Reparación sea alimentado por recursos del presupuesto nacional y por donaciones, habida cuenta del goce efectivo del derecho a la reparación de las víctimas que podría verse seriamente disminuido si el Fondo de Reparación fuera integrado exclusivamente con bienes o recursos de los integrantes de cada frente o bloque armado ilegal²⁶³ (negrillas fuera del texto).

Evidentemente, el deber de reparación predicable de los miembros del GAOML tiene una ineludible relación con sus obligaciones de entregar los bienes producto de la actividad ilegal al FRV, y de sufragar el pago de las condenas judiciales impuestas a dichos miembros con su propio patrimonio, por intermedio del mismo Fondo. Así, la existencia del deber de reparación justifica que la Ley 975 de 2005 haya establecido ciertas reglas, unas que condicionan el acceso a los beneficios establecidos por aquélla²⁶⁴ y otras que afectan el patrimonio lícito de los miembros del GAOML para garantizar el correlativo derecho de las víctimas a la reparación.

En la Sentencia C-370 de 2006 la Corte sustentó también el deber de reparar –y consecuentemente la afectación de los bienes correspondientes al FRV– por parte de los miembros del GAOML desmovilizados, aun cuando no se lograra identificar al sujeto activo del hecho delictivo que ocasionó daños. Dijo dicha Corporación que:

²⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, Exp. D-6032. MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

²⁶⁴ En relación con las condiciones que deben reunir los miembros de GAOML desmovilizados para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005, establecen respectivamente los artículos 10.2 y 11.5 de ésta, entre otros: “Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal” y “Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima”.

Para la Corte es claro que si los beneficios que establece la ley son para el grupo específico, o para sus miembros en razón a la pertenencia al bloque o frente correspondiente, éste debe tener correlativas responsabilidades de orden patrimonial, incluso al margen de la determinación de responsabilidades de índole penal, siempre y cuando se establezca el daño y la relación de causalidad con la actividad del grupo específico y se haya definido judicialmente la pertenencia del desmovilizado al bloque o frente correspondiente. Los daños anónimos, es decir aquellos respecto de los cuales no ha sido posible individualizar al sujeto activo, no pueden quedar exentos de reparación; comprobado el daño y el nexo causal con las actividades del bloque o frente armado ilegal cuyos miembros judicialmente identificados sean beneficiarios de las disposiciones de la ley, tales miembros deben responder a través de los mecanismos fijados en la ley²⁶⁵ (negritas fuera del texto).

Sin perjuicio de las reflexiones que en este mismo texto se realizan en torno al título jurídico bajo el cual responden los distintos sujetos, en orden a garantizar el derecho a la reparación de las víctimas, es preciso indicar que la integración del FRV deriva precisamente de los deberes que respecto de dicha garantía competen tanto a los miembros de los GAOML desmovilizados como al Estado mismo. Las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia en cita vinieron a ser recogidas por los artículos 15 y 18 del Decreto 3391 de 2006, que reglamentaron el deber general de reparación de los miembros del GAOML²⁶⁶ y

²⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, Exp. D-6032. MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

²⁶⁶ Establece el artículo 42 de la Ley 975 de 2005: “Los miembros de los grupos armados que resulten beneficiados con las disposiciones previstas en esta ley tienen el deber de reparar a las víctimas de aquellas conductas punibles por las que fueron condenados mediante sentencia judicial.

”Igualmente, cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación”.

A su turno, prescribe el artículo 15 del Decreto 3391 de 2006: “Son titulares de la obligación de reparación a las víctimas, los desmovilizados que sean declarados penalmente responsables mediante sentencia judicial de las conductas punibles cometidas durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, entendiéndose por tal el bloque o frente respectivo, las cuales hayan causado un daño real, concreto y específico a las mismas.

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

”La respectiva sentencia proferida por la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial establecerá la reparación a la que se encuentren obligados los responsables”.

la destinación residual a los recursos del PGN para dar cobertura a los derechos de las víctimas²⁶⁷.

3.3 Fuentes y rubros que integran el FRV

El artículo 18 del Decreto 3391 de 2008 reglamentó los componentes del FRV, refiriéndose a los rubros que integran el mismo de acuerdo con la fuente de la que proviene el bien o recurso respectivo. Los rubros del FRV integran una masa de bienes y recursos, lo cual no significa que los mismos constituyan en estricto sentido una unidad de caja para que sean atendidos los pagos que se realicen con el propósito de dar cumplimiento a la sentencia judicial ejecutoriada correspondiente, puesto que, conforme a lo establecido por la misma disposición, existe un orden escalonado de afectación de dichos rubros.

Así las cosas, el hecho de que se trate de uno u otro rubro determina el orden de afectación de los bienes o recursos que correspondan al mismo, esto es, en qué momento pueden verse afectados dichos bienes y recursos para efectos del cumplimiento de los pagos a que haya lugar. Téngase presente además que, dependiendo de si la desmovilización es colectiva o individual, en cada caso el orden de afectación y los rubros que se afecten difieren.

Dentro de ese contexto, los bienes y recursos que integran el FRV sólo pueden ser liquidados y pagados por Acción Social –entidad que tiene la competencia de administrarlos– exclusivamente para dar cumplimiento a la sentencia que se profiera y esté ejecutoriada como resultado del procedimiento de la Ley 975 de 2005²⁶⁸. Ello implica que solamente la sentencia judicial puede ordenar a Acción Social, a través de instrucciones específicas, la disposición final de los bienes y recursos, bien que éstos se destinen o no a la reparación²⁶⁹. Excepcionalmente Acción Social podría ordenar

²⁶⁷ Prescribe el artículo 18 del Decreto 3391 de 2006: *“Ante la eventualidad de que los recursos de los desmovilizados colectiva o individualmente de los grupos armados organizados al margen de la ley sean insuficientes, los recursos asignados del Presupuesto General de la Nación se destinarán, de manera residual, a dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial mediante la realización de otras acciones de reparación no decretadas judicialmente, orientadas a reconocer y dignificar a las víctimas de las zonas más afectadas por la violencia de los grupos armados organizados al margen de la ley, sin que ello implique la asunción de responsabilidad subsidiaria por parte del Estado”*.

²⁶⁸ Ello no impide que Acción Social, de acuerdo con lo prescrito por el inciso tercero del artículo 17 del Decreto 4760 de 2005, siempre que tenga en cuenta el favorecimiento de los derechos de las víctimas, pueda *“...contratar total o parcialmente el manejo de los recursos y bienes que ingresen al fondo, mediante encargo fiduciario, contratos o fondos de fiducia, contratos de administración, mandato, arrendamiento y demás negocios jurídicos que sean necesarios...”*

²⁶⁹ No obstante, el Acuerdo 18 de 2006 proferido por Acción Social *“por el cual se adopta el reglamento interno del fondo para la reparación de las víctimas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Decreto 4760 de*

su enajenación o disposición sin que se haya proferido una sentencia judicial, en firme hipótesis que está sometida al cumplimiento de requisitos específicos²⁷⁰.

3.4 Bienes o recursos entregados por las personas o GAOML a que se refiere la Ley 975 de 2005

De acuerdo con el artículo 54 de la Ley 975 de 2005 la primera fuente del FRV corresponde a todos los bienes y recursos que a cualquier título se entreguen por los miembros o GAOML. La entrega a cualquier título no implica transferencia de titularidad respecto de dichos bienes y recursos al FRV, puesto que, de conformidad con el procedimiento de la Ley 975 de 2005, es posible que los miembros o GAOML entreguen al Fondo bienes o recursos sobre los cuales no ostenten derecho alguno.

De ahí que el artículo 18 del Decreto 3391 de 2006 haya distinguido, en relación con esta primera fuente, varios tipos de rubros, bien que (1) los bienes y recursos se entreguen por los miembros o GAOML en cumplimiento de uno los requisitos establecidos por los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005 para el acceso de aquéllos a los beneficios de la ley, es decir, los bienes y recursos que sean producto de la actividad ilegal, o bien que (2) los bienes y recursos pertenezcan al patrimonio lícito de dichos miembros y respecto de los cuales se haya dictado una medida cautelar o sean entregados por éstos para atender el pago de las acciones de reparación judicialmente decretadas en el marco de la misma ley.

Obsérvese que en uno y otro caso las consideraciones en torno a los derechos que los miembros o GAOML ostentan sobre los bienes y recursos tendrán que ser distintas, puesto que, en el primero, a diferencia del segundo, no obstante la entrega, no existe un derecho consolidado –aun cuando pudiera ser aparente– que sea objeto de protección

2005”, en su artículo 15 establece que *“Por regla general los bienes muebles e inmuebles que ingresen al Fondo para la Reparación de las Víctimas, no se podrán enajenar. Acción Social, podrá enajenar los bienes del Fondo para la reparación, a través de operadores expertos, en el siguiente caso excepcional:*

“Cuando se trate de bienes fungibles o consumibles que puedan perecer en corto plazo o de bienes muebles que por sus características especiales permitan prever que sufrirán una pérdida de valor significativa mientras se profiere la sentencia, se dejará constancia expresa de ello y podrán enajenarse de manera directa sin importar la cuantía...

“Si se trata de bienes muebles no fungibles y que amenacen deterioro se podrá celebrar de manera directa contrato de almacenamiento con cualquier ente especializado para ello...”

²⁷⁰ Establece el parágrafo 1 del artículo 13 de la Ley 1151 de 2007, que adicionó el artículo 54 de la Ley 975 de 2005: *“Sin perjuicio de las causales de inexistencia del acto o contrato a que se refiere el artículo 898 del Código de Comercio, la administradora de bienes incautados, o con extinción de dominio o comiso, o entregados para la reparación de las víctimas, podrá ordenar su enajenación o disposición cuando su naturaleza, uso o destino amenace deterioro o se imposibilite su administración”.*

por parte del ordenamiento jurídico. En este punto son de recibo las consideraciones de la Corte Constitucional, quien expresó que

el ordenamiento jurídico sólo protege los derechos adquiridos de manera lícita, es decir, a través de una cualquiera de las formas de adquirir el dominio y reguladas por la ley civil: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción y siempre que en los actos jurídicos que los formalizan concurren los presupuestos exigidos por ella. Ese reconocimiento y esa protección no se extienden a quien adquiere el dominio por medios ilícitos. Quien así procede nunca logra consolidar el derecho de propiedad y menos puede pretender para sí la protección que suministra el ordenamiento jurídico. De allí que el dominio que llegue a ejercer es sólo un derecho aparente, portador de un vicio originario que lo torna incapaz de consolidarse, no susceptible de saneamiento y que habilita al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento²⁷¹.

Además, el artículo 18 del Decreto 3391 de 2006 reglamentó²⁷² un tercer rubro que comprende los bienes vinculados a investigaciones penales y acciones de extinción de dominio en curso al momento de la desvinculación de los miembros o GAOML, categoría ésta dentro de la cual estarían comprendidos los mismos bienes y recursos de los rubros antes señalados, pero limitados precisamente a aquellos que se encuentren vinculados en la forma prescrita por el literal c) del numeral 1 del citado artículo 18.

3.5 Bienes que sean producto de la actividad ilegal del GAOML, según se trate de desmovilizados colectivos o individuales

Lo primero que debe indicarse es que la entrega de los bienes que sean producto de la actividad ilegal no supone un traspaso al FRV de derechos sobre aquellos, puesto que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, respecto de dichos bienes nunca se consolidó un derecho que pueda ser objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico. En ese sentido, son importantes, ya en el contexto de la Ley 975 de 2005, las reflexiones de esa Corporación, indicando:

En estas circunstancias no parece necesario que en esta etapa [refiriéndose al cumplimiento de los requisitos de los artículos 10.2 y 11.5 de la Ley 975 de 2005] la

²⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 28 de agosto de 2003, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

²⁷² Establece el primer inciso del párrafo del artículo 54 de la Ley 975 de 2005: "Los bienes a que hacen referencia los artículos 10 y 11, se entregarán directamente al Fondo para la Reparación de las Víctimas creado por esta ley. Igual procedimiento se observará respecto de los bienes vinculados a investigaciones penales y acciones de extinción del derecho de dominio en curso al momento de la desmovilización, siempre que la conducta se haya realizado con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley y con anterioridad a la vigencia de la presente ley".

persona entregue parte de su patrimonio lícito, pues al menos técnicamente, no existe aún un título para dicho traslado. Ciertamente, los bienes de procedencia ilícita no le pertenecen y, por lo tanto, la entrega no supone un traslado de propiedad sino una devolución a su verdadero propietario –mediante la restitución del bien– o al Estado. Sin embargo, su patrimonio lícito le pertenecerá hasta tanto no exista una condena judicial que le ordene la entrega. En cambio, los bienes producto de la actividad ilegal, todos ellos sin excepción, deben ser entregados como condición previa para acceder a los beneficios que establece la Ley 975/05²⁷³.

Dentro de ese contexto, antes de la sentencia judicial de la SJPTSDJ, no existe un título de traslado de derechos respecto de los bienes entregados por los miembros o GAOML, que sean producto de la actividad ilegal; de hecho será precisamente esa sentencia la que determine si existen víctimas que ostenten derechos directos sobre aquéllos²⁷⁴, o si cumplidos los presupuestos correspondientes se extingan los derechos que recaen respecto de los mismos.

En el marco de los requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva o individual, los artículos 10 [10.2] y 11 [11.5] de la Ley 975 de 2005 establecen como una de las exigencias para acceder a los beneficios de la ley, la entrega de los bienes producto de la actividad ilegal²⁷⁵. Esa entrega puede verificar el cumplimiento de dicho

²⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, Exp. D-6032, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

²⁷⁴ Hay que recordar que el artículo 46 de la Ley 975 de 2005 garantiza la restitución a la víctima, estableciendo que *“La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades”*. Dentro de ese marco el inciso primero del artículo 14 del Decreto 4760 de 2005 prescribió que *“Cuando la víctima considere que fue despojada ilícitamente de su dominio, posesión, usufructo o de cualquier otro derecho real o precario sobre un bien, como consecuencia de una conducta punible cometida por los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que se hayan acogido al procedimiento establecido por la Ley 975 de 2005, y pretenda la restitución del mismo, podrá presentar su pretensión en el incidente de reparación integral, cuyo trámite, decisión y efectividad se regirán por lo dispuesto en la citada ley...”* (negritas fuera del texto).

²⁷⁵ El ordenamiento jurídico no establece un único momento concreto en el que deba surtirse dicha entrega, y por el contrario, se encuentran varias normas dispersas en el procedimiento que se refieren a ella. Así, por ejemplo, conforme al inciso segundo del artículo 17 de la Ley 975 de 2005, en la rendición de la versión libre ante el fiscal delegado para el proceso de desmovilización, el miembro o miembros del GAOML *“...indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas...”*; en relación con los requisitos que deben reunir los miembros de GAOML desmovilizados para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005, sin aludir a un momento concreto, establecen respectivamente los artículos 10.2 y 11.5 de ésta, entre otros: *“Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal”* y *“Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima”*; en el nivel reglamentario, los dos parágrafos 1 de los artículos 5 y 17 prescriben respectivamente: *“Para los efectos previstos*

requisito por parte de los desmovilizados, razón por la cual su no acreditación puede acarrear como resultado que éstos no accedan los beneficios de la Ley 975 de 2005, según lo determine la SJPTSDJ al momento de la sentencia.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que

(...) el ofrecimiento de bienes debe ser un acto de plena responsabilidad, lleva a que el postulado asuma todas las consecuencias que se puedan derivar de la entrega de bienes que no puedan ingresar finalmente al Fondo para la Reparación de Víctimas, porque se encuentren sometidos a otros gravámenes o limitaciones a la propiedad (hipoteca, prenda, suspensión del poder dispositivo, embargo, secuestro, afectación de inenajenabilidad, comiso, etc.), se trate de bienes baldíos o sean reclamados exitosamente por terceros de buena fe, por ejemplo, supuestos en los cuales el postulado asume la consecuencia de la expulsión de los beneficios que le ofrece la Ley de Justicia y Paz por haberse resistido a brindar una confesión completa y veraz, y porque con tal conducta está demostrando renuencia a la entrega de sus bienes con el propósito de indemnizar a las víctimas, amén de la posible responsabilidad por el delito de fraude procesal²⁷⁶.

Es importante reiterar que la verificación del cumplimiento del requisito que se comenta, entre otros,

(...) corresponderá a las autoridades judiciales... En todo caso, la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial de que trata la Ley 975 de 2005 es la instancia competente para conceder los beneficios consagrados en la citada ley, exclusivamente a quienes cumplan las exigencias previstas en los artículos 1, 3, 10, 11, 24, 29, 42, 44 y demás contempladas en la misma²⁷⁷.

Se advierte lo anterior, puesto que respecto del requisito de la entrega de los bienes producto de la actividad ilegal no se exige que la misma tenga lugar en una etapa

en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005, cuando la entrega de bienes se realice con anterioridad a la diligencia de versión libre o a la audiencia de formulación de imputación de que trata el artículo 18 de la Ley 975 de 2005..." y "...los actos preprocesales de restitución de bienes directamente a las víctimas y los de bienes ilícitos con destino a la reparación de las víctimas, que hayan sido entregados al Fondo para la Reparación de Víctimas con anterioridad a la diligencia de versión libre o a la audiencia de formulación de imputación."

²⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 8 de septiembre de 2008, Exp. 30360, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Providencia reiterada por Auto de la misma Corporación y Sala de 31 de julio de 2009, Exp. 31539, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán. En el mismo sentido, Auto de 24 de marzo de 2010, Exp. 33257, M.P.: Javier Zapata Ortiz.

²⁷⁷ Inciso sexto del artículo 3° del Decreto 4760 de 2005.

concreta del procedimiento de la Ley 975 de 2005, aun cuando es claro que el requisito sí debe encontrarse cumplido para el momento de la sentencia, en el que la SJPTSDJ proceda a la verificación correspondiente para efectos de determinar si los miembros del GAOML pueden o no acceder a los beneficios de la ley.

Y es que respecto de los bienes producto de la actividad ilegal, habrá algunos respecto de los cuales los miembros o GAOML no puedan entregar de forma inmediata al momento de la desmovilización respectiva, porque se imposibilita su entrega debido a un sinnúmero de circunstancias que justificadamente lo impiden. De ahí que el inciso tercero del artículo 14 del Decreto 3391 de 2006, considerando esa situación, prescriba que

(...) Cuando los bienes de origen ilícito de los miembros del grupo armado al margen de la ley no figuren formalmente a nombre de los mismos o no se encuentren en su poder, éstos deberán realizar los actos dispositivos necesarios para deshacer la simulación y proceder a su entrega con destino a la reparación de las víctimas.

De esta manera, sólo es la entrega efectiva la que verifica la acreditación del requisito que se comenta, por lo que no serán suficientes las meras manifestaciones escritas indicando su cumplimiento por parte de los desmovilizados. De ahí que los incisos primero y tercero del parágrafo 1 del artículo 3° del Decreto 4760 de 2005 indiquen que

Si durante la desmovilización colectiva o individual, los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley realizan actos de cumplimiento de los requisitos previstos en los numerales 10.2, 10.3 ó 10.6 del artículo 10 y 11.5 del artículo 11 de la citada ley, se levantará un Acta suscrita por quien certifica la desmovilización” y “El Acta, junto con los demás medios probatorios establecidos en la ley, servirán para verificar el cumplimiento de tales requisitos.

Mucho menos será suficiente la sola manifestación escrita que hacen los desmovilizados colectiva o individualmente, bajo la gravedad de juramento, en lo que atañe a la entrega de bienes producto de la actividad ilegal, de su compromiso de cumplimiento de los requisitos correspondientes previstos en los artículos 10.2 y 11.5 de la Ley 975 de 2005²⁷⁸.

²⁷⁸ El inciso tercero del artículo 3° del Decreto 4760 de 2005 establece que respecto de la lista de postulados “...será necesario que los desmovilizados hayan manifestado previamente y por escrito ante el Alto Comisionado para la Paz o al Ministro de Defensa, según se trate de desmovilizados colectiva o individualmente, su voluntad de ser postulados para acogerse al procedimiento y beneficios previstos por la Ley 975 de 2005 y declaren bajo la gravedad del juramento su compromiso de cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 10 y 11 de ésta, según corresponda”.

Del mismo modo, la entrega de los bienes comprendidos en el rubro que se estudia debe comprender todos los declarados por el miembro del GAOML al momento en que rinde versión libre, pues será respecto de éstos que se evalúe el cumplimiento de uno de los requisitos pertinentes para el acceso a los beneficios de la Ley 975 de 2005. En este aparte resulta de singular trascendencia lo dicho por la Corte Constitucional, que expresó

(...) también cabe esperar que los beneficiarios de la ley actúen de buena fe para restituir la propiedad a quienes fueron despojados de ella y compensar económicamente los daños causados por su actuación ilegal. Así, la persona que busca el beneficio de la ley, debe declarar la totalidad de los bienes que puede aportar para reparar a quienes han sufrido por su causa... Al respecto no sobra recordar que el derecho, en un Estado democrático, tiene ya incorporados mecanismos que sirven simultáneamente para evitar el fraude a la ley de quienes oculten sus bienes sin exigir lo imposible. Son reglas básicas que guían la actividad del juez pero cuya ambigua consagración en la ley bajo estudio genera importantes dudas de constitucionalidad. Ciertamente, tal y como lo señalan los demandantes, algunos intervinientes y el Procurador, las cláusulas parcialmente demandadas pueden ser interpretadas de forma tal que al desmovilizado no se le exige esfuerzo alguno para deshacer los negocios que le han permitido ocultar su patrimonio o para encontrar bienes de procedencia ilícita que tiene claramente identificados pero que no se encuentran en su poder. Este comportamiento no honra en absoluto la obligación de reparar que la Constitución, las normas civiles y los tratados internacionales exigen²⁷⁹ (negrillas fuera del texto).

Las consideraciones jurisprudenciales precedentes fueron plasmadas en el Decreto 3391 de 2006, a través de disposiciones en las que se exige a los desmovilizados el deber de declarar todos los bienes producto de la actividad ilegal²⁸⁰.

No obstante que se presume la buena fe por parte del miembro del GAOML, respecto a la declaración de que los bienes producto de la actividad ilegal comprende exclusivamente los que se especifican en ella y no otros, la normatividad establece

²⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, Exp. D-6032, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

²⁸⁰ El inciso primero del artículo 9° del Decreto 3391 de 2006 prescribe: “Para efectos de lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 4760 de 2005, en la versión libre de que trata el artículo 17 de la Ley 975 de 2005... el postulado... indicará la totalidad de los bienes de origen ilícito, los cuales deberán ser entregados para reparar a las víctimas, sin perjuicio de las medidas cautelares y de las obligaciones con cargo a su patrimonio lícito que proceden en virtud de la declaratoria judicial de responsabilidad a que haya lugar”.

mecanismos que pueden contribuir a respaldar dicha declaración o a desvirtuarla, situación que determinará el cumplimiento o no del requisito que se comenta por parte del desmovilizado. Así, por ejemplo, el Decreto 3391 de 2006 establece mecanismos de información coordinados entre las autoridades públicas competentes dirigidos a auscultar la existencia de bienes inmuebles rurales y urbanos que hayan sido objeto de despojo²⁸¹, o a determinar la existencia, ubicación y estados de los bienes cuya titularidad real o aparente corresponda a miembros del GAOML²⁸², así como también consagra la posibilidad de que sean las propias víctimas quienes cuestionen si existen bienes que no se encuentran comprendidos en la declaración²⁸³.

Lo hasta aquí dicho permitirá establecer si la entrega que realice el miembro o GAOML de los bienes que sean producto de la actividad ilegal cumple o no con los presupuestos del requisito establecido en la Ley 975 de 2005. Dentro de ese marco, los bienes que sean producto de la actividad ilegal del GAOML deben ser, por regla general, entregados directamente al FRV para que sea éste quien los administre y atienda las instrucciones que determine en la sentencia la SJPTSDJ para la reparación de las víctimas. De forma excepcional y antes de la sentencia, dichos bienes pueden ser entregados provisionalmente a la víctima, atendidos ciertos presupuestos²⁸⁴.

²⁸¹ Los incisos primero y segundo del artículo 4° del Decreto 3391 de 2006 prescriben sobre el particular: “*Con el fin de propender por la restitución a las víctimas de conformidad con lo dispuesto para el efecto por la Ley 975 de 2005, las entidades estatales competentes deberán adoptar las medidas necesarias para disponer de la información sobre los bienes inmuebles rurales y urbanos que han sido objeto del despojo realizado por miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.*”

“Para tal fin, la Superintendencia de Notariado y Registro deberá coordinar e implementar un sistema que permita la interrelación de notariado, catastro y registro, y cuente con la información pertinente del IGAC, Incoeder y demás instituciones relacionadas. Las inscripciones en los registros de instrumentos públicos derivadas de la declaratoria de inminencia de riesgo de desplazamiento o de desplazamiento forzado en concordancia con las normas legales que rigen el tema, formarán parte de este sistema de información.”

²⁸² El último inciso del artículo 15 del Decreto 4760 advierte: “*...En todo caso la Fiscalía General de la Nación deberá adelantar las investigaciones y cruces de información que sean conducentes para determinar la existencia, ubicación y estado de todos los bienes cuya titularidad real o aparente corresponda a miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y podrá solicitar al magistrado de control de garantías la adopción de medidas cautelares sobre los mismos.*”

²⁸³ El inciso segundo del artículo 14 del Decreto 3391 de 2006 prescribe: “*...Las víctimas tendrán derecho a denunciar los bienes no entregados, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto 4760 de 2005. En el evento que el bien no haya sido previamente enlistado y entregado con destino a la reparación de la víctima, o cuando existiendo prueba de tal despojo tampoco se produzca la entrega efectiva del bien, la autoridad judicial procederá a compulsar copias para que se inicien los procesos penales a que haya lugar de conformidad con las normas vigentes al momento de la realización de la conducta, y decretará la extinción de dominio respectiva con destino a la reparación de las correspondientes víctimas.*”

²⁸⁴ El inciso segundo del literal a) del numeral 1 del artículo 18 del Decreto 3391 de 2006 prescribe: “*Estos bienes [los que son producto de la actividad ilegal] se entregarán directamente al Fondo, salvo los casos en que*

Es importante indicar que nada asegura que el desmovilizado declare y entregue todos los bienes que sean producto de la actividad ilegal; de hecho, la normatividad reglamentaria no se refiere explícitamente a si los bienes no declarados ni entregados de esa estirpe integran o no el FRV. En consecuencia, de acuerdo con las normas reglamentarias, los bienes que presuntamente son producto de la actividad ilegal y que no fueron declarados no podrían integrar el FRV, salvo que hagan parte de los bienes o recursos lícitos sobre los cuales recaigan medidas cautelares, caso en cual los mismos corresponderían a ese rubro. Es más, hasta tanto la SJPTSDJ determine lo contrario –análisis que tendrá que realizar al momento de dictar sentencia–, los bienes del miembro del GAOML que no han sido entregados al FRV se presume que son de su patrimonio lícito.

Para los bienes que entregue u ofrezca el postulado en la versión y que tengan el carácter de ilegal, la Corte Suprema de Justicia ha aceptado que, al igual que los bienes lícitos, sean susceptibles de decretarse sobre ellos medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo, secuestro, etc. Los derechos que tengan terceros sobre estos bienes pueden sustentarse en una audiencia preliminar de levantamiento de la medida cautelar ante el Magistrado con funciones de Control de Garantías cuya decisión puede ser apelada.

La Sala Penal ha manifestado en una de estas apelaciones que los derechos de los terceros deberán esperar hasta el trámite del incidente de reparación, pues ese es el momento en el que pueden hacer valer sus derechos ya que la Corte da plena credibilidad al versionado cuando pone a disposición bienes que no le pertenecen aplicando a su favor la presunción de veracidad, establecida en el inciso tercero del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil²⁸⁵.

En palabras de la Corte:

el magistrado que ejerza el control de garantías, a solicitud de la Fiscalía, del Ministerio Público o de la Víctima, entregue en provisionalidad el bien a la víctima hasta que se resuelva sobre el mismo en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto 4760 de 2005 en aras de garantizar el derecho a la restitución...". A su turno el tercer inciso del artículo 15 del Decreto 4760 de 2005 establece que: *"...Sin embargo, en aras de garantizar el derecho a la restitución, el magistrado que ejerza el control de garantías, a solicitud de la Fiscalía, del Ministerio Público o de la Víctima, podrá entregar en provisionalidad el bien a la víctima hasta que se resuelva sobre el mismo en la sentencia..."*

Finalmente, de conformidad con el último inciso del artículo 16 del Acuerdo N° 18 de 2006, *"...cuando se entregue el bien en provisionalidad a la víctima, ésta se hará directamente por el Magistrado de Control de Garantías por solicitud de la Fiscalía, el Ministerio Público o la misma víctima"*.

²⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 23 de agosto de 2007, Exp. 28040, M.P.: María del Rosario González de Lemos. Esta presunción de veracidad también fue invocada en los Autos de 8 de septiembre de 2008, Exp. 30360, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas y Auto de 24 de marzo de 2010, Exp. 33257, M.P.: Javier Zapata Ortiz.

El ofrecimiento de bienes expresado por el postulado debe ser entendido como una extensión de la diligencia de versión libre, ella resulta creíble y constituye prueba sumaria de los actos de dominio y posesión que ejerce sobre los inmuebles relacionados en el presente asunto, sin que resulte relevante que los inmuebles aparezcan documentalmente como de propiedad de otras personas²⁸⁶.

Lo anterior, en tanto el ofrecimiento de bienes debe ser un acto de plena responsabilidad, lleva a que el postulado asuma todas las consecuencias que se puedan derivar de la entrega de bienes que no puedan ingresar finalmente al Fondo para la Reparación de Víctimas, porque se encuentren sometidos a otros gravámenes o limitaciones a la propiedad (hipoteca, prenda, suspensión del poder dispositivo, embargo, secuestro, afectación de inenajenabilidad, comiso, etc.), se trate de bienes baldíos o sean reclamados exitosamente por terceros de buena fe, por ejemplo, supuestos en los cuales el postulado asume la consecuencia de la expulsión de los beneficios que le ofrece la Ley de Justicia y Paz por haberse resistido a brindar una confesión completa y veraz²⁸⁷, y porque con tal conducta está demostrando renuencia a la entrega de sus bienes con el propósito de indemnizar a las víctimas²⁸⁸, amén de la posible responsabilidad por el delito de fraude procesal (...).

A tono con las anteriores precisiones surge evidente señalar que no le asiste razón al recurrente al considerar que no son procedentes las medidas de embargo y secuestro de la posesión y mejoras de predios carentes de titulación, ofrecidos por los desmovilizados, respecto de los cuales los anteriores poseedores fueron forzados a vender por un precio irrisorio, o sin contraprestación alguna, como en los casos relacionados para los bienes N° 1, 2, 3 y 21, pues de conformidad con el artículo 5° y 8° de la Ley 975 de 2005, y artículo 14 del Decreto 4760 de 2005 esta situación se encuentra prevista y protegidas tales personas, frente al menoscabo de su patrimonio al ser consideradas como víctimas directas por pérdida financiera, quienes en tal calidad deben recurrir a través del incidente de reparación integral previsto en la Ley 975 de 2005, para que sean sujetos de reparación con acciones tendientes a la restitución a través de actividades inclinadas a regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito, indemnización o compensación de los perjuicios

²⁸⁶ Caso en el cual la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de determinar la responsabilidad penal que (por delitos tales como testaferrato, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, falsedad documental, etc.) pueda recaer en tales personas.

²⁸⁷ El artículo 17 de la Ley 975 de 2005 fue declarado exequible mediante Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional, en el entendido que la versión libre debe ser completa y veraz.

²⁸⁸ Tal comportamiento desvirtúa el objeto de la Ley 975 de 2005 y constituye un grave incumplimiento de los requisitos de elegibilidad previstos en los artículos 10-10.2 y 11-11.5.

*causados con él, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición, según el caso, (...)*²⁸⁹ (negrillas fuera de texto).

3.6 Bienes o recursos lícitos sobre los cuales se haya decretado medida cautelar o se entreguen para atender las reparaciones económicas decretadas mediante sentencia proferida por la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente, por parte de los desmovilizados del bloque o frente penalmente condenados o por los demás desmovilizados que pertenecían al mismo cuando haya lugar a que se configure responsabilidad civil solidaria, de conformidad con lo previsto en el Decreto 3391 de 2006

Este segundo rubro permite delimitar las diferencias conceptuales entre los bienes entregados por los miembros de los GAOML, que son producto de la actividad ilegal, y por oposición, los demás bienes y recursos que no siendo producto de dicha actividad conforman su patrimonio lícito. Son de recibo en este acápite las mismas reflexiones de la Corte Constitucional en torno a esa distinción; principalmente resulta importante resaltar que para que pueda ser afectado el patrimonio lícito de los miembros de los GAOML es necesario que exista una decisión judicial que ordene su entrega, bien sea de forma provisional o definitiva. En ambos casos, los bienes y recursos afectados respectivos pasan a integrar el FRV²⁹⁰.

Por ello será el patrimonio lícito de los miembros de los GAOML el que sea objeto de este rubro del FRV, cuyos bienes y recursos sólo podrán ser recaudados efectivamente por dicho Fondo en virtud de determinadas decisiones judiciales al interior del procedimiento de la Ley 975 de 2005. No sobra aclarar que la entrega de los bienes de procedencia lícita de los desmovilizados no constituye un requisito para que éstos accedan a los beneficios de esa ley.

²⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 24 de marzo de 2010, Exp. 33257, M.P.: Javier Zapata Ortiz.

²⁹⁰ De ahí que, en relación con los bienes y recursos objeto de medidas cautelares, el inciso tercero del artículo 15 del Decreto 4760 de 2005 prescriba que “...Los bienes sobre los que se adopten medidas cautelares quedarán de inmediato a disposición de Acción Social-Fondo para la Reparación de Víctimas el cual tendrá a cargo la administración de los mismos que será provisional hasta tanto se profiera la sentencia de extinción de dominio a su favor...”, y respecto de los bienes y recursos que son entregados por los miembros de los GAOML, establece el artículo 18 del Decreto 3391 de 2006: “...De conformidad con el artículo 55 de la Ley 975 de 2005, por intermedio del Fondo para la Reparación de las Víctimas, se pagarán las indemnizaciones establecidas mediante sentencia judicial por la Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial, a favor de las víctimas de las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al mismo...”. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto, Exp. 30442 de 3 de octubre de 2008, M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

En este punto es preciso distinguir la situación de (1) los bienes y recursos lícitos que son objeto de medidas cautelares y (2) los bienes y recursos lícitos que se entregan por parte los desmovilizados para dar cumplimiento a las acciones de reparación decretadas en la sentencia definitiva por parte de la SJPTSDJ. Ambas hipótesis se predicen dependiendo del tipo de desmovilización de que se trate²⁹¹, puesto que en la desmovilización individual el patrimonio lícito afectado será el del miembro del GAOML individualmente desmovilizado, a través de las medidas cautelares que se decreten por el Magistrado con funciones de Control de Garantías en una audiencia preliminar, o *motu proprio* por medio de la entrega que directamente aquel efectúe para dar cumplimiento a las acciones de reparación correspondientes; en la desmovilización colectiva se tienen en cuenta los patrimonios lícitos de todos los miembros desmovilizados colectivamente.

Tratándose de las medidas cautelares decretadas en el marco de la Ley 975 de 2005, la Corte Constitucional refiriéndose a aquellas que puede dictar el Magistrado de Control de Garantías en la audiencia preliminar²⁹² indicó:

*(...) si los beneficiarios de la ley deben responder con su propio patrimonio por los daños producidos, lo cierto es que no existe ninguna razón para impedir que las medidas cautelares puedan recaer sobre sus bienes lícitos. En efecto, esta prohibición lo que hace es disminuir la efectividad de la acción estatal encaminada al logro de la reparación integral de las víctimas*²⁹³.

En el pronunciamiento en cita la Corte admite que en el marco de la Ley 975 de 2005 pueden recaer medidas cautelares sobre el patrimonio lícito de los desmovilizados, cuestión que plantearía una primera inquietud que ya se abordó algunas líneas atrás, referida a si esas mismas medidas se extienden o no a los bienes que sean producto de la actividad ilegal del GAOML. Lo primero que debe recordarse es que para que los miembros del GAOML puedan acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005, deben declarar y entregar todos los bienes que sean producto de la actividad ilegal.

Sin perjuicio de lo anterior, que los bienes o recursos sean producto de la actividad ilegal es una cuestión que sólo tendrá que ser dirimida en la sentencia definitiva de la SJPTSDJ, cuando se deban hacer también las respectivas consideraciones en torno a

²⁹¹ Recuérdese que los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005 se refieren respectivamente a la desmovilización colectiva e individual.

²⁹² Artículos 13 y 18 de la Ley 975 de 2005.

²⁹³ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, Exp. D-6032, MM.PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

si aquellos pueden o no ser objeto de restitución directa a las víctimas que acrediten los derechos correspondientes, o si se encuentran reunidos los presupuestos de la institución de extinción de dominio, para con cargo a dichos bienes o recursos ordenar el pago pertinente²⁹⁴, razón por la cual, con anterioridad a la sentencia, el patrimonio del miembro del GAOML que no haya sido entregado al FRV se presume lícito²⁹⁵ y puede ser objeto de medidas cautelares²⁹⁶.

En punto de los bienes o recursos producto de la actividad ilegal y de la posibilidad de que éstos sean o no objeto de medidas cautelares, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

(...) un aspecto como el que a través de esta segunda instancia se debate, relacionado con la imposición de medidas cautelares que cobijen a los bienes ofrecidos para la reparación de las víctimas, es claro que está en estrecha vinculación con los derechos de las víctimas a obtener una reparación integral, especialmente en lo que toca con la restitución, a fin de que las cosas regresen a su estado original previo al de la violación, y al de recibir una indemnización que compense económicamente el daño causado. Lo anterior, porque sólo a través de la imposición de tales medidas sobre los bienes ofrecidos se logra el cometido de garantizar que salgan de la esfera de disponibilidad del desmovilizado, para lo cual no es suficiente, en sentido contrario a lo que señala el Procurador Judicial en su intervención, con entregarlos para su administración al Fondo para la Reparación de la Víctimas creado en el artículo 54 de la Ley 975, sobre lo cual más adelante se profundizará²⁹⁷ (negritas fuera de texto).

Ha advertido también la misma Corporación que

²⁹⁴ Establece el artículo 24 de la Ley 975 de 2005: “De acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria se fijarán la pena principal y las accesorias. Adicionalmente se incluirán la pena alternativa prevista en la presente ley, los compromisos de comportamiento por el término que disponga el Tribunal, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación...”.

²⁹⁵ Se reiteran en este punto las consideraciones en torno a los mecanismos de información coordinados entre las autoridades públicas competentes y los cuestionamientos que realicen las víctimas en relación con los bienes no declarados por los miembros de los GAOML.

²⁹⁶ Prescribe el inciso primero del artículo 15 del Decreto 4760 de 2005: “Una vez indicados los bienes ilícitos, la Fiscalía Delegada, en Audiencia Preliminar, solicitará la adopción de medidas cautelares sobre los mismos, las cuales serán adoptadas de manera inmediata por el magistrado que ejerza el control de garantías y comprenderán entre otras la suspensión del poder dispositivo, el embargo y el secuestro de los bienes, de dinero en depósito en el sistema financiero, de títulos valores, y de los rendimientos de los anteriores, lo mismo que la orden de no pagarlos cuando fuere imposible su aprehensión física...”.

²⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 23 de agosto de 2006, Exp. 28040, M.P.: María del Rosario González de Lemos.

como bien lo adujo la representante de las víctimas a cargo de la Defensoría Pública de Medellín el último inciso del artículo 15 del Decreto 4760 de 2005, las medidas cautelares proceden frente a los “bienes cuya titularidad real o aparente corresponda a los grupos organizados al margen de la ley”, tanto así que la Fiscalía no puede sustraerse a adelantar las investigaciones y cruces de información que sean conducentes para determinar su existencia, ubicación y estado. Al respecto, opera una presunción de veracidad frente a lo manifestado por el denunciante de los bienes, como lo establece el inciso tercero del referido artículo 513 del estatuto procesal civil, cuando señala que “simultáneamente con el mandamiento ejecutivo, el juez decretará, si fueren procedentes, los embargos y secuestros de los bienes que el ejecutante denuncie como de propiedad del ejecutado, bajo juramento que se entiende prestado con la prestación del escrito”.

En ese orden de ideas, entiende la Corte que, como única forma de salvaguardar los derechos de las víctimas a los que se ha aludido en precedencia, es necesario otorgar credibilidad a la manifestación unilateral del desmovilizado de resarcir el daño causado a las víctimas a través de esos bienes, sobre los cuales ejerce actos de dominio. Por lo mismo, no debe olvidarse que, en todo caso, estas medidas son de carácter provisional y, dado el caso, estarán a salvo los derechos de terceros de buena fe, para lo cual deberán acreditar algún derecho real sobre los bienes objeto de las medidas cautelares que aquí se decretan.

Esa naturaleza provisional de las medidas se diferencia claramente de la pretensión de restitución a expensa de las víctimas, cuyo carácter es definitivo, por lo que resulta atinado el siguiente criterio:

7. El “bien entregado” supone su licitud y saneamiento a cargo del victimario; el “bien restituido” supone la existencia de mejor título por parte de la víctima; y el bien ilícito no puede ser objeto de “entrega”, ni de “restitución”²⁹⁸ (negrillas fuera de texto).

²⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 23 de agosto de 2006, Exp. 28040, M.P.: María del Rosario González de Lemos. Dijo dicha Corporación que “De ese modo, no es dable pregonar la supuesta semejanza entre las dos figuras, máxime cuando la regulación especial de las medidas cautelares en la Ley 906 de 2004 no deja duda alguna en cuanto a que su decreto procede de manera concomitante o posterior a la formulación de la imputación, nunca con antelación, según se desprende expresamente del artículo 92, al señalar que: «El juez de control de garantías, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas podrá decretar sobre bienes del imputado o del acusado las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito».

”Esta disposición cobra gran importancia dadas las evidentes similitudes que exhibe la fase judicial del proceso instaurado con la Ley 975 y el acusatorio de la Ley 906 de 2004, además de que podría acudirse a la figura de complementariedad contemplada en el 62 del primer ordenamiento, según la cual «para lo no dispuesto en la presente ley se aplicará la Ley 782 y el Código de Procedimiento Penal».

En ese sentido, es claro entonces que aun cuando en el presente acápite hemos hecho referencia a las medidas cautelares que pueden recaer sobre el patrimonio lícito del miembro o GAOML desmovilizado, nada impide que esas mismas medidas se prediquen también respecto de los bienes o recursos entregados por éstos, que sean producto de la actividad ilegal. Ahora, que las medidas cautelares recaigan sobre ambos tipos de bienes o recursos (patrimonio lícito y bienes y recursos producto de la actividad ilegal)²⁹⁹, no significa que éstos correspondan al mismo rubro dentro de la conformación del FRV, ni mucho menos que el orden de afectación de los recursos provenientes de uno y otro rubro sea igual, conforme se explicará más adelante.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha hecho hincapié en que *“El decreto de las medidas cautelares sobre los bienes no se suple con la facultad de disposición otorgada legalmente al Fondo para la Reparación de las Víctimas”*, queriendo indicar que en aquellas hipótesis cuando el miembro o GAOML entrega al FRV bienes o recursos sin que se hayan decretado sobre éstos medidas cautelares, esa circunstancia, por supuesto que no puede significar que se releva a las autoridades competentes de la necesidad de decretar las medidas cautelares que correspondan. Es que la mera entrega de bienes o recursos y el hecho consecuente de que los mismos se encuentren en el FRV no asegura que aquéllos financien, al momento de la sentencia de la SJPTSDJ, el pago de las acciones de reparación judicialmente decretadas, puesto que diversas circunstancias pueden oponerse a dicho propósito. De ahí que se diga que las medidas cautelares tienen la entidad para asegurar los derechos de las víctimas y que se justifique lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que:

(...) para garantizar que los bienes cumplan con su objetivo de reparar el daño ocasionado a las víctimas las medidas cautelares permiten su exclusión del comercio o la suspensión de su disposición, lo cual es del resorte exclusivo y excluyente de los funcionarios judiciales, al cabo que el Fondo cumple una función básicamente de administración en procura del buen manejo de los recursos, despojada del carácter coactivo de las medidas cautelares³⁰⁰.

De igual manera, la misma Corporación advirtió en otra oportunidad que:

No tiene razón el recurrente al reclamar que las medidas cautelares se impongan después de haberse producido la entrega material del inmueble al Fondo de Reparación

²⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 24 de marzo de 2010, Exp. 33257, M.P.: Javier Zapata Ortiz.

³⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 3 de octubre de 2008, Exp. 30442, M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

de las Víctimas, porque el secuestro y embargo siempre son previos a cualquier acto que sobre bienes ejecute el Fondo. Ello es así porque solamente en la medida en que se tiene un título jurídico para disponer del bien, así sea provisionalmente y mientras se dicta sentencia, el Estado se blinda frente a demandas de responsabilidad patrimonial ejercitadas por terceras personas... con la entrega al Fondo de un bien inmueble se estaría produciendo materialmente el secuestro del mismo, siendo que lo procedente es que en primer lugar se decrete el embargo y luego se proceda al correspondiente registro³⁰¹ (negrillas fuera de texto).

En cuanto al régimen de las medidas cautelares en el contexto de la Ley 975 de 2005, los artículos 18 de la misma ley y 15 del Decreto 4760 de 2005 establecen reglas especiales relativas a la oportunidad y competencia para su decreto³⁰².

La Corte Suprema de Justicia, en relación con la oportunidad en que deben decretarse las medidas cautelares, indicó inicialmente que:

la imposición de medidas cautelares sobre bienes sólo es posible en el marco de la audiencia de formulación de la imputación o, cuando menos, luego de que tal acto ya se ha realizado, esto es, la determinación sobre bienes, de acuerdo con la estructura de la Ley 975, es ulterior al acto de de formulación de imputación, ya sea en

³⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 8 de septiembre de 2008, Exp. 30360, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Providencia reiterada por Auto de la misma Corporación y Sala de 31 de julio de 2009, Exp. 31539, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

³⁰² El segundo inciso del artículo 18 de la Ley 975 de 2007 prescribe que: *“En esta audiencia, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes para efectos de la reparación a las víctimas...”*. A su turno, el primer inciso del artículo 15 del Decreto 4760 de 2005 establece: *“Una vez indicados los bienes ilícitos, la Fiscalía Delegada, en Audiencia Preliminar, solicitará la adopción de medidas cautelares sobre los mismos, las cuales serán adoptadas de manera inmediata por el magistrado que ejerza el control de garantías...”*. En el mismo sentido el inciso primero del parágrafo 1 del mismo decreto estatuye: *“Tratándose de entrega de bienes [como consecuencia de la desmovilización colectiva o individual], tal situación se pondrá en conocimiento inmediato de la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se adopten las medidas cautelares del caso y se dejen a disposición del Fondo para la Reparación de las Víctimas, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto.”*

Parecería que las disposiciones transcritas limitarían las medidas cautelares a los bienes ilícitos o producto de la actividad ilegal, pero es necesario tener en cuenta que para el momento que fue expedido el Decreto aún no había sido proferida la Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional, en el que ésta indicó que no se encontraban prohibidas las medidas cautelares sobre el patrimonio lícito de los desmovilizados. De ahí que, luego de proferida dicha sentencia, el segundo inciso del artículo 9° del Decreto 3391 de 2006 haya prescrito: *“...el postulado... indicará la totalidad de los bienes de origen ilícito, los cuales deberán ser entregados para reparar a las víctimas, sin perjuicio de las medidas cautelares y de las obligaciones con cargo a su patrimonio lícito que proceden en virtud de la declaratoria judicial de responsabilidad a que haya lugar...”*

la misma audiencia preliminar o en una posterior (...) En lo que respecta al segundo planteamiento, secundado por el representante de la Fiscalía durante su intervención en la audiencia de argumentación oral, según el cual el artículo 15 del Decreto Reglamentario 4760 de 2005 al referirse a las medidas cautelares no las condiciona a un acto previo de formulación de imputación, es claro que, con esa postura, pierde de vista que la preceptiva simplemente desarrolla el procedimiento de medidas cautelares pero, sin oponerse a la estructura procesal prevista en el artículo 18 de la normativa reglamentada que, sin temor a equívocos, exige formulación de imputación previa a esa determinación, lo cual tampoco podía hacer, dado su carácter reglamentario respecto de la ley en cita³⁰³ (negrillas fuera de texto).

No obstante, con posterioridad la misma Corporación recogió la posición precedente, señalando que si bien en el artículo 18 de la Ley 975 de 2005 “...la imposición de medidas cautelares sobre los bienes ofrecidos por el desmovilizado presupone la imputación de los cargos objeto de averiguación por parte de la Fiscalía”, debe tenerse en cuenta que en el marco de los procesos de justicia y paz “...las medidas cautelares patrimoniales... tienen una finalidad bifronte, de un lado buscan asegurar la reparación de las víctimas como principio fundamental acorde con los estándares internacionales y de otra están ligadas a la eficacia del proceso mismo”, de ahí que

(...) las medidas cautelares que buscan poner fuera del comercio los bienes entregados por los desmovilizados que se someten al procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, a juicio de la Sala son procedentes aún en los eventos como el que ahora se examina donde no se ha formulado la imputación, porque afectando de esa manera los bienes ofertados se evita que el postulado o terceras personas en el futuro dispongan de ellos, cosa que no sucede si solamente se entregan los bienes para protección, administración y conservación al Fondo para la Reparación de las Víctimas, medida esta última que ciertamente no extrae del comercio los bienes ni suspende el poder de disposición de los titulares de la propiedad³⁰⁴ (negrillas fuera de texto).

Para la Corte Suprema de Justicia sostener otra posición contraria, además de ser excesivamente literal, pondría en peligro los derechos de las víctimas.

Haber hecho las distinciones anotadas llevó consecuentemente al Tribunal a preguntarse

³⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 23 de agosto de 2006, Exp. 28040, M.P.: María del Rosario González de Lemos.

³⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 3 de octubre de 2008, Exp. 30442, M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

(...) si las medidas cautelares que se decretan, antes de la imputación, respecto de los bienes voluntariamente ofrecidos por el desmovilizado en el curso de la versión libre para cumplir con la obligación de reparar a las víctimas en el exclusivo ámbito de Justicia y Paz, vulnera el debido proceso y por esa vía la presunción de inocencia o el derecho de defensa.

En ese punto, concluyó la Corte Suprema advirtiendo que la afectación de los bienes a través de las medidas cautelares

(...) puede llevarse a cabo antes de la audiencia de imputación, desde luego bajo dos condiciones: que el desmovilizado esté rindiendo la versión libre en la cual haya confesado delitos que a futuro puedan ser cobijados por la pena alternativa y además, que tales bienes hayan sido ofrecidos voluntariamente por el desmovilizado con miras a la reparación. Se precisa aquí que la solución se está planteando a nivel del ofrecimiento del desmovilizado, porque es éste el caso del que se ocupa la Sala, pero una fórmula similar de comportamiento procesal tendrá cabida frente a la denuncia de bienes que llegaren a ofrecer las víctimas, el Ministerio Público o la Fiscalía, dado que serán (en ese hipotético evento) semejantes las razones derecho que podrán ofrecerse, así como idéntico será el derecho a proteger. En efecto, no se viola el debido proceso cuando antes de la formulación de imputación se decreta el embargo y secuestro o la suspensión del poder dispositivo de los bienes entregados por el desmovilizado, si con ello se persigue precisamente garantizar la finalidad primordial del proceso: la reparación (...) resultará ajustada a derecho la decisión de un Magistrado de Control de Garantías cuando accede a decretar medidas cautelares respecto de unos bienes ofrecidos voluntariamente por el postulado a quien no se ha formulado la imputación, a fin de que con ellos se cumpla el fin primordial de la reparación, pues en tales circunstancias, la imputación que se echa de menos debe agotarse si es que el desmovilizado aspira a la pena alternativa³⁰⁵ (negritas fuera de texto).

Ese cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente a la oportunidad del decreto de las medidas cautelares fue expuesto por aquella, más adelante, al anotar que

(...) inicialmente se sostuvo que conforme al artículo 18 de la Ley de Justicia y Paz sólo era posible en el marco de la audiencia de formulación de la imputación o, cuando menos, luego de que tal acto ya se hubiese realizado... No obstante, aplicando un criterio de ponderación, precisó que constituye un error mayúsculo aceptar que las medidas

³⁰⁵ *Ibidem*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 3 de octubre de 2008, Exp. 30442, M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

cautelares sólo se pueden imponer cuando el desmovilizado culmine su versión libre y luego de que se efectúe el programa metodológico por parte de la Fiscalía para iniciar la investigación, porque con ello se abriría la posibilidad para que bienes afectables sean objeto de disposición o enajenación que complicarían la reparación... la Sala anunció la necesidad de ampliar el alcance de la jurisprudencia –contenida en el radicado 28040– en el sentido que la afectación de bienes puede llevarse a cabo antes de la audiencia de imputación bajo dos condiciones: (i) que el desmovilizado esté rindiendo la versión libre en la cual haya confesado delitos que a futuro puedan ser cobijados por la pena alternativa y (ii) que tales bienes hayan sido ofrecidos voluntariamente por el desmovilizado con miras a la reparación. Una fórmula similar de comportamiento procesal tendrá cabida frente a la denuncia de bienes que llegaren a ofrecer las víctimas, el Ministerio Público o la Fiscalía, dado que serán (en ese hipotético evento) semejantes las razones derecho que podrán ofrecerse, así como idéntico será el derecho a proteger³⁰⁶.

Tratándose del rubro correspondiente a los bienes o recursos lícitos que se entreguen al FRV por parte de los miembros del GAOML, para atender las reparaciones económicas decretadas mediante sentencia proferida por la SJPTSDJ, es preciso indicar que dichos bienes o recursos deben ser entregados una vez exista sentencia condenatoria en firme que ponga fin al procedimiento de la Ley 975 de 2005. El literal c) del numeral 1) del artículo 18 del Decreto 3391 de 2006 parece partir de la base según la cual pueden existir bienes del patrimonio lícito de los miembros del GAOML que no habiendo sido afectados con medidas cautelares, serán entregados voluntariamente por esos miembros.

De acuerdo con la estructura del FRV, lo que se pretende es que en el marco del procedimiento de la Ley 975 de 2005³⁰⁷ sea el Fondo y no los miembros del GAOML, quien tenga contacto directo con las víctimas para efecto de las liquidaciones y pagos que se realicen en orden a atender el cumplimiento de las medidas de reparación decretadas en la sentencia. De esa manera el Fondo, en cuanto a la reparación atañe, se convierte en un intermediario entre los desmovilizados declarados penal y civilmente responsables y las víctimas acreditadas. Esa parecería ser la razón para que el Decreto 3391 de 2006

³⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 31 de julio de 2009, Exp. 31539, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

³⁰⁷ No debe olvidarse que pueden haberse presentado actos de reparación con anterioridad al inicio del procedimiento de la Ley 975 de 2005, puesto que según lo señalan el inciso primero del párrafo 1 del artículo 17 del Decreto 3391 de 2006, *“Además de los bienes entregados de conformidad con el párrafo 1° del artículo 5° del presente decreto, también serán tenidos en cuenta como parte de la reparación al momento de proferir la sentencia respectiva, los actos preprocesales de restitución de bienes directamente a las víctimas y los de bienes ilícitos con destino a la reparación de las víctimas, que hayan sido entregados al Fondo para la Reparación de Víctimas con anterioridad a la diligencia de versión libre o a la audiencia de formulación de imputación”*.

incluyera como uno de los rubros integrantes del Fondo, los bienes y recursos que en cumplimiento de la sentencia respectiva debieran entregar dichos miembros.

3.7 Bienes vinculados a investigaciones penales y acciones de extinción del derecho de dominio en curso al momento de la desmovilización siempre que la conducta se haya realizado con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley y con anterioridad a la vigencia de la Ley 975 de 2005

Tratándose de los bienes vinculados a investigaciones penales en curso es preciso advertir que es perfectamente factible que de manera simultánea, respecto de los desmovilizados, puedan estar adelantándose procesos penales por las autoridades judiciales competentes, en los que se investigue la comisión de delitos que cumplan con las condiciones de haber sido realizados “con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley y con anterioridad a la vigencia de la Ley 975 de 2005”³⁰⁸. Dicho condicionamiento, predicable de las investigaciones penales en curso, respecto de las que los bienes a éstas vinculados integrarían otro de los rubros del FRV, va de la mano con la posibilidad que existe de acumular al procedimiento de la Ley 975 de 2005, procesos sometidos al conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria, que se encuentran en curso, por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un GAOML³⁰⁹.

En este punto la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

En relación con los hechos que pueden ser objeto del tratamiento especial consagrado en Ley 975 de 2005, se han identificado... los que están siendo investigados por otra jurisdicción, que se acumulan a este trámite especial, de conformidad con los artículos 20 y 22 de la Ley, y 11 del Decreto 3391 de 2006. En este evento, una vez se imponga medida de aseguramiento por el Magistrado de control de garantías, se suspende el proceso ordinario, se incluyen en la formulación de cargos y, finalmente, una vez se acepte el escrito de acusación por la Sala de conocimiento, se acumulan al diligenciamiento propio de la justicia transicional. Agregó en la misma providencia

³⁰⁸ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 13 de mayo de 2010, Exp. 33610, M.P.: Alfredo Gómez Quintero, en el que la Corte aplica el artículo 26 del Decreto 4760 de 2005 y acepta que para los delitos permanentes la vigencia de la Ley 975 se puede prolongar más allá del 25 de julio de 2005. La vigencia de la ley para esta clase de delitos puede ir hasta el momento de la desmovilización individual o colectiva.

³⁰⁹ El inciso primero del artículo 20 de la Ley 975 de 2005 establece que: “Para los efectos procesales de la presente ley, se acumularán los procesos que se hallen en curso por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado organizado al margen de la ley...”.

que “...la acumulación de procesos... tiene lugar una vez declarada la legalidad de la aceptación de los cargos por la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial, y que esa figura es distinta a la de la suspensión de los procesos que estén a cargo de otras autoridades, por conductas cometidas por el imputado durante o con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal. En concreto, la suspensión es una medida de carácter provisional que compete al magistrado de control de garantías y tiene como objeto permitir a la fiscalía ahondar sobre ese vínculo a fin de poder imputarlas en la audiencia de formulación y aceptación de cargos –si no han sido admitidas por el desmovilizado en la versión libre–. La acumulación, en cambio, es definitiva y compete al funcionario de conocimiento”³¹⁰.

Ahora bien, no existe claridad en cuanto a qué alcance tiene la expresión “vinculados”, si la misma se refiere al hecho de que en los procesos penales que se acumulan existen bienes sobre los cuales han sido decretadas medidas cautelares³¹¹, o a bienes del desmovilizado investigado que han sido referenciados durante la investigación, etc. En estricto sentido, debería tratarse de lo primero puesto que, en tal caso, los bienes tendrían una especie de “vinculación” al proceso, y como consecuencia de la acumulación podrían integrarse al FRV junto con los bienes que dentro del procedimiento de la Ley 975 de 2005 han sido también objeto de medidas cautelares (específicamente los bienes y recursos que hacen parte del rubro precedente).

En lo que toca con la acción de extinción de dominio, la norma reglamentaria parecería partir de la base de que, en el marco de dicha acción, es posible determinar que “*la conducta se haya realizado con ocasión de su pertenencia* (la del desmovilizado respecto del cual se ejerce la acción de extinción) *al grupo organizado al margen de la ley y con anterioridad a la vigencia de la Ley 975 de 2005*. La Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad de la Ley 793 de 2002, hizo hincapié en los caracteres directo y autónomo, entre otros, de la acción de extinción de dominio respecto de la comisión de delitos, señalando que

De ello se infiere que la pretensión del constituyente no fue la de circunscribir la extinción de dominio a la comisión de delitos, ni mucho menos restringir la aplicación

³¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 31 de julio de 2009, Exp. 31539, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

³¹¹ Sin perjuicio de la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios, las disposiciones penales que se refieren a las medidas cautelares respecto del imputado o acusado están contenidas, de una parte, en los artículos 60 y siguientes de la Ley 600 de 2000, y en relación con el tercero civilmente responsable por el artículo 72 de la misma ley. De otro lado, en los artículos 92 y siguientes de la Ley 906 de 2004. A lo anterior hay que agregar las normas del Código de Procedimiento Civil para cuestiones como el perfeccionamiento de dichas medidas, entre otros.

del régimen consagrado en la legislación penal. Lo que hizo fue consagrar un mecanismo constitucional que conduce a desvirtuar legitimidad de los bienes, indistintamente de que la ilegitimidad del título sea o no penalmente relevante. Desde luego, es el legislador el habilitado para desarrollar las causales de extinción de dominio de manera compatible con las necesidades de cada época. En tal contexto, si bien hasta este momento ha supeditado tal desarrollo a la comisión de comportamientos tipificados como conductas punibles, indistintamente de que por ellos haya o no lugar a una declaratoria de responsabilidad penal, es claro que ello no agota las posibilidades de adecuación de nuevas causales, desde luego, siempre que no se desconozcan los límites constitucionales...Es una acción autónoma e independiente tanto del ius puniendi del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público.

Es una acción directa porque su procedencia está supeditada únicamente a la demostración de uno de los supuestos consagrados por el constituyente: enriquecimiento ilícito, perjuicio del Tesoro Público o grave deterioro de la moral social. (...) la improcedencia de la prejudicialidad en materia de extinción de dominio es consecuente con la autonomía e independencia de esa acción³¹² (negrillas fuera de texto).

Si bien es conveniente, para el FRV, encontrarse financiado con la mayor cantidad de recursos posible, en este caso los bienes de los desmovilizados respecto de los cuales se encuentran en curso acciones de extinción de dominio, la aportación de dichos bienes al Fondo no debería ser consecuencia de un análisis centrado en la conducta punible de esos desmovilizados, máxime cuando la Corte Constitucional ha sido clara en desligar la ilegitimidad del título de un bien respecto de la conducta punible eventualmente involucrada. Distinto sería, cuestión que no lo establecen los decretos reglamentarios de la Ley 975 de 2005, que luego de extinguidos los bienes de los desmovilizados, la entidad que en el marco de la Ley 793 de 2002 administra los bienes y recursos objeto de la extinción, tuviera la obligación legal de entregarlos al FRV³¹³, como sucedía por

³¹² Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 28 de agosto de 2003, Exp. D-4449, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

³¹³ El párrafo del artículo 12 de la Ley 793 de 2002 establece: “El Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Dirección Nacional de Estupefacientes, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

ejemplo en tratándose de los predios rurales objeto de extinción de dominio por virtud la Ley 1152 de 2007³¹⁴.

Téngase también presente que, a diferencia de las investigaciones penales, respecto de la acción de extinción de dominio no existe una norma expresa en el procedimiento de la Ley 975 de 2005, que permita acumular aquélla a éste. Se hace esta advertencia puesto que tratándose del rubro que se estudia en el presente acápite, si bien estructuralmente la Ley 975 de 2005 sí permite expresamente que las investigaciones penales, en curso al momento de la desmovilización, en contra del miembro del GAOML, por las conductas realizadas con ocasión de su pertenencia a éste y que sean anteriores a la vigencia de dicha ley, sean acumuladas al procedimiento de justicia y paz, no sucede lo mismo con las acciones de extinción de dominio, razón por la cual si no existe una norma que permita la acumulación de estas acciones a dicho procedimiento, incluir los bienes objeto de las acciones de extinción de dominio en curso podría no tener una justificación suficiente.

En efecto, si bien respecto de los bienes vinculados a las investigaciones penales y las acciones de extinción de dominio en curso, bajo ciertos presupuestos, se establece que pasarán a formar parte del FRV, ello por obvias razones redundante favorablemente en la financiación del Fondo y en la consecuente mayor posibilidad que tendrán las víctimas de ser reparadas. No obstante, el efecto de trasladar dichos bienes vinculados a investigaciones penales y acciones de extinción de dominio al FRV tendría que ir en conexión estrecha con la acumulación de aquéllas al procedimiento de la Ley 975 de 2005, de forma tal que la SJPTSDJ (que juzgará no sólo los hechos investigados *ab initio* en el marco del procedimiento de justicia y paz sino también los hechos de investigaciones penales acumuladas a ese procedimiento) pueda ordenar en la sentencia el pago de las acciones de reparación decretadas con cargo a los bienes y recursos del FRV (que pueden tener origen no sólo en las entregas, investigaciones y demás actuaciones realizadas al interior del marco del procedimiento de la Ley 975 de 2005, sino también en la vinculación que tengan los bienes a investigaciones penales acumuladas a ese procedimiento). Una y otra cosa deberían guardar entonces una necesaria relación, porque de lo que se trata es que los recursos y bienes que integran el FRV financien **exclusivamente** el cumplimiento de las acciones de reparación decretadas en la sentencia de la SJPTSD, y si no existe la norma que permita la acumulación para el caso de las acciones de extinción de dominio en curso, la SJPTSD no tendría competencia para hacer declaraciones en relación con

“Los bienes y recursos objeto de extinción de dominio ingresarán al Fondo para la Rehabilitación, Inversión, Social y lucha contra el Crimen Organizado y serán asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes, para fines de inversión social, seguridad y lucha contra la delincuencia organizada”.

³¹⁴ Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER, y se dictan otras disposiciones.

los bienes vinculados a dichas acciones, precisamente porque respecto de éstos, el único competente sería el juez penal de conocimiento a que se refiere la Ley 793 de 2002.

El tema entonces debería guardar una mayor consonancia normativa en materia de las acciones de extinción de dominio, y lo deseable habría sido que si existe una norma –reglamentaria– que establece la posibilidad que los bienes vinculados a las acciones de extinción de dominio en curso, bajo ciertos presupuestos, pasan a formar parte del FRV, también existiera una norma –esta vez de rango legal– que hiciera lo propio frente a la posibilidad de que dichas acciones sean acumuladas al procedimiento que se tramita en el marco de la Ley 975 de 2005. Discutible resulta si un decreto reglamentario puede o no entrar a determinar la acumulación de las acciones de extinción de dominio puesto que, tal y como sucede con la acumulación de investigaciones penales, el tema sería propio de la regulación de una ley. No obstante, lo que sí podría ensayarse es un decreto reglamentario en el marco de la Ley 793 de 2002, para que una vez declarada la extinción de dominio por el funcionario competente, dichos bienes sean trasladados al FRV.

3.8 Recursos asignados en el Presupuesto General de la Nación

Se trata de los recursos que para el FRV anualmente se autorizan en la Ley de Apropiaciones respecto de Acción Social, todo de conformidad con el artículo 346 de la Constitución Política³¹⁵. Así, por ejemplo, de conformidad con la Ley 1260 de 2008³¹⁶ y el Decreto 4841 de 2008³¹⁷, dentro de los gastos de funcionamiento de dicho establecimiento público fueron apropiados para el FRV \$54.340.000.000.

3.9 Donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras

Toda ayuda en dinero o en especie se traducirá en la suscripción de un contrato o convenio de donación, cuyo régimen variará dependiendo del tipo de entidad donante y en algunos casos del porcentaje de la donación.

³¹⁵ El artículo 346 de la Constitución Política establece: “El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones que deberá corresponder al plan nacional de desarrollo y lo presentará al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura.

”En la ley de apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo”.

³¹⁶ Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2009.

³¹⁷ Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2009, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos.

En este punto es importante señalar que dado que, según el primer inciso del artículo 54 de la Ley 975 de 2005 los recursos del FRV se ejecutan conforme a las reglas del derecho privado, es posible que los reglamentos o normas que gobiernan el funcionamiento de algunas entidades extranjeras –tales como organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros, etc.– condicionen la donación a la verificación de requisitos especiales y casuísticos para la afectación de los recursos donados en relación con el cumplimiento de las medidas de reparación que se decreten en la sentencia, razón por la cual Acción Social como entidad liquidadora y pagadora, deberá atender esos lineamientos.

3.10 Todos los frutos y rendimientos de los bienes provenientes de la administración de los mismos por parte del Estado

No obstante que el artículo 18 del Decreto 3391 de 2006 no se refirió a este rubro específico, el artículo 7° del Acuerdo 018 de 2006³¹⁸ sí lo incluyó como tal. En este punto adquiere particular relevancia una anotación que ya se hizo en este texto, referida a que la circunstancia de que un bien o recurso se encuentre integrando el FRV no significa ineludiblemente que el Estado ostente derecho o titularidad alguna sobre el mismo.

Así, por ejemplo, nada justificaría que, respecto de bienes que se administren por el FRV y que puedan ser objeto de restitución a sus legítimos propietarios, el Estado decida reservar sin más y para sí mismo los frutos y rendimientos producidos por un bien específico mientras estuvo bajo su administración. Otra cosa es que el Estado con cargo a los recursos del Fondo pueda asumir los gastos que demande su función de administración, cuestión que sí se encuentra autorizada por la ley³¹⁹. Ejemplo de gastos de administración pueden ser los mencionados por algunas de las disposiciones reglamentarias, como los gastos de notificación³²⁰.

³¹⁸ Por el cual se adopta el Reglamento Interno del Fondo para la Reparación de las Víctimas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Decreto 4760 de 2005.

³¹⁹ Establece el parágrafo 2 del artículo 13 de la Ley 1151 de 2007, que adicionó el artículo 54 de la Ley 975 de 2005: *“La Dirección Nacional de Estupefacientes, con cargo a los recursos del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha Contra el Crimen Organizado, Frisco, y la Agencia presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional-Acción Social, con cargo a los recursos del Fondo para la Reparación de las Víctimas, podrán efectuar los gastos que sean necesarios para la protección, administración, conservación y mantenimiento de los bienes a su cargo”*. A su turno, el inciso cuarto del artículo 17 del Decreto 3391 de 2006 prescribe que *“...Los gastos necesarios para la administración de los bienes y recursos del Fondo y para su adecuado aunamiento serán sufragados con cargo a los rendimientos financieros de los bienes y recursos que conformen su patrimonio, y en los eventos en que no sean suficientes, podrá atenderlos con cargo al rubro de Presupuesto General de la Nación”*.

³²⁰ El inciso tercero del artículo 8° del Decreto 3391 de 2006 prescribe que *“...Los gastos que generen los edictos emplazatorios y los demás gastos de notificación, se harán con cargo a los recursos del Fondo para la Reparación de las Víctimas...”*

3.11 Los demás recursos que se le asignen a cualquier título

También se trata de un rubro establecido en el artículo 7° del Acuerdo 018 de 2006 y no en el artículo 18 del Decreto 3391 de 2006; ejemplos específicos de bienes que son objeto de dicho rubro son, por ejemplo, los predios rurales cuyo dominio ha sido extinguido y que dependiendo de la configuración de ciertos requisitos se destinan al FRV hasta el momento en que la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación (*en adelante CNRR*) lo determine.

Los incisos pertinentes del artículo 133 de la Ley 1152 de 2007 establecen, dentro de ese contexto:

Desde el momento en que queden a su disposición los bienes rurales que en desarrollo de la acción de extinción judicial del dominio regulada en la Ley 793 de 2002, sean incorporados a su inventario de manera definitiva, la Dirección Nacional de Estupefacientes procederá a dar aviso inmediato a la Unidad Nacional de Tierras Rurales para que emita su concepto sobre la caracterizada vocación a la producción agropecuaria, forestal o pesquera de los inmuebles respectivos o de otra utilización productiva, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del aviso. La Unidad Nacional de Tierras destinará prioritariamente dichos bienes al Fondo Nacional [sic] de Reparación de Víctimas creado en la Ley 975 de 2006 para efectos del Programa Nacional de Reparación...

Parágrafo. Cuando la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación certifique que ha cesado la necesidad de abastecer el Fondo de Reparación de Víctimas, los inmuebles de que trata este artículo serán trasladados directamente al Incoder.

3.12 El orden de afectación de los rubros del FRV

La pluralidad de fuente de financiación (discriminadas a través de rubros) de los pagos que demande el cumplimiento de las acciones de reparación decretadas en la sentencia, conforme al mismo artículo 18 del Decreto 3391 de 2006, opera bajo un esquema escalonado de afectación, según el cual:

(...) los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores. Antes de acudir a recursos del estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos. El Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no

cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización al que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes³²¹ (negritas fuera de texto).

No obstante la claridad anterior, el artículo 18 del Decreto 3391 de 2006 plantea respecto de la primera fuente que integra el FRV, un manejo diferenciado. En efecto, dependiendo de si la desmovilización es colectiva o individual, los rubros que se afectan antes de acudir a los recursos del Estado, son distintos.

Gráfico No. 1



³²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, Exp. D-6032, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

En el caso de la desmovilización colectiva, a diferencia de la desmovilización individual, la norma reglamentaria establece una mayor garantía en la financiación del pago que implique el cumplimiento de las acciones de reparación decretadas en la sentencia, puesto que la misma estará respaldada por todos los bienes y recursos entregados a cualquier título por el GAOML³²².

Bajo dicho esquema y sin perjuicio de que el tema sea tratado con detalle en otros acápite, es importante recordar que, respecto del autor del hecho dañino, se predica una responsabilidad penal y civil, y en relación con los demás miembros desmovilizados colectivamente, la responsabilidad civil solidaria. La misma suerte se predica, conforme lo ha manifestado la Corte Constitucional, cuando el daño no obstante ser anónimo, puede ser atribuible al GAOML desmovilizado colectivamente³²³.

Posteriormente, para ambos tipos de desmovilización, cuando los recursos correspondientes resultaran insuficientes, de forma residual “...*los recursos asignados del Presupuesto General de la Nación se destinarán... a dar una cobertura a los derechos de las víctimas*”.

No obstante, el numeral quinto del artículo 18 del Decreto 3391 de 2006 sugiere que dicha cobertura se predique en especial

a través de la realización de otras acciones de reparación no decretadas judicialmente, orientadas a reconocer y dignificar a las víctimas de las zonas más afectadas por la violencia de los grupos armados organizados al margen de la ley, sin que ello implique la asunción de responsabilidad subsidiaria por parte del Estado.

Hay que indicar también que la participación del Estado no sólo se limita al cumplimiento de las medidas decretadas mediante sentencia judicial orientadas a la

³²² De conformidad con el parágrafo del artículo 14 del Decreto 3391 de 2006, “...*Para los efectos previstos en el numeral 10.2 del artículo 10 de la Ley 975 de 2005, la entrega de bienes de origen ilícito realizada por el miembro representante o cualquiera de los desmovilizados que pertenecían al grupo organizado al margen de la ley desmovilizado, se entenderá efectuada en nombre del respectivo grupo*”.

³²³ No sobra reiterar que “...*si bien es cierto que el pago de la indemnización puede ser asumido por el Fondo de Reparación de las Víctimas en aquellos casos en los que no se individualice al autor material de las conductas delictivas causantes del agravio, circunstancia invocada por la apoderada de los demandantes, la verdad es que en tales situaciones también es imprescindible, además de acreditar el daño, probar su nexo causal con la actividad de un grupo armado al margen de la ley que tenga la condición de desmovilizado, esto es, beneficiario de la Ley 975 de 2005, circunstancias que como ya se precisó no tienen lugar dentro de este expediente...*”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 12 de marzo de 2009, Exp. 31320, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez. En el mismo sentido. Auto de 11 de diciembre de 2007, Exp. 28769, M.P.: María del Rosario González de Lemos.

reparación de las víctimas, caso en el cual son de recibo las consideraciones previas en torno a la composición y orden de afectación de los rubros del FRV, sino que también se extiende a la concesión, vía administrativa, de medidas de reparación individuales a favor de las víctimas, de acuerdo con los términos del Decreto 1290 de 2008³²⁴.

En este último caso el valor de la reparación individual que se reconoce vía administrativa, si el mismo es susceptible de valoración económica, debe ser deducido del valor que judicialmente se decreta en la sentencia de la SJPTSDJ, cuando el orden de afectación de los rubros alcance los recursos del Estado³²⁵.

Es importante finalmente tener presente, en cuanto al orden de afectación de los rubros constitutivos del FRV, que conforme lo ha indicado la Corte Constitucional, las indemnizaciones judicialmente decretadas constituyen derechos ciertos³²⁶ respecto de las víctimas, frente a quienes no es de recibo que se arguyan limitaciones presupuestales para justificar la imposibilidad de pago³²⁷.

³²⁴ Establece el artículo 1° del Decreto 1290 de 2008: “*Créase un Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley, el cual estará a cargo de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional-Acción Social. Este programa tiene por objeto conceder un conjunto de medidas de reparaciones individuales a favor de las personas que con anterioridad a la expedición del presente decreto hubieren sufrido violación en sus derechos fundamentales por acción de los grupos armados organizados al margen de la ley a los que se refiere el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 975 de 2005*”.

³²⁵ El artículo 12 del Decreto 1290 de 2008 indica que: “*En caso que el Estado ingrese en la secuencia de reparación en un papel subsidiario o residual para dar cobertura a los derechos de las víctimas, el Fondo para la Reparación de las Víctimas deducirá del valor decretado judicialmente, llevado a su valor actual, la reparación que hubiere otorgado en virtud del presente programa y que fuere susceptible de valoración económica*”.

³²⁶ En la Sentencia C-370 de 2006 sostuvo la Corte Constitucional que: “*Una vez se haya llegado a una decisión judicial sobre el monto de la indemnización a decretar para reparar los daños sufridos por las víctimas, ésta genera un derecho cierto que no puede ser modificado posteriormente por la Red de Solidaridad Social, en su función de liquidador y pagador de dichas indemnizaciones*”.

³²⁷ En relación con el primer inciso del artículo 44 de la Ley 975 de 2005 que establece que “*La rehabilitación deberá incluir la atención médica y psicológica para las víctimas o sus parientes en primer grado de consanguinidad de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de Víctimas*”, la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006 indicó que el contenido del mismo “*...no constituye una limitación del alcance de la rehabilitación en casos concretos, sino una disposición de tipo general destinada a armonizar la noción de víctima consagrada en el artículo 47 con el alcance del presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas; de tal manera, al momento de establecer el referido presupuesto, las autoridades competentes han de tener en cuenta necesariamente el alcance de la presunción plasmada en el artículo 47 de la Ley 975/05 sobre quiénes tienen la condición de víctima y, por ende, prima facie pueden acceder al derecho a la rehabilitación... Lo anterior no excluye que otras víctimas de grupos armados al margen de la ley, como pueden ser en algunos eventos los desplazados de ciertas zonas del país, puedan invocar y demostrar su condición de tales para efectos de exigir rehabilitación, de ser ella pertinente en el caso concreto*”.

3.13 Naturaleza del FRV y la naturaleza de los bienes y recursos que lo integran

Preciso resulta distinguir que una cosa es la naturaleza del FRV y otra la naturaleza de los bienes y recursos que, constituidos a través de los distintos tipos de rubros explicados, integran aquél. En el primer caso hacemos referencia a qué clase de entidad, organismo u otro es el FRV dentro de la estructura de la administración pública, mientras que en el segundo nos centramos en determinar la naturaleza pública o privada de sus recursos integrantes. Valga anotar desde ya que la naturaleza del FRV no influye en la naturaleza de todos los bienes y recursos constitutivos del mismo.

En cuanto a la naturaleza del FRV, éste fue creado por el artículo 54 de la Ley 975 de 2005 *“como una cuenta especial sin personería jurídica”*, a su turno el artículo 17 del Decreto 4760 de 2005 agregó que dicha cuenta está *“adscrita a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional-Acción Social que funcionará con su estructura y será administrada por el Alto Consejero Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, quien será el ordenador del gasto...”*

En relación con los Fondos Especiales, con o sin personería jurídica, a que se refiere nuestro ordenamiento jurídico no existen reglas generales en relación con su regulación, razón por la cual el análisis de cada fondo tendrá que hacerse teniendo en cuenta la ley que lo crea y el decreto que lo reglamente. Por ello, en el presente caso pueden hacerse algunas consideraciones en torno a las normas que regulan y reglamentan el FRV, específicamente el artículo 54 de la Ley 975 de 2007 y el artículo 17 del Decreto 4760 de 2005.

Que el FRV no tenga personería jurídica implica que el Fondo, pese a que pueda contar con una estructura o planta, no le es jurídicamente dable, por sí mismo, ser sujeto de derechos y obligaciones, de ahí que el artículo 17 del Decreto 4760 de 2005 lo haya adscrito a Acción Social, establecimiento éste que administra el Fondo y que es responsable por el manejo y destino de los recursos que lo integran.

Que el FRV sea una cuenta especial no tiene relación alguna con que el Fondo esté o no catalogado como un organismo o entidad a las que se refiere el artículo 39 de la Ley 489 de 1998³²⁸, de hecho los análisis que caben en torno a las cuentas especiales no tiene

³²⁸ En relación con la Integración de la Administración Pública, establece el artículo 39 de la Ley 489 de 1998 que *“La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.”*

lugar en el terreno de la estructura del Estado sino en el del manejo del Presupuesto General de la Nación³²⁹.

En ese sentido, en relación con los Fondos especiales y sin personería jurídica, señala el artículo 27 de la Ley 225 de 1995, compilado en el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto mediante el Decreto 111 de 1996, que “*Constituyen fondos especiales en el orden nacional, los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador*”.

La Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad del artículo transcrito, indicó:

Como se aprecia, de acuerdo con el Estatuto Orgánico del Presupuesto los fondos especiales no son contribuciones parafiscales ni ingresos corrientes en cuanto corresponden a una categoría propia en la clasificación de las rentas estatales.

12. Así mismo, los fondos especiales constituyen una de las excepciones al principio de unidad de caja, principio definido de la siguiente manera en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996: “Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación”. Entonces, si los fondos especiales constituyen una excepción al principio de unidad de caja, su determinación y recaudo se efectuará de acuerdo con las decisiones que para cada caso adopte el legislador.

13. La norma demandada, artículo 30 del Decreto 111 de 1996, se refiere a dos de las modalidades de fondos especiales, aunque no especifica en ninguna de ellas el tipo de ingresos que las constituyen: 1) los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, y 2) los ingresos pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador.

”La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

”Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley (...).”

³²⁹ Establece el literal a) artículo 11 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, compilado por el Decreto 111 de 1996, que: “*El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes: a) El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional (...).*”

El artículo demandado no crea, menciona ni afecta algún impuesto en particular sino que se limita a señalar genéricamente qué es lo que constituye un fondo especial, sin especificar la naturaleza de tales ingresos. En este orden de ideas, el artículo 30 del Decreto 111 de 1996 no consagra ni afecta renta tributaria alguna, circunstancia que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, excluye la posibilidad de vulneración del artículo 359 de la Carta Política en cuanto una norma legal no incurre en la prohibición de rentas nacionales de destinación específica si no contiene ella una renta determinada, de carácter tributario... Con todo, se precisa que la declaratoria de constitucionalidad del artículo 30 del Decreto 111 de 1996 no faculta al legislador ordinario, cuando defina los ingresos de los fondos especiales, para afectar cualquier tipo de rentas, por cuanto el desarrollo legislativo de esta norma orgánica del presupuesto está naturalmente subordinada a los preceptos constitucionales³³⁰ (negritas fuera del texto).

A su turno, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha indicado que:

El artículo 11 del Decreto 111 de 1996 incluye como componente del presupuesto general de la Nación, en el presupuesto de rentas, los fondos especiales, y el 37 de la Ley 42 de 1993 dispone que el presupuesto general del sector público está conformado por la consolidación de los Presupuestos General de la Nación y de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, de los particulares o entidades que manejen fondos de la Nación, pero sólo con relación a dichos fondos y de los fondos sin personería jurídica denominados especiales o cuenta creados por la ley o con autorización de ésta. Los fondos especiales y los sin personería jurídica se administran en la forma que establezca la disposición legal que los crea. Dichos fondos, de manera general, no son un patrimonio autónomo del organismo o entidad pública al cual están adscritos, por cuanto son una cuenta de aquel o aquella instituida para cumplir el objetivo específico al cual se destinan los recursos que ingresen al fondo respectivo; en forma excepcional pueden llegar a constituir patrimonios autónomos³³¹ (negritas fuera del texto).

En otra oportunidad la Sección Primera del Consejo de Estado había señalado:

El propio Estatuto Orgánico del Presupuesto, a través de las normas citadas, otorga un tratamiento a las contribuciones parafiscales diferente al dado a los fondos especiales, pues mientras las primeras son definidas como gravámenes que afectan a un determinado grupo y que se utilizan para beneficio del mismo, los segundos están representados por ingresos que se afectan a la prestación de un servicio público específico, así como por

³³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-009 de 23 de enero de 2002, Exp. D-3594, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

³³¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta, Concepto de 23 de mayo de 2002, Exp. 1423, C.P.: César Hoyos Salazar.

los fondos sin personería jurídica, sin que juegue en estos casos la idea de gravamen de un determinado sector y del beneficio correlativo para el mismo. Se trata, entonces, de dos conceptos diferentes, que no pueden, como lo hace el demandante, asimilarse, para efectos de sustraer los ingresos pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador del control de las autoridades presupuestales, lo que sí acaece en el evento de las contribuciones parafiscales, cuyo ingreso al Presupuesto es formal, pues el tratamiento jurídico que le otorga el Estatuto se caracteriza precisamente por un fuerte grado de autonomía en su control y manejo³³² (negrillas fuera del texto).

Revisados los pronunciamientos jurisprudenciales, es claro que desde el punto de vista presupuestal el FRV es un Fondo sin personería jurídica creado por la Ley 975 de 2005, cuyos ingresos (fuentes) que lo conforman fueron definidos por la misma ley para la prestación de un servicio público y cuya naturaleza no es la de un impuesto. El hecho de que se trate de un Fondo-cuenta (cuenta especial) no implica otra cosa que el manejo presupuestal separado que debe procurar Acción Social en la ejecución de una parte de sus propios recursos, y de otro lado de los bienes y recursos de la cuenta especial FRV. Dicho de otra manera, los recursos del Presupuesto General de la Nación que le sean asignados a Acción Social en cada vigencia presupuestal, no tienen unidad de caja con los recursos del FRV, por lo que a aquélla no le es jurídicamente dable atender sus propios gastos de inversión y funcionamiento con recursos del Fondo, máxime cuando estos recursos tienen una destinación específica: la reparación de las víctimas.

En cuanto toca con la naturaleza de los bienes y recursos constitutivos del FRV, lo primero que debe advertirse es que de los bienes y recursos que con cargo a dicho Fondo se utilicen para atender los pagos que demande el cumplimiento de la sentencia judicial ejecutoriada, proferida por la SJPTSD, son sólo recursos públicos aquellos que sean de la Nación. Recuérdese que no todos los bienes y recursos constitutivos del FRV, organizados a través de rubros, le pertenecen a la Nación, de hecho algunos corresponden al patrimonio lícito del miembro del GAOML, otros son producto de su actividad ilegal, otros pertenecen a terceros, etc.

Serán recursos públicos no sólo aquellos que provengan del Presupuesto General de la Nación y de las donaciones que se hagan al Gobierno, en dinero o en especie, nacionales o extranjeras, sino también aquellos bienes y recursos (provengan del patrimonio lícito del miembro al GAOML o que sean producto de su actividad ilegal) respecto de los cuales se haya declarado la extinción de dominio a favor de la Nación. En el primer caso, naturalmente, los recursos son públicos porque provienen de los ingresos de la

³³² Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 16 de septiembre de 1999, Exp. 5155, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola.

Nación³³³, y en el segundo, porque pese a que puede suceder que los bienes y recursos pertenezcan lícitamente al miembro del GAOML o que sean producto de su actividad ilegal (sin que el ordenamiento jurídico en tal caso proteja su derecho de propiedad), por virtud de uno de los efectos de la sentencia de la SJPTSD –consagrado en el artículo 24 de la Ley 975 de 2005–, se extingue cualquier derecho de dominio existente sobre los mismos y surge un nuevo derecho de dominio a favor de la Nación.

Lo anterior excluye por supuesto los bienes y recursos que no sean de la Nación, aun cuando los mismos se encuentren en el FRV, o aun cuando el Fondo los administre, o aun cuando sobre aquéllos se hayan dictado medidas cautelares sin que se haya extinguido su dominio. En estos casos los recursos no son públicos, sino privados, lo cual no significa que la SJPTSDJ no pueda acceder a los mismos para atender el cumplimiento de las medidas de reparación decretadas en la sentencia. En esta hipótesis, desde luego, formalmente el FRV realizará los pagos correspondientes con cargo a los bienes y recursos de los miembros del GAOML.

Evidentemente, salvo el caso de los recursos del Presupuesto General de la Nación, un bien o recurso que integra el FRV no puede ser calificado como público si no es porque existe una sentencia que extingue el derecho de dominio sobre el mismo a favor de la Nación. Mientras eso no suceda el bien, aun cuando pueda ser objeto de medidas cautelares, le pertenecerá al miembro del GAOML o a terceros³³⁴.

³³³ Precisando que para el caso de las donaciones, de acuerdo con los artículos 33 y 31 del Estatuto Orgánico del Presupuesto “*Los recursos de asistencia o cooperación internacional de carácter no reembolsable, hacen parte del presupuesto de rentas del Presupuesto General de la Nación y se incorporarán al mismo como donaciones de capital mediante decreto del Gobierno previa certificación de su recaudo expedida por el órgano receptor. Su ejecución se realizará de conformidad con lo estipulado en los convenios o acuerdos internacionales que los originen y estarán sometidos a la vigilancia de la Contraloría General de la República. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará de estas operaciones a las Comisiones Económicas del Congreso*” (ver Sentencia C-023 de 1996), y “*Los recursos de capital comprenderán: Los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional, y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la Ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria.*”

”*Parágrafo. Las rentas e ingresos ocasionales deberán incluirse como tales dentro de los correspondientes grupos y subgrupos de que trata este artículo*” (ver Sentencia C-892 de 2002).

³³⁴ Respecto a los terceros de buena fe que tienen sobre el bien ofrecido por el desmovilizado o versionado, la Corte ha señalado que el momento procesal para hacer valer sus derechos es el incidente de reparación donde se podrá constituir como víctima directa. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 24 de marzo de 2010, Exp. 33257, M.P.: Javier Zapata Ortiz.

Subsiste un interrogante y es qué pasa con aquellos bienes y recursos que entrega el GAOML que son producto de su actividad ilegal, respecto de los cuales ningún tercero reclama y acredita derechos y que no configuran ninguna de las causales de extinción de dominio. En tal caso, habría que entrar a estudiar, dependiendo del tipo de bien, la procedibilidad o no de un procedimiento de expropiación, cuestión que excede ya el propósito del presente texto.

3.14 Extinción de dominio

3.14.1 Los bienes objeto de extinción

De conformidad con el artículo 24 de la Ley 975 de 2005, *“De acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria... se incluirán... la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación”*. Esta norma plantea interrogantes tales como, si todos los bienes y recursos que integran el FRV, que tienen un orden de afectación para el pago de indemnizaciones, deben o no ser objeto de extinción y, en caso positivo, bajo qué reglas o procedimiento la SJPTSDJ debe decretar dicha extinción.

Es preciso advertir que aun cuando la Ley 975 de 2005 se refiere de forma escueta a los bienes y recursos que integran el FRV, el concepto “bienes” debe entenderse de acuerdo con la definición del Código Civil³³⁵, que establece que *“Los bienes consisten en cosas corporales o incorpóras. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorpóras, las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas”*³³⁶. Esta delimitación conceptual es importante puesto que permite determinar respecto de qué bienes puede predicarse la eventual declaratoria de extinción de dominio.

Dentro de ese contexto y sin diferir de lo anterior, el artículo 3° de la Ley 793 de 2002 entiende por bienes sujetos a extinción de dominio:

(...) todos los que sean susceptibles de valoración económica, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, o aquellos sobre los cuales pueda recaer derecho de propiedad. Igualmente, se entenderá por tales todos los frutos y rendimientos de los mismos (...).

³³⁵ El artículo 28 del Código Civil establece, en relación con la interpretación de las leyes, que *“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”* (negrillas fuera de texto).

³³⁶ Artículo 653 del Código Civil.

Así las cosas, serán estos bienes los únicos que en el marco de la Ley 975 de 2005 pueden ser objeto extinción de dominio, cumplidos los presupuestos que se revisarán enseguida.

Aun cuando en la Ley 975 de 2005 no existe una remisión expresa³³⁷ a la Ley 793 de 2002 en relación con la aplicación de las reglas atinentes a la extinción de dominio, teniendo en cuenta que dicha institución se encuentra plenamente regulada por la Ley 793 de 2002³³⁸, es ésta y no otra la norma que, dentro de ciertos parámetros, debe ser aplicada³³⁹ en el marco del procedimiento de la Ley 975 de 2005 para efecto de la extinción del dominio de los bienes y recursos integrantes del FRV, que corresponda.

Se advierte que la aplicación de la Ley 793 de 2002 debe hacerse dentro de determinados límites, puesto que de observarse dicha norma sin ningún reparo, podría pensarse que al finalizar el procedimiento de la Ley 975 de 2005 con la sentencia ejecutoriada respectiva, debe darse inicio a un nuevo procedimiento, independiente del anterior, consagrado en la Ley 793 de 2002. Una interpretación como la precedente, además de ir en desmedro de los derechos de las víctimas, inutilizaría la efectividad del procedimiento de la Ley 975 de 2005, haciéndolo depender de un procedimiento posterior.

Por ese motivo, y aprovechando además el hecho de que las autoridades involucradas en la acción de extinción de dominio tienen similares connotaciones en cuanto a su

³³⁷ Sin perjuicio de lo discutible que puedan resultar las integraciones normativas que se hagan respecto de una ley a través de un decreto, hay que advertir que el inciso segundo del artículo 2° del Decreto 4760 de 2005 establece que: *“En lo no previsto de manera específica por la Ley 975 de 2005 se aplicarán las normas de procedimiento penal contenidas en la Ley 906 de 2004 y, en lo compatible con la estructura del proceso regulado por aquella, lo dispuesto por la Ley 600 de 2000, así como la Ley 793 de 2002 y las normas civiles en lo que corresponda”*.

³³⁸ Ello sin perjuicio de que existan otras normas distintas que también se refieran a la extinción de dominio, para casos particulares. Así, por ejemplo, el artículo 144 de la Ley 1152 de 2007 establecía antes de ser declarada la Ley inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia C-175 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva) que, por regla general, a favor de la Nación la extinción del derecho de dominio *“...sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer posesión en la forma establecida en el artículo 131 de esta ley durante tres (3) años continuos, salvo fuerza mayor o caso fortuito, o cuando los propietarios violen las disposiciones sobre conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables y las de preservación y restauración del ambiente...”*. Asimismo, el artículo 82 del Decreto 2811 de 1974 indica que *“El dominio privado de las aguas se extingue por ministerio de la ley por no utilizarlas durante tres años continuos a partir de la vigencia de este Código, salvo fuerza mayor”*. Finalmente, el artículo 942 del Código Civil prescribe que *“Las servidumbres se extinguen... Por haberse dejado de gozar durante veinte años. En las servidumbres discontinuas corre el tiempo desde que han dejado de gozarse; en las continuas, desde que se haya ejecutado un acto contrario a la servidumbre”*.

³³⁹ Precisamente, el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 establece que *“Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”*. Teniendo en cuenta que en el presente caso sí existe ley “exactamente aplicable”, no tendría por qué observarse otra norma distinta fundamentada en la analogía.

naturaleza³⁴⁰ y especialidad, respecto de las autoridades que involucra el procedimiento de la Ley 975 de 2005, la aplicación de las normas de Ley 793 de 2002 debe hacerse siempre y cuando no se genere una incompatibilidad dentro del procedimiento de aquélla, conforme se explicará más adelante. **Ahora bien, ello no obsta –y sería lo deseable– para que el Gobierno a través de un decreto reglamentario establezca reglas específicas que armonicen la aplicación de la Ley 793 de 2002 dentro del contexto de la Ley 975 de 2005, alternativa ésta que, en caso de acudir a la misma, debe asignar las funciones correspondientes a la Fiscalía General de la Nación, respetando las competencias que tienen el Magistrado de Garantías y la SJPTSDJ, sin crear etapas distintas de las ya consagradas en el procedimiento de justicia y paz.**

Considerando entonces que la Ley 793 de 2002 que regula a plenitud la acción de extinción de dominio, aquélla define la extinción de dominio como *“la pérdida de este derecho (refiriéndose al dominio) a favor del Estado, sin contra prestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular...”*. Esta aproximación permite excluir todos aquellos bienes y recursos que integran del FRV respecto de los cuales el Estado ostenta la titularidad del dominio, específicamente los recursos del Presupuesto General de la Nación y los bienes en dinero o en especie que le han sido donados. De forma tal que, en principio, sólo podrán ser potencialmente objeto de extinción aquellos bienes y recursos cuya titularidad del derecho de dominio se encuentre en cabeza de un sujeto distinto del Estado y que configuren los presupuestos establecidos en las causales de extinción de la Ley 793 de 2004.

Esa situación conlleva centrarnos en dos específicos rubros que integran el FRV: (1) los bienes entregados por los miembros o GAOML que son producto de la actividad ilegal, y (2) los bienes lícitos sobre los cuales han recaído medidas cautelares o que han sido entregados por aquellos para atender las acciones de reparación decretadas mediante la sentencia.

³⁴⁰ De acuerdo con el artículo 5° de la Ley 793 de 2002, *“La acción deberá ser iniciada de oficio por la Fiscalía General de la Nación...”*; agrega el primer inciso del artículo 11 de la ley, refiriéndose a la competencia que, *“Conocerá de la acción el Fiscal General de la Nación, directamente, o a través de los fiscales delegados ante los jueces competentes para dictar la sentencia de extinción de dominio. De acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, el Fiscal podrá conformar unidades especiales de extinción de dominio”*.

En el mismo sentido, el segundo inciso del artículo 11 establece que *“Corresponde a los jueces penales del circuito especializados, del lugar en donde se encuentren ubicados los bienes, proferir la sentencia que declare la extinción de dominio. Si se hubieren encontrado bienes en distintos distritos judiciales, será competente el juez, determinado por reparto, de aquel distrito que cuente con el mayor número de jueces penales del circuito especializados. La aparición de bienes en otros lugares, posterior a la resolución de inicio de la investigación, no alterará la competencia”*.

3.14.2 Bienes entregados por los miembros o GAOML que son producto de la actividad ilegal

De acuerdo con las reflexiones de la Corte Constitucional relativas a los bienes y recursos que son producto de la actividad ilegal del GAOML, esto es, los bienes y recursos cuya adquisición ha sido objeto de actividades ilícitas,

En relación con la declaratoria de extinción de dominio por no satisfacerse la exigencia relacionada con la licitud del título que lo origina, hay que indicar que ello es así en cuanto el ordenamiento jurídico sólo protege los derechos adquiridos de manera lícita, es decir, a través de una cualquiera de las formas de adquirir el dominio y reguladas por la ley civil: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción y siempre que en los actos jurídicos que los formalizan concurren los presupuestos exigidos por ella. Ese reconocimiento y esa protección no se extienden a quien adquiere el dominio por medios ilícitos. Quien así procede nunca logra consolidar el derecho de propiedad y menos puede pretender para sí la protección que suministra el ordenamiento jurídico. De allí que el dominio que llegue a ejercer es sólo un derecho aparente, portador de un vicio originario que lo torna incapaz de consolidarse, no susceptible de saneamiento y que habilita al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento... (negrillas fuera del texto).

No obstante que en relación con el bien que se entrega por el miembro o GAOML desmovilizado al FRV pueda existir una situación de adquisición, posesión o tenencia³⁴¹ de parte de aquéllos, el hecho de que dicha situación haya sido el resultado de actividades ilícitas³⁴², y de que por este motivo consolide un derecho de dominio apenas aparente

³⁴¹ La Corte Suprema de Justicia ha indicado sobre el particular: “Como se sabe, en relación con las cosas puede encontrarse la persona en una de estas tres posiciones, cuyas consecuencias jurídicas varían en cada caso y confiere a su titular derechos subjetivos distintos: la primera, denominada tenencia, en que simplemente se ejerce poder externo y material sobre el bien (C.C., art. 775); la segunda –posesión–, en la que a ese poder material se une el comportarse respecto del bien como si fuese dueño (C.C., art. 762) y la tercera –propiedad– en que se tiene efectivamente un derecho in re, con exclusión de todas las demás personas y que autoriza a su titular para usar, gozar y disponer del bien dentro del marco que le señala la ley obviamente, dando cumplimiento a la función que a ese derecho corresponde (C.C., art. 669)” (Sentencia citada por Jairo López Morales en “Jurisprudencia civil de la Corte Suprema, primer semestre de 1980”. Bogotá: Ediciones Lex Ltda., 1980, pp. 125 y ss.).

³⁴² El parágrafo 2 del artículo 2° de la Ley 793 de 2002 establece: “Las actividades ilícitas a las que se refiere el presente artículo son:

”1. El delito de enriquecimiento ilícito.

”2. Las conductas cometidas, en perjuicio del Tesoro Público, y que correspondan a los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio

en cabeza del miembro o GAOML desmovilizado, implica que el vicio de ilicitud nunca consolidó derecho alguno sobre el bien entregado.

Teniendo en cuenta lo anterior, la entrega de bienes que sean producto de la actividad ilegal, a cargo del miembro o GAOML y a favor del FRV, no supone transferencia de derecho alguno, puesto que a nadie le es dable transferir derechos que no posee, y en este caso, se reitera, el miembro o GAOML no ostenta derechos sobre los bienes que entrega. Lo anterior no puede significar tampoco que respecto de dichos bienes, el Estado adquiere sobre ellos la titularidad del derecho de dominio, por virtud exclusiva de la entrega³⁴³.

En este punto es prudente analizar si sobre los bienes que el miembro o GAOML entrega, en las condiciones antedichas, existen terceros que puedan alegar derechos, puesto que de presentarse esa situación y siempre que se acrediten ciertos presupuestos, de conformidad con las normas del procedimiento de la Ley 975 de 2005 y sus normas reglamentarias³⁴⁴, así como las del procedimiento de la acción de extinción de dominio³⁴⁵, tendrán que garantizarse esos derechos.

que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.

"3. Las que impliquen grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son actividades que causan deterioro a la moral social, las que atenten contra la salud pública, el orden económico y social, los recursos naturales y el medio ambiente, seguridad pública, administración pública, el régimen constitucional y legal, el secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y proxenetismo"

³⁴³ Se advierte lo anterior puesto que no sería dable argüir que el Estado adquiere estos bienes –que son producto de la actividad ilegal del miembro o GAOML desmovilizado y que éstos entregan directamente al FRV–, por virtud de la ocupación, modo (originario y singular) éste de adquisición del dominio respecto del cual el artículo 685 del Código Civil prescribe: *"Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes o por el derecho internacional..."*

³⁴⁴ No sobra volver a recordar que el artículo 46 de la Ley 975 de 2005 garantiza la restitución a la víctima, estableciendo: *"La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades"*. Dentro de ese marco el inciso primero del artículo 14 del Decreto 4760 de 2005 prescribió que *"Cuando la víctima considere que fue despojada ilícitamente de su dominio, posesión, usufructo o de cualquier otro derecho real o precario sobre un bien, como consecuencia de una conducta punible cometida por los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que se hayan acogido al procedimiento establecido por la Ley 975 de 2005, y pretenda la restitución del mismo, podrá presentar su pretensión en el incidente de reparación integral, cuyo trámite, decisión y efectividad se regirán por lo dispuesto en la citada ley..."* (negritas fuera de texto).

³⁴⁵ Establece el inciso primero del artículo 1° de la Ley 793 de 2002: *"La acción de extinción de dominio de que trata la presente ley es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. Esta acción es distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, o de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe exentos de culpa..."*

Precisamente este tipo de análisis es deseable que sea realizado por la SJPTSDJ con ocasión de la declaratoria de extinción de dominio de los bienes que han sido entregados por el miembro o GAOML en las condiciones anotadas.

Dentro del contexto de la extinción de dominio téngase presente que, no por el hecho de que los bienes que éstos entregan al FRV sean producto de la actividad ilegal, ello significa que respecto de los mismos su dominio deba ser inexorablemente declarado extinguido a favor del Estado³⁴⁶, puesto que para llegar a esa conclusión es necesario que, previamente, se encuentren configuradas las causales establecidas por la Ley 793 de 2002. Dicho de otro modo, la circunstancia de que el miembro o GAOML entregue bienes que sean producto de la actividad ilegal no deriva necesariamente en la declaratoria de extinción de dominio, puesto que pueden presentarse hipótesis en las que, no obstante las condiciones de ilegalidad de los bienes, existan terceros con derechos sobre éstos, derechos que si cumplen ciertos presupuestos deberán serles garantizados, peor aún, que sin que existan o presenten en el procedimiento de justicia y paz dichos terceros, no se configure ninguna causal de extinción de dominio, caso en el cual tendrá que entrar a analizarse la procedencia o no de alternativas jurídicas que ya desbordan el objeto del presente texto, como la expropiación de los bienes.

Del mismo modo, la circunstancia de que respecto de los bienes entregados por el miembro o GAOML, que sean producto de la actividad ilegal, se declare extinguido su dominio a favor del Estado, cuando: (1) no existan terceros con derechos sobre los mismos que el ordenamiento proteja y (2) se encuentren configuradas las causales de la Ley 793 de 2002, no significa tampoco que la extinción esté limitada exclusivamente a dichos bienes entregados en las condiciones consabidas, puesto que, conforme se explicará, las causales de extinción de dominio no están circunscritas sólo a los bienes que se encuentren involucrados o que sean producto de la actividad ilegal.

³⁴⁶ La Corte Constitucional ha expresado que: *“Es cierto que, como el artículo 1° lo establece, se declara la extinción del dominio, en los casos previstos por la Carta, en favor del Estado, pero ello, si bien no fue expresamente contemplado por la Constitución, no la vulnera, puesto que, de una parte, algún destino útil habrían de tener los bienes cuyo dominio se declara extinguido y, de otra, está de por medio la prevalencia del interés general, preservada por el artículo 1° de la Carta Política. Es natural, entonces, que sea el Estado el beneficiario inicial de la sentencia que decreta la extinción del dominio, recibiendo física y jurídicamente los bienes respectivos, toda vez que ha sido la sociedad, que él representa, la perjudicada por los actos ilícitos o inmorales que dieron lugar al aumento patrimonial o al enriquecimiento irregular de quien figuraba como propietario...”* (Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo).

3.14.3 Bienes lícitos sobre los cuales han recaído medidas cautelares o que han sido entregados por los miembros del GAOML para atender las acciones de reparación decretadas mediante la sentencia

Considerando que el miembro o GAOML haya entregado o se haya obligado a entregar todos los bienes que son producto de la actividad ilegal, respecto de todos los demás bienes no entregados, éstos conformarían, en principio, el patrimonio lícito del miembro desmovilizado. No obstante, en la práctica podría suceder que no se entreguen todos los bienes declarados, razón por la cual es labor de la Fiscalía General de la Nación, a través de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz³⁴⁷, investigar si existen bienes distintos a los declarados que sean producto de la actividad ilegal, respecto de los cuales tendrán que decretarse las medidas cautelares respectivas³⁴⁸ y ser entregados al FRV, sin perjuicio claro de que el miembro o GAOML desmovilizado no acceda a los beneficios de la Ley 975 de 2005. En este último caso es preciso remitirnos a las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia en torno a la oportunidad a partir de la cual es posible el decreto de medidas cautelares, a las que se hizo alusión algunos párrafos atrás.

Salvo lo anterior, los bienes del desmovilizado que sí constituyan su patrimonio lícito pueden ser objeto de medidas cautelares, o ser entregados por los propios miembros del GAOML para atender las acciones de reparación decretadas mediante la sentencia. La práctica puede mostrar que es más factible y conveniente lo primero, es decir, que no deban las autoridades competentes, en el marco del procedimiento de la Ley 975 de 2005, esperar a que exista una sentencia de la SJPTSDJ que obligue a los miembros del GAOML a entregar los bienes de su patrimonio lícito para asumir las indemnizaciones a que haya lugar, sino que antes del fallo correspondiente se decreten las medidas cautelares que sean del caso en orden a garantizar que, al finalizar el procedimiento de justicia y paz, existirán recursos que respalden dichas indemnizaciones, cuando se profiera fallo

³⁴⁷ El artículo 33 de la Ley 975 de 2005 prescribe: “*Créase la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, delegada ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, con competencia nacional e integrada en la forma que se señala en la presente ley. Esta unidad será la responsable de adelantar las diligencias que por razón de su competencia, le corresponden a la Fiscalía General de la Nación, en los procedimientos establecidos en la presente ley. La Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz tendrá el apoyo permanente de una unidad especial de policía judicial, conformada por miembros de las autoridades que corresponda, con dedicación exclusiva, permanente y con competencia en todo el territorio nacional...*” A su turno, los artículos 1° y 3° de la Resolución 3461 de 13 de septiembre de 2005, proferida por el Fiscal General de la Nación, establecen en lo pertinente, respectivamente, “*Conformar la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, adscrita al Despacho del Fiscal General de la Nación...*” y “*Los asuntos que debe conocer la Unidad de Fiscalías para la Justicia y la Paz, son los señalados en el artículo 16 de la Ley 975 de 2005.*”

³⁴⁸ Hay que indicar que, conforme al artículo 92 de la Ley 906 de 2004, el Juez de Garantías puede decretar las medidas cautelares “*necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.*”

condenando al miembro(s) del GAOML, responsable(s) directo(s) del hecho delictivo dañoso, y a los demás miembros de éste, que sean responsables civiles de forma solidaria (quienes de acuerdo con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia también serían responsables penales en relación con el tipo penal del concierto para delinquir).

Es preciso advertir que respecto de ese patrimonio lícito, bien que los bienes sean objeto de medidas cautelares o que se entreguen por los propios miembros o GAOML desmovilizado, puede ser declarada la extinción de dominio si se configuran las causales establecidas por la Ley 793 de 2002, y es que la circunstancia de que se trate de bienes que conforman el patrimonio lícito del miembro o GAOML desmovilizado no impide que respecto de los mismos puedan configurarse dichas causales, porque, debe reiterarse, la institución de la extinción de dominio no está destinada solamente a los bienes que son producto de la actividad ilegal, de acuerdo con lo que se explicará enseguida.

Además, el hecho de que respecto del patrimonio lícito de los miembros o GAOML sea declarada la extinción de dominio, conlleva que éste se extinga o pierda para aquéllos y surja el mismo a favor del Estado. Con todo, en el evento de que no se encuentran configuradas las causales de la Ley 793 de 2002, la declaratoria de extinción de dominio no sería jurídicamente procedente, cuestión que, si bien impediría que el dominio de dichos bienes se extinga respecto de los miembros o GAOML, no imposibilita que a través de las normas generales³⁴⁹ que regulan los procedimientos atinentes a las medidas cautelares y, dependiendo de los bienes sobre el que las mismas recaigan, éstos puedan ser entregados o liquidados a favor de las víctimas.

3.14.4 Causales de extinción de dominio

Tratándose de las causales que dan lugar a la extinción de dominio, ha indicado la Corte Constitucional que:

³⁴⁹ El artículo 62 de la Ley 975 de 2005 prescribe que *“Para todo lo no dispuesto en la presente ley se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal”*. A su turno, el artículo 25 y el inciso tercero del artículo 92 de la Ley 906 de 2004 señalan respectivamente: *“Integración. En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal”*, y *“...El embargo y secuestro de los bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado, previa caución que se debe prestar de acuerdo al régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil, salvo que la solicitud sea formulada por el fiscal o que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante. El juez, una vez decretado el embargo y secuestro, designará secuestre y adelantará el trámite posterior conforme a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil...”*. Por su parte, el artículo 72 de la Ley 600 de 2000 establece que *“El embargo y secuestro de bienes del tercero civilmente se podrá solicitar una vez ejecutoriada la resolución de acusación. En lo demás, se seguirán las normas consagradas en el procedimiento civil”*.

El constituyente de 1991 no se limitó a suministrar un marco normativo a aquellas hipótesis de extinción de dominio por ilegitimidad del título que hasta entonces habían sido consagradas en la ley. Si se hubiese limitado a ello, no hubiese hecho nada nuevo ya que ese efecto había sido desarrollado legalmente desde hacía varios años en algunos ámbitos específicos. En lugar de eso, lo que hizo fue consagrar de manera directa una institución que permite el ejercicio de la extinción de dominio a partir de un espectro mucho más amplio que la sola comisión de delitos. Esta es la verdadera novedad, en esa materia, de la Constitución Política de 1991. Lo que ésta hace es extender el ámbito de procedencia de la acción a una cobertura mucho más amplia que la comisión de conductas penales, pues la acción procede cuando el dominio se ha adquirido por actos de enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social y ello es así con independencia de la adecuación o no de tales hechos a un tipo penal³⁵⁰.

Conforme a las causales establecidas por el artículo 2° de la Ley 793 de 2002, que dan lugar a que se declare extinguido el dominio de los bienes, mediante sentencia judicial, se pueden presentar las siguientes:

1. Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo.
2. El bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita.
3. Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito.
4. Los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito.
5. Los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.
6. Los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia lícita, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia. Se exceptúan de lo dispuesto en el presente numeral, exclusivamente, los casos de títulos que se negocian en centrales de depósito de valores, debidamente acreditadas ante la autoridad competente, siempre y cuando los intermediarios que actúen en ellas,

³⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 28 de agosto de 2003, Exp. D-4449, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

cumplan con las obligaciones de informar operaciones sospechosas en materia de lavado de activos, de conformidad con las normas vigentes.

7. Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen del bien perseguido en el proceso.

No es del caso entrar a analizar caso a caso las distintas causales de la extinción de dominio, no obstante lo cual algunos parámetros para su configuración y aplicación han sido ya esgrimidos por la Corte Constitucional³⁵¹. De acuerdo con esa Corporación, en esta enumeración de causales de extinción de dominio no todas se fundamentan en la ilegitimidad del título de quien se dice titular del derecho de dominio sobre un bien³⁵², en algunas de aquéllas, el título puede ser perfectamente legítimo, pero el propietario del bien puede estar incumpliendo sus obligaciones en torno a la función social y ecológica de la propiedad privada. Sobre ese particular, dicha Corporación indicó que:

En relación con la extinción de dominio por incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad privada, hay que decir que el punto de partida para la acción estatal no está determinado por la adquisición sólo aparente del derecho en razón de la ilegitimidad implícita en el título, pues se está ante un derecho legítimamente adquirido y por lo mismo protegido por la Constitución y la ley. Lo que ocurre en este caso es que el derecho de propiedad, en el contexto primero de un Estado social y luego de un Estado constitucional, impone obligaciones al propietario. Éste tiene una facultad de disposición sobre sus bienes. No obstante, esta facultad tiene límites impuestos por la Constitución misma, límites que se orientan a que tales bienes sean aprovechados económicamente no sólo en beneficio del propietario, sino también de la sociedad de la que hace parte y a que ese provecho se logre sin ignorar el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables. Ese es el sentido de la propiedad en cuanto función social y ecológica. De allí que cuando el propietario, pese a haber adquirido justamente su derecho, se desentiende de la obligación que le asiste de proyectar sus bienes a la producción de riqueza social y del deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables, incumpla una carga legítima impuesta por el Estado y que éste, de manera justificada, opte por declarar la extinción de ese derecho... De ello se infiere que la pretensión del constituyente no fue la de circunscribir la extinción de dominio a la comisión de delitos, ni mucho menos restringir la aplicación del régimen consagrado en la legislación penal. Lo que hizo fue consagrar un mecanismo constitucional que conduce a desvirtuar legitimidad de

³⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 28 de agosto de 2003, Exp. D-4449, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

³⁵² Recuérdese que en el caso de los títulos ilegítimos, éstos generan sólo una relación de hecho entre el aparente titular y los bienes, lo cual no es objeto de protección por el ordenamiento jurídico y que, en consecuencia, puede ser extinguida por el Estado.

los bienes, indistintamente de que la ilegitimidad del título sea o no penalmente relevante. Desde luego, es el legislador el habilitado para desarrollar las causales de extinción de dominio de manera compatible con las necesidades de cada época. En tal contexto, si bien hasta este momento ha supeditado tal desarrollo a la comisión de comportamientos tipificados como conductas punibles, indistintamente de que por ellos haya o no lugar a una declaratoria de responsabilidad penal, es claro que ello no agota las posibilidades de adecuación de nuevas causales, desde luego, siempre que no se desconozcan los límites constitucionales... Es una acción (la de reparación directa) directa porque su procedencia está supeditada únicamente a la demostración de uno de los supuestos consagrados por el constituyente: enriquecimiento ilícito, perjuicio del Tesoro público o grave deterioro de la moral social. Finalmente, es una acción que está estrechamente relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, ya que a través de ella el constituyente estableció el efecto sobreviniente a la adquisición, solo aparente, de ese derecho por títulos ilegítimos. Esto es así, al punto que consagra varias fuentes para la acción de extinción de dominio y todas ellas remiten a un título ilícito. Entre ellas está el enriquecimiento ilícito, prescripción que resulta muy relevante, pues bien se sabe que el ámbito de lo ilícito es mucho más amplio que el ámbito de lo punible y en razón de ello, ya desde la Carta la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad³⁵³ (negrillas fuera del texto).

Ya se ha advertido que no es objeto del presente texto entrar a analizar cómo se configura cada una de las causales, aun cuando sí resulta importante advertir que, conforme lo ha indicado la Corte Constitucional, la ilicitud del dominio se relaciona con el régimen de derecho de propiedad, por lo que la misma no puede ser consecuencia inexorable de la perpetración de conductas punibles ni tampoco está limitada a la ilegitimidad del título, al punto que se amplía más allá, comprendiendo las obligaciones del titular del dominio en relación con la función social y ecológica de la propiedad privada.

Es importante indicar que en todo caso el parágrafo 2 del artículo 2° de la Ley 793 de 2004, para aquellas causales que se refieren o incluyen la denominación “actividades ilícitas” –que no delitos– consagra respecto de la misma su propio entendimiento³⁵⁴.

³⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 28 de agosto de 2003, Exp. D-4449, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

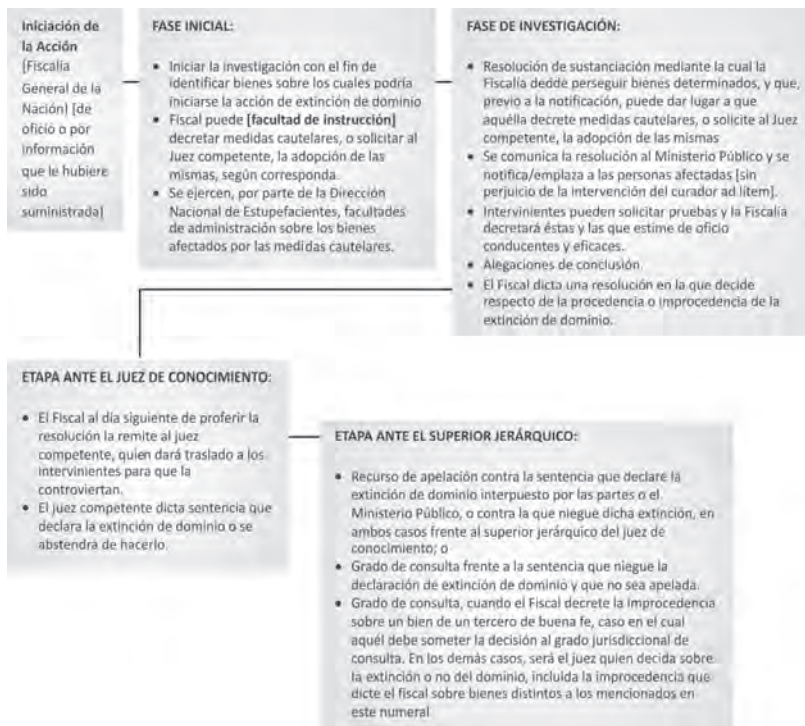
³⁵⁴ En efecto, señala el parágrafo 2 indicado que “Las actividades ilícitas a las que se refiere el presente artículo son: ”1. El delito de enriquecimiento ilícito.

”2. Las conductas cometidas, en perjuicio del Tesoro Público, y que correspondan a los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre

3.14.5 Procedimiento

En el caso de la acción de extinción de dominio de la Ley 793 de 2002, el artículo 11 de ésta atribuyó la competencia para conocer de ella al Fiscal General de la Nación, directamente o a través de los fiscales delegados ante los jueces competentes para dictar la sentencia de extinción de dominio, y la competencia para proferir dicha sentencia a los jueces penales del circuito especializados, del lugar en donde se encuentren ubicados los bienes³⁵⁵. Asimismo, los artículos 12 y 13 de la misma ley se refirieron al procedimiento de extinción de dominio, que pueden esquematizarse así:

Gráfico No. 2



efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.

”3. Las que impliquen grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son actividades que causan deterioro a la moral social, las que atenten contra la salud pública, el orden económico y social, los recursos naturales y el medio ambiente, seguridad pública, administración pública, el régimen constitucional y legal, el secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y proxenetismo.”

³⁵⁵ El artículo 11 de la Ley 793 de 2002 prescribe: “Conocerá de la acción el Fiscal General de la Nación, directamente, o a través de los fiscales delegados ante los jueces competentes para dictar la sentencia de extinción de

La Ley 975 de 2005 no fue clara respecto a cómo operaría la extinción de dominio puesto que, conforme se ha indicado, aquélla se limitó a establecer en su artículo 24 que “*De acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria... se incluirán... la extinción de dominio de los bienes que se destinarán a la reparación*”³⁵⁶, punto en el que surge la pregunta de si la SJPTSDJ debe proceder o no a extinguir el dominio de los bienes, o si la competencia está radicada exclusivamente en los jueces penales del circuito especializados, dependiendo de las circunstancias especiales de los bienes.

La Corte Constitucional, en relación con la potestad que tiene el legislador para configurar distintos aspectos de la acción de extinción de dominio, ha manifestado que:

(...)la decisión legislativa de atribuir el conocimiento de la acción de extinción de dominio a funcionarios de la justicia penal y no a otros, la justicia civil, por ejemplo, no tiene la virtualidad de mutar el carácter que a esa institución le imprimió el constituyente. De un lado, porque en la Carta no existe prohibición alguna en ese sentido, ni indica tampoco el ámbito de la jurisdicción que ha de conocer de la institución. De otro, tal decisión legislativa es consecuente con la sujeción que se hizo de las causales de viabilidad de la acción a conductas constitutivas de tipos penales. Finalmente, lo único que la Carta impone en relación con la acción de extinción de dominio es una reserva judicial para su declaración y este mandato no se irrespeta con la radicación de la competencia en jueces que hacen parte de la jurisdicción penal... La Corte advierte que el legislador está legitimado para desarrollar la acción de extinción de dominio

dominio. De acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, el Fiscal podrá conformar unidades especiales de extinción de dominio.

“Corresponde a los jueces penales del circuito especializados, del lugar en donde se encuentren ubicados los bienes, proferir la sentencia que declare la extinción de dominio. Si se hubieren encontrado bienes en distintos distritos judiciales, será competente el juez, determinado por reparto, de aquel distrito que cuente con el mayor número de jueces penales del circuito especializados. La aparición de bienes en otros lugares, posterior a la resolución de inicio de la investigación, no alterará la competencia”.

³⁵⁶ La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha hecho aún un pronunciamiento en relación con las implicaciones de la extinción de dominio dentro del procedimiento de la Ley 975 de 2005. De hecho, en la Sentencia de 31 de julio de 2009, M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán, dicha Corporación se limitó a reiterar lo indicado por el artículo 24 de aquélla, indicando que “...no se podrá dictar sentencia sin que se haya agotado la actuación correspondiente al delito de concierto para delinquir. El legislador, en la Ley de Justicia y Paz (artículo 24), previó que la sentencia condenatoria, además de contener la pena principal y las accesorias, debe incluir la pena alternativa, los compromisos de comportamiento del desmovilizado, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que serán destinados a la reparación, beneficios supeditados a la desmovilización y, por ende, a la sanción por su pertenencia al grupo, de donde surge que esa conducta punible – concierto para delinquir– es un elemento sustancial del proceso de justicia paz y, por ende, requisito sine qua non para la imposición de la pena alternativa”.

en todo aquello que no fue previsto expresamente por el constituyente. De allí que pueda definir tal autonomía en el sentido de independencia, concepto que luego desarrolla expresamente en el artículo 4º, para significar que sus presupuestos, la asignación de competencias y los procedimientos son diferentes de otras acciones, tanto de la acción penal –entendida como ejercicio de ius puniendi– como de otras formas de extinción de dominio. Tales determinaciones hacen parte de su ámbito de configuración normativa y son legítimas en tanto no contraríen el Texto Superior³⁵⁷ (negrillas fuera de texto).

El aparte precedente resulta importante si se considera que no habría un impedimento jurídico para que, en el marco de la Ley 975 de 2005, el legislador pueda atribuir a la SJPTSDJ la competencia para extinguir el dominio de los bienes lícitos e ilícitos de los miembros de los GAOML, siempre que se configuren las causales establecidas para el efecto, causales que están consagradas en el artículo 34 de la Constitución Política y que son desarrolladas por el artículo 2º de la Ley 793 de 2002. Asimismo, el hecho de que la acción de extinción de dominio haya sido regulada por la Ley 793 de 2002 con una pretensión integral, no impide que la Ley 975 haya hecho lo propio (regular) para un caso particular: los bienes de los miembros de los GAOML dentro del marco del nuevo procedimiento de justicia y paz. Con todo, se reitera una idea expresada algunas líneas atrás, según la cual nada obsta para que el Gobierno, a través de un decreto reglamentario, establezca reglas específicas que armonicen la aplicación de la Ley 793 de 2002 dentro del contexto de la Ley 975 de 2005.

Naturalmente y sin perjuicio de la necesidad de reglamentación, por ahora surgen dudas en relación con la aplicación y compaginación de las normas de la Ley 793 de 2002 dentro del procedimiento de justicia y paz de la Ley 975 de 2005, puesto que esta última sólo se refirió al deber que tenía la SJPTSDJ de incluir la extinción de dominio en la sentencia respectiva, sin indicar cómo se concreta la extinción dentro de dicho procedimiento³⁵⁸, las funciones y competencias que la misma involucra previo a la decisión judicial, entre otros.

No obstante, la coincidencia entre las funciones que se ejercen al interior de cada uno de los procedimientos establecidos tanto en la Ley 793 de 2002 como en la Ley 975 de 2005, sugiere que en la primera puedan encontrarse parámetros guías para su aplicación en el marco de la segunda. En efecto, la configuración de las autoridades y

³⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 28 de agosto de 2003, Exp. D-4449, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

³⁵⁸ El artículo 65 de la Ley 975 de 2005 establece: “El Gobierno Nacional, el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación apropiarán los recursos suficientes indispensables para la debida y oportuna aplicación de la ley de extinción de dominio”.

funciones que involucra el procedimiento de la Ley 793 de 2002 comprende a la Fiscalía General de la Nación y a los jueces penales del circuito especializados, autoridades cuyas funciones, y más concretamente la naturaleza de éstas, coincide con la de las funciones de las autoridades competentes dentro del procedimiento de la Ley 975 de 2005, específicamente: la Fiscalía General de la Nación a través de Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, los jueces de garantía y la SJPTSDJ.

Así las cosas, la confluencia de autoridades de estirpe penal dentro de los procedimientos de la Ley 975 de 2005 (Fiscalía General de la Nación y SJPTSDJ) y de la Ley 793 de 2002 (Fiscal General de la Nación o fiscales delegados y Jueces Penales del Circuito Especializados³⁵⁹), permite que las funciones que les competen a unas y otras autoridades puedan ser compatibles y adaptables dentro del primer procedimiento. Desde luego que la competencia para extinguir el dominio de los bienes, en el caso de la Ley de Justicia y Paz está consagrada expresamente en el artículo 24 de la Ley 975 de 2005; restaría auscultar cómo se amoldan las funciones de la Fiscalía General de la Nación dentro del procedimiento establecido en ésta, tendientes a la extinción del dominio.

Y es que conforme puede verificarse en el esquema del procedimiento de la Ley 793 de 2002, existen facultades a cargo de la Fiscalía General de la Nación, como el decreto por parte de dicha entidad de medidas cautelares, que en el contexto del procedimiento de la Ley 975 de 2005 sólo podrían ser procedentes hasta antes de cualquier actuación ante el Magistrado de Control de Garantías, pues una vez éste participe en el procedimiento de justicia y paz, las medidas cautelares sólo podrán ser decretadas por éste a solicitud de la Fiscalía. Del mismo modo, la decisión de la Fiscalía en relación con la procedencia o improcedencia de la declaración de extinción de dominio, dentro del contexto de la Ley 975 de 2005, tendría que ser enviada a la SJPTSDJ, antes de ser proferida la sentencia a que se refiere el artículo 24 de ésta, para que las partes involucradas puedan controvertirla, y luego se dicte sentencia en la que, entre otras cosas, se resuelvan los puntos atinentes a la extinción de dominio.

La Corte Constitucional, haciendo una breve referencia a la constitucionalidad del procedimiento de la Ley 793 de 2002, indicó:

(...) la configuración legal del proceso de extinción de dominio consagra una estructura de la que hacen parte tres etapas: Una fase inicial que se surte ante la Fiscalía, en la que se promueve una investigación para identificar bienes sobre los que podría iniciarse la acción de extinción de dominio y en la que puede haber lugar a

³⁵⁹ Ley 793 de 2002, artículo 11.

medidas cautelares; una segunda fase, que se inicia con la decisión de la Fiscalía de perseguir bienes determinados y que culmina con la decisión sobre la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio y la remisión de lo actuado al juez competente y una última fase, que se surte ante el juez de conocimiento, y en la que hay lugar a un traslado a los intervinientes para que controviertan la decisión de la Fiscalía General y a la emisión de la sentencia declarando la extinción de dominio o absteniéndose de hacerlo... De esa estructura básica se infiere que la Fiscalía General inicia la actuación, vincula a las personas afectadas, practica pruebas, surte un traslado y toma una decisión: Declara la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio. Luego de esta determinación, la actuación pasa a los jueces de conocimiento y éstos, después de un traslado, dictan sentencia. De acuerdo con esto, la acción la ejerce la Fiscalía General y lo hace contra las personas afectadas y el Ministerio Público interviene en cumplimiento de su función constitucional de defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales³⁶⁰ (negritas fuera de texto).

Ello implica que, para efectos del procedimiento, las funciones que tiene la Fiscalía General de la Nación en el marco de la acción de extinción de dominio de la Ley 793 de 2002, no son incompatibles ni riñen con las funciones que esa misma autoridad desempeña dentro del procedimiento de la Ley 975 de 2005. Cuestión distinta, y que no es objeto de este estudio, es cómo, desde el momento de la desmovilización, debe proceder la Fiscalía General de la Nación en la investigación orientada a determinar si se configuran o no las causales de extinción de dominio.

4. Tasación del perjuicio

Conocidas las dificultades en torno a la definición y comprensión del perjuicio su tasación, que guarda estrecha relación con él, comparte esas mismas dificultades. Desde luego que lo ideal sería que la reparación del perjuicio conlleve, luego de su tasación, que la víctima efectivamente pueda encontrarse en las mismas condiciones en las que se encontraba antes de acaecido aquél. No obstante la notoria dificultad –derivada en buena parte de la naturaleza de los distintos intereses jurídicamente protegidos e involucrados en la causación de daños– que surge de la pretensión de que sea a través de la reparación –y particularmente de la tasación que viene en realidad a concretar la indemnización del perjuicio–, que se borren todos los efectos que el daño le ha producido a la víctima, para la jurisprudencia y la doctrina es claro que respecto de ciertos perjuicios sí existen

³⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 28 de agosto de 2003, Exp. D-4449, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

parámetros objetivos para cuantificarlos³⁶¹ y calcular su duración (métodos, fórmulas, etc.), que permiten, de alguna forma, satisfactoria para la víctima, que la estela que haya dejado o dejará el perjuicio desaparezca.

Desde ya es importante indicar que si bien la tasación del perjuicio, en los eventos en los que la misma sea posible, constituye una premisa fundamental para que la víctima sea, al menos económica o pecuniariamente, reparada, ello no obsta para que el juez, separándose de la cuantía y duración objetivas del perjuicio irrogado, no reconozca las mismas en los montos que acredite la víctima, justificando su proceder, entre otras razones, en la aplicación de principios como los de equidad, proporcionalidad y razonabilidad³⁶², o en circunstancias que le permitan inferir que la víctima contribuyó en la causación del daño³⁶³. Adviértase que no se está diciendo que el juez no reconozca la existencia del perjuicio³⁶⁴, sino que la cuantificación y cálculo de duración del perjuicio que acredite el demandante podrán llegar a no ser consideradas completamente por parte de aquél. En tales eventos, no es que el juez niegue la cuantía y duración del perjuicio, simplemente que el acatamiento de esas razones le impone el deber de valorar el perjuicio sin tener que considerar, al momento de decretar la indemnización correspondiente, exclusivamente la cuantía y duración acreditadas.

Se hace esta aseveración por cuanto la tasación del perjuicio no supone necesariamente el reconocimiento del mismo, por parte del juez, en toda su cuantía y duración, reconocimiento que dependerá de factores disímiles, tal como se anuncia.

³⁶¹ De acuerdo con la doctrina, “Cuantificar o valorar un daño a indemnizar supone la expresión del mismo en términos dinerarios. Cuantificar es traducir en una suma dineraria el menoscabo que una persona determinada ha sufrido a consecuencia de un hecho antijurídico. La obligación de indemnizar consiste en una deuda ilíquida, que debe ser transformada en líquida por el juez, para poder ser reparada. Para ello habrá que llevar a cabo dos tipos de operaciones: a) determinar qué daños se han producido efectivamente; y b) valorarlos, ponderarlos o cuantificarlos. Cuantificación y daño son conceptos inseparables, dado que un daño que no se pudiera cuantificar o determinar en sus alcances y extensión es un daño no indemnizable. La posibilidad de cuantificación es un requisito esencial para la resarcibilidad del daño...”. TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T. V. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2006, pp. 12 y ss.

³⁶² Establece el artículo 16 de la Ley 446 de 1998: “**Artículo 16. Valoración de daños.** Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

³⁶³ En este último evento, por supuesto, el tema del reconocimiento de perjuicios estará alejado de los principios en la valoración de aquéllos y se centrará en la imputabilidad del daño, parcialmente a la víctima.

³⁶⁴ La existencia del perjuicio es un presupuesto para la condena, conforme lo ha indicado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: “...la condena al pago de perjuicios materiales procede cuando se haya acreditado la existencia de daño ocasionado con la infracción para de esta manera restablecer los derechos que resultaron vulnerados. Así entonces corresponde a la parte civil demostrar la causación de un daño real y no eventual, que sea exigible por esta vía”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 10 de febrero de 1998, Exp. 12.286, M.P.: Carlos Eduardo Mejía Escobar.

En este punto son de recibo las consideraciones que se hacen en este mismo escrito en relación con el alcance de uno de los principios de la valoración del perjuicio: la reparación integral, no sólo porque sin perjuicio de la tasación del daño la reparación que en definitiva reconozca el juez a favor de la víctima involucra también el análisis de distintos aspectos, tales como la valoración de principios que protejan al mismo agente del daño de una indemnización desproporcionada o irrazonable, e inclusive la verificación de si la víctima tuvo alguna incidencia en la causación del daño que reclama, caso este último en el que la tasación del perjuicio tampoco puede atender la reparación integral. Alrededor de esta última idea la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que

Si bien es cierto que no existen criterios fijos e intangibles para llegar a la tasación del daño cuando éste es consecuencia de culpas concurrentes, lo que también es claro es que éste no puede ser el resultado de antojadizas y arbitrarias deducciones, sino efecto de un prudente juicio, extraño al capricho y voluntarismo del juzgador, porque como antes se anotó, y lo ha señalado la Corte, esa es una cuestión fáctica “que debe fijar el fallador de acuerdo con las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil), para luego, sobre la base de hechos comprobados a satisfacción y no en gracia de meros artificios en no pocas veces fruto de soluciones dogmáticas preconcebidas, determinan de modo matemático las proporciones en que debe efectuarse la división y de consiguiente, mitigar las prestaciones de reparación en el sentido y cuantía que proceda, cometido en el que ha de prevalecer ante todo la virtud de la prudencia y en cuyo desarrollo es en donde se hacen actuales, adquiriendo la plenitud de su vigencia, los poderes de ejercicio discrecional que a los jueces de instancia les reconoce la doctrina jurisprudencial rememorada en el párrafo precedente...”³⁶⁵.

En relación con el alcance del principio de reparación integral del daño, algún sector de la doctrina nacional³⁶⁶ ha señalado que:

Como lo reconoció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de agosto de 2007, en el nuevo contexto del proceso penal la reparación económica no es lo único que mitiga el daño ocasionado por el hecho punible, pues existen otros derechos como el de información, participación y protección, encaminados a evitar un segundo proceso de victimización por razón del mismo delito, enfoque éste con el que se abandona el sentido meramente retributivo de la pena. En este contexto,

³⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de febrero de 2002, Exp. 6063, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

³⁶⁶ SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO. *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo. Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Colección Jornadas N° 1. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Biblioteca Jurídica Diké, pp. 121 y ss.

la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, sino que, además, tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia, esto último entendido como el derecho que tienen las víctimas a que no haya impunidad.

Particularmente, en el contexto de la Ley 975 de 2005, agregó que:

*(...) el concepto de reparación integral aplicable en materia penal o en el entorno de los procesos de paz, no es coincidente con el que sobre él se tiene en el derecho de la responsabilidad civil, toda vez que en éste se parte de un esquema de justicia retributiva, mientras que en aquéllos la reparación es un elemento más dentro de un contexto de justicia restaurativa o de justicia transicional, sin que lo anterior signifique que no exista influencia recíproca entre las concepciones existentes en los diversos campos del derecho*³⁶⁷.

Sin perjuicio de las reflexiones precedentes y de las que se hicieron en el presente texto en torno a la reparación integral, en este acápite se aborda la reparación económica o pecuniaria de la víctima, cuestión que permitirá centrarnos en la mecánica o método para la tasación de los perjuicios materiales e inmateriales en sus distintas modalidades³⁶⁸. Debe insistirse también, en este acápite, que los métodos de tasación del perjuicio que se expondrán, hacen alusión a la reparación estrictamente económica o pecuniaria, cuestión que no excluye otro tipo de reparación en las que pueden no ser aplicables dichos métodos.

En la reparación económica del perjuicio su tasación parte de la forzosa premisa que aquél ha sido acreditado en su existencia, cuantía y duración³⁶⁹. Si eventualmente se presenta un reconocimiento parcial de la cuantía del daño, por parte de la autoridad jurisdiccional competente, es un tema que no guarda relación con la tasación sino con aspectos distintos a la misma, conforme se ha advertido.

³⁶⁷ SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO. Ob. cit.

³⁶⁸ La Corte Constitucional ha indicado que “...si bien la indemnización de daños es sólo uno de los elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización, en todo caso la Carta protege especialmente el derecho de las víctimas a la reparación de los daños ocasionados por la conducta punible”. Sentencia C-916 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁶⁹ La Corte Suprema de Justicia ha expresado en este aspecto que: “En otras palabras, toca al demandante darse a la tarea, exigente por antonomasia, de procurar establecer, por su propia iniciativa y con la mayor aproximación que sea factible según las circunstancias del caso, tanto los elementos de hecho que producen el menoscabo patrimonial del cual se queja como su magnitud, siendo entendido que las deficiencias probatorias en estos aspectos de ordinario terminarán gravitando en contra de aquél con arreglo al art. 177 del C. de P.C.” (Sentencia de 4 de marzo de 1998, Exp. 4921.

Por supuesto que dependiendo del tipo de daño infligido, serán por excelencia los patrimoniales los que permitan, con mayor rigor, exigir que se acredite la existencia, cuantía y duración del daño, puesto que tratándose de los extrapatrimoniales, aun cuando no su existencia, su cuantía y duración sí pueden ser de imposible probanza. Por esa razón los parámetros objetivos en la valoración de los daños se predicán con mayor ahínco respecto de los patrimoniales, en los que dada la naturaleza de los intereses jurídicamente protegidos éstos permiten, sin la dificultad que ostentan hasta ahora los extrapatrimoniales, ser objeto de mediciones objetivamente comprobables.

Dentro de ese contexto, jurisprudencial y doctrinalmente es pacífica la tesis según la cual la reparación económica o pecuniaria del daño puede definirse a través de dos formas específicas, cuya concreción dependerá de lo que solicite la víctima dentro del incidente de reparación y del análisis de los principios de valoración del perjuicio que realice el juez, al momento de dictar sentencia, para decretar una u otra de dichas formas de reparación. Se trata entonces de que el perjuicio se repare, bien sea reintegrando el objeto dañado en las mismas condiciones en que éste se encontraba previo a la causación del daño o reemplazándolo con otro de similares características, o bien sea a través de la entrega de un equivalente económico.

Estas formas de reparación, y por contera el método de tasación que cada una involucra, no necesariamente son exclusivas de uno u otro tipo de perjuicio, por lo que no es conveniente establecer reglas absolutas en torno a la relación entre la naturaleza y tipo de perjuicio y la forma y/o método de su reparación (*que permitirá definir la cuantía y duración del perjuicio*), sino hacer el análisis que corresponda caso por caso. Es por ello que, dejando a salvo que dependiendo de la naturaleza y el tipo de perjuicio una u otra

No obstante lo anterior, también agregó dicha Corporación en la misma oportunidad que *“Con referencia específica al invocado principio de la equidad, vale la pena recordar, además, con apego a numerosos contenidos doctrinarios, jurisprudenciales y, por supuesto, normativos, que no obstante las consecuencias inherentes al ejercicio de la delicada carga probatoria atrás aludida, hay casos en que sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no ha sido posible, pues ante esta circunstancia, el juez, además de estar impelido a usar las facultades oficiosas que en materia probatoria ponen a su alcance las normas procesales, ha de acceder a criterios de equidad que le impiden soslayar los derechos de las víctimas. De ahí que, atendiendo expreso mandato constitucional (art. 230 de la C.P.) y «en guarda del espíritu de equidad que ha de atemperar siempre la aplicación judicial del derecho», al juez no le esté permitido pasar por alto que «el daño en cuestión, aunque futuro, ha de ser resarcido en tanto se muestra como la prolongación evidente y directa de un estado de cosas» que, además de existir al momento de producirse la muerte accidental del causante, «es susceptible de evaluación en una medida tal que la indemnización no sea ocasión de injustificada ganancia para quienes van a recibirla y comprenda por lo tanto, sin caer desde luego en el prurito exagerado de exigir exactitud matemática rigurosa en la evidencia disponible para hacer la respectiva estimación, el valor aproximado del perjuicio sufrido ...ni más ni menos»*” (Sentencia de 7 de octubre de 1999, Exp. 5002). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de octubre de 2004, Exp. 6975, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

forma de reparación económica pueda ser distinta, los daños irrogados a las personas y a las cosas pueden involucrar, en principio, formas de reparación comunes.

Precisamente, aludiendo a la situación que se comenta, la doctrina ha manifestado que:

En la práctica, la reparación natural o in natura se da muy pocas veces, aunque es factible especialmente cuando se trata de daños a las cosas. Es factible analizar la posibilidad de utilizarla en casos concretos y sería teóricamente preferible a la compensación dineraria o no dineraria, en casos de responsabilidad contractual y de daños a las cosas. Pero no es posible aplicarla si se trata de daños a las personas. La reparación in natura, puede darse en la responsabilidad contractual y referida a los bienes, pues cuando se daña un bien puede entregarse el mismo bien, reparado y colocarlo en las mismas condiciones de servicio que tenía antes de los hechos dañoso o entregar uno igual, al menos productivamente, al que se dañó³⁷⁰.

Sin que se dejen de considerar las varias denominaciones utilizadas para aludir a los dos tipos de reparación económica³⁷¹, lo cierto es que la cuantificación sugiere en uno y otro evento reflexiones distintas. De ahí que si la reparación económica supone por ejemplo la reintegración del bien objeto del daño, claro está una vez restaurado, la cuantía se confundiría con el bien mismo, puesto que en tal hipótesis no será indemnizado equivalente económico alguno sino, se reitera, el mismo bien. Prácticamente ésta, que sería una verdadera o genuina reparación, cumpliría con el cometido de volver las cosas al estado en que se encontraban si no se hubiera presentado el hecho dañoso. En dicho evento, al igual que lo sucede cuando se repara con un bien de características similares, no hay lugar a una cuantificación propiamente dicha, puesto que, salvo algunas excepciones, se trata de una forma perfecta de reparar y satisfacer a la víctima en su órbita patrimonial. Dentro de este marco resultan valiosas las consideraciones de la doctrina civilista nacional, que ha establecido que:

Cuando la cosa dañada puede ser restaurada, la víctima tendrá derecho a que se le pague el valor de la reparación, cualquiera sea su precio, siempre y cuando tal petición no constituye un abuso del derecho o un simple capricho del demandante. Así, si en un

³⁷⁰ MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO y MARTÍNEZ TAMAYO, CATALINA. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. 11ª ed. Bogotá: Edit. Temis, 2003.

³⁷¹ En la doctrina nacional se utilizan denominaciones tales como reparación en forma específica o en especie y reparación por equivalente (JAVIER TAMAYO JARAMILLO), reparación *in natura* y por equivalente pecuniario (ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ), natural y por equivalencia dineraria o indemnización (GILBERTO MARTÍNEZ RAVE y CATALINA MARTÍNEZ TAMAYO). En la doctrina foránea, algunos aluden a las mismas como reparación integral por vía directa e indirecta (FÉLIX A. TRIGO REPRESAS y MARCELO J. LÓPEZ MESA).

*momento dado fuera más económico entregar un objeto de las mismas calidades que el dañado, el juez debería adoptar esta solución, salvo que el demandante pruebe un vínculo afectivo o económico adicional importante que justifique la reparación en vez del reemplazo, aunque esa reparación sea mucho más costosa (...) Por otro lado, cuando la cosa ha sido destruida totalmente y debe procederse a su reemplazo, la cuantificación del daño emergente puede plantearse desde diferentes ángulos: si el objeto dañado solo tiene un valor económico y no afectivo para la víctima, el monto reparable debe ser igual al valor que comercialmente tenga el mismo bien en el mercado. Tratándose de bienes depreciados por el uso (vetustez) y que solo puedan conseguirse completamente nuevos en el comercio, hay que distinguir: si la víctima tenía el bien para la venta, será el precio comercial del bien usado lo que deba pagarse, pues de haber sido vendido, ese sería el precio recibido por el demandante. Si, por el contrario, el damnificado usaba el bien y no tenía como fin inmediato enajenarlo, la indemnización deberá liquidarse sobre la base de lo que valga un objeto de reemplazo, así haya que comprarlo nuevo, puesto que la víctima simplemente exige que se le deje en las mismas condiciones en que se hallaba, es decir, que pueda seguir usándolo*³⁷².

La tasación del daño se presenta entonces, con mayor propiedad, cuando hablamos de la reparación en equivalente pecuniario, caso en el cual, dada la naturaleza conmensurable del bien con que se repara, existen parámetros objetivos para determinar cómo y en qué medida se puede indemnizar. En ese contexto, advierte la doctrina que

*(...) ante la imposibilidad fáctica de conceder la reparación en especie, el dinero es una medida de cambio que hace posible la adquisición de bienes o servicios más o menos similares a los que se vieron afectados con la acción dañina. En efecto, salvo rarísimas excepciones, lo hecho al producirse el daño ya no puede deshacerse; así sucede por ejemplo, en la destrucción de una pintura famosa, la producción de un perjuicio moral, etc. Es entonces cuando el dinero ocupa un lugar prominente como forma de reparación (...) Ahora, si el reemplazo solo puede hacerse mediante un bien de inferior calidad y precio, la liquidación se hará teniendo en cuenta lo que valía el bien dañado, ya que de todas maneras el patrimonio de la víctima debe quedar idéntico a como estaba antes de la acción dañosa. En ese caso el perjudicado tiene derecho a que se le pague el valor de la cosa destruida, poco importa que la de reemplazo sea más barata. Y si se paga en especie, el actor puede reclamar la diferencia entre el bien dañado y el de reemplazo*³⁷³ (negrillas fuera de texto).

Otro sector de la doctrina afirma que

³⁷² TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 2ª ed. T. II. Bogotá: Legis, 2007, p. 837.

³⁷³ TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 2ª ed. T. II. Bogotá: Legis, 2007, p. 680.

*La reparación por equivalencia puede ser en dinero o en otro bien u objeto. Por eso la doctrina la ha dividido en equivalencia dineraria, cuando se indemniza con dinero y equivalencia no dineraria, cuando se indemniza con otro bien que lo reemplaza o que compensa totalmente el daño*³⁷⁴.

5. Cuantificación y cálculo de los perjuicios patrimoniales

Aun cuando se sabe que estructuralmente el perjuicio patrimonial se subdivide en las dos consabidas vertientes³⁷⁵, “daño emergente” y “lucro cesante”, no son conocidas las distintas variables que inciden en la cuantificación (*valor o monto del perjuicio*) y el cálculo de la duración (*tiempo durante el cual se sufrió y/o sufrirá el perjuicio*) de aquél³⁷⁶. Y es que cada uno presenta sus propias peculiaridades, que son determinantes en la tasación de los perjuicios que se reclamen y que se reconozcan en la sentencia. No sobra señalar que la doctrina extranjera ha reconocido que

*No existe, en consecuencia, posibilidad de anticipar qué es un daño, ni qué extensión tiene en todos los casos, ni quién debe repararlo. Existen normas abiertas o principios generales, que deben aplicarse a los supuestos bajo juzgamiento pero, en el fondo, quien debe soportar el daño, cuál es el límite de la reparación, cuál es su extensión resarcible, quiénes son los legitimados para reclamar y a quiénes puede serle reclamado, son extremos de hecho que en cada caso debe determinar el juez de la causa...No se duda en el derecho argentino y comparado sobre que – según unos legítimamente y de hecho, conforme el parecer de otros– los jueces son soberanos en la labor de determinación de la cuantía del resarcimiento debido al acreedor o al dañado en cada caso concreto*³⁷⁷.

³⁷⁴ MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO y MARTÍNEZ TAMAYO, CATALINA. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. 11ª ed. Bogotá: Edit. Temis, 2003.

³⁷⁵ Vertientes que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha explicado así: “Con arreglo a los artículos 1613 y siguientes del Código Civil, los daños materiales están constituidos por el daño emergente referido a las erogaciones crematísticas realizadas por el perjudicado para atender las consecuencias del delito; y el lucro cesante a las ganancias o a lo que deja de percibir el perjudicado a causa de la comisión del delito”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 11 de agosto de 2004, Exp. 20.139, M.P.: Mauro Solarte Portilla.

³⁷⁶ Por razones pedagógicas se subdivide entre la cuantificación del perjuicio y el cálculo de su duración dentro de un mismo género que es la tasación del perjuicio, dejando a salvo que algunos incluyen distintos elementos como determinantes del monto indemnizatorio, como por ejemplo, sexo, edad, resto probable de vida útil, educación, profesión u oficio, ingresos al momento del daño, probabilidad de ascensos y ahorros, aptitud para el trabajo, nivel de vida y condición social, etc.

³⁷⁷ TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T. IV. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2004, pp. 692 y ss.

En el mismo sentido que

*No es posible formular una norma general para establecer el montante de las indemnizaciones, analizando las diversas sentencias que el Tribunal Supremo ha dictado; pues se encuentran grandes variaciones, según las circunstancias, los tiempos, las condiciones del ofensor y del ofendido, etc.*³⁷⁸.

En cuanto toca con la cuantificación del perjuicio patrimonial, la misma dependerá de las distintas circunstancias que rodean el carácter mesurable del bien, cosa o interés³⁷⁹ que se afectó con la conducta del agente dañino. En ese sentido, no existe una única forma o método matemático que determine la cuantía del perjuicio, puesto que las condiciones de cada bien, cosa o interés afectado, hacen que la cuantificación del mismo presente peculiaridades infinitas, y es que, dejando a salvo las consideraciones en torno a la reparación *in natura* o en especie, desde el punto de vista patrimonial³⁸⁰ la reparación con el valor del bien, ingreso no percibido, gasto realizado, etc., algunas veces corresponde o no con su propio valor nominal (*bien si se trate o no de una economía inflacionaria*), otras el mismo depende de las condiciones específicas de la víctima (*cuando por ejemplo la condición profesional de la víctima se ve disminuida y afecta su nivel de ingresos*), etc.

Tratándose de la duración del perjuicio patrimonial, conforme se verificará a continuación, existen fórmulas financieras que en la actualidad utiliza la jurisprudencia para el cálculo correspondiente³⁸¹ –una vez el perjuicio ha sido cuantificado–, y que

³⁷⁸ BORRELL MACIÀ, ANTONIO. *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*. Madrid: Bosch, Casa Editorial, 2003, p. 269.

³⁷⁹ Interés entendido como un interés jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico y no interés como los réditos que pueda producir un capital.

³⁸⁰ Un sector de la doctrina extranjera distingue dentro de los daños patrimoniales: “...1) *Directo*, cuando se destruyen cosas del patrimonio de otro o en la posesión del mismo; e 2) *Indirecto*: cuando el mal es hecho a la persona se lo llama indirecto, porque la integridad de la persona no es «patrimonial» (la persona no es una cosa), simplemente lo no directo del daño reside en que en la mutación física hecha a la persona, la herida por ejemplo, puede significar una pérdida patrimonial indirecta para ésta, por no poder trabajar (lucro cesante); por tener que efectuar erogaciones extraordinarias en remedios, curaciones, placas radiográficas y honorarios médicos y de internación, etc. (daño emergente); pero ello tiene que ocurrir necesariamente porque si no, no hay daño.” TRIGO REPESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T. IV, Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2004, p. 691.

³⁸¹ La utilización de las fórmulas constituye un criterio orientador de las Altas Cortes en aplicación de lo establecido por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que establece que la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas “...atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. Por lo demás, la doctrina ha indicado, en relación con las ayudas matemáticas, en la valoración de algunos tipos de daños, que “En otras palabras, en esta materia –como en la mayoría– debe entenderse que lo

son las mismas para ambas vertientes del daño patrimonial, lo cual no obsta para que se utilicen tantas fórmulas como hipótesis se presenten, precisamente porque las circunstancias que rodean éstas pueden ser disímiles. Así las cosas y dejando a salvo otras circunstancias, repárese por ejemplo en el hecho de que cuando se trata de un perjuicio que por concepto de daño emergente o lucro cesante, en relación con la víctima del daño, el deudor de la reparación pecuniaria **debe** (*por perjuicios que pueden haberse concretado antes de la fecha de la sentencia y/o que se concretan o perduran hasta la fecha de la sentencia misma, de forma periódica o instantánea*) o **deberá** sufragar (*perjuicios que, después de la fecha de la sentencia, se concretarán en el futuro de forma periódica o instantánea*), las operaciones matemáticas y fórmulas financieras que se realicen sobre dicho perjuicio, en el primer caso pueden conducir a la actualización o indexación de la(s) suma(s) que lo concrete(n) y/o al cálculo de los intereses a que haya lugar, mientras que en el segundo, la(s) suma(s) no tendrá(n) que actualizarse o indexarse, siempre y cuando se tome su valor presente al momento de la sentencia o liquidación, pero sí que calcularse los intereses que corresponda descontarse.

Hay que advertir que la actualización o indexación no es una premisa absoluta en todos los casos, puesto que para las hipótesis en que ella se podría aplicar, específicamente para los perjuicios que se concretan antes de la sentencia, o antes de la liquidación de los mismos –en tales eventos es un hecho notorio en economías inflacionarias, que la(s) suma(s) de dinero que se debe(n) desde un punto de tiempo en el pasado, no tienen idéntico valor en el presente³⁸²– la actualización o indexación depende de si el interés que se va a calcular la incluye o no. De esta manera, cuando en las fórmulas financieras, en las variables correspondientes, se utilizan intereses que incluyen la actualización o indexación del dinero, naturalmente que no será

importante es el problema concreto a solucionar, siendo subalternas o accesorias las herramientas creadas para operar sobre ese problema. El predominio de los hechos concretos por sobre las construcciones alambicadas levantadas sobre ellos es, en esta materia, todavía más intenso y evidente que en otras. Es por ello, por ejemplo, que la estimación en términos matemáticos de una minusvalía física posee, por su propia naturaleza, carácter relativo y resulta útil, fundamentalmente, como pauta de orientación prudencial... sería absurdo pretender que la incapacidad se traduzca por sí misma en precisos guarismos económicos; o sea, en suma, que los porcentuales de incapacidad que estiman los médicos no constituyen más que una pauta de orientación prudencial, de valor relativo, que debe tenerse en cuenta conjuntamente con las demás referente a las víctimas, con su edad, actividad que realizaba, grupo familiar, etc.”. TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T. IV. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2004, pp. 701 y 768.

³⁸² El profesor JAVIER TAMAYO indica en este punto que “*Estamos de acuerdo con la mayoría de autores y tribunales que consideran como un hecho notorio la desvalorización de la moneda, lo que significa que no es un requisito indispensable en el proceso la demostración de esa circunstancia para que la indexación sea aplicada de manera oficiosa o a petición de parte*”. TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 2ª ed. T. II. Bogotá: Legis, 2007, p. 727.

necesario volver a realizarla³⁸³, so pena de enriquecer a la víctima demandante a costa del causante del daño.

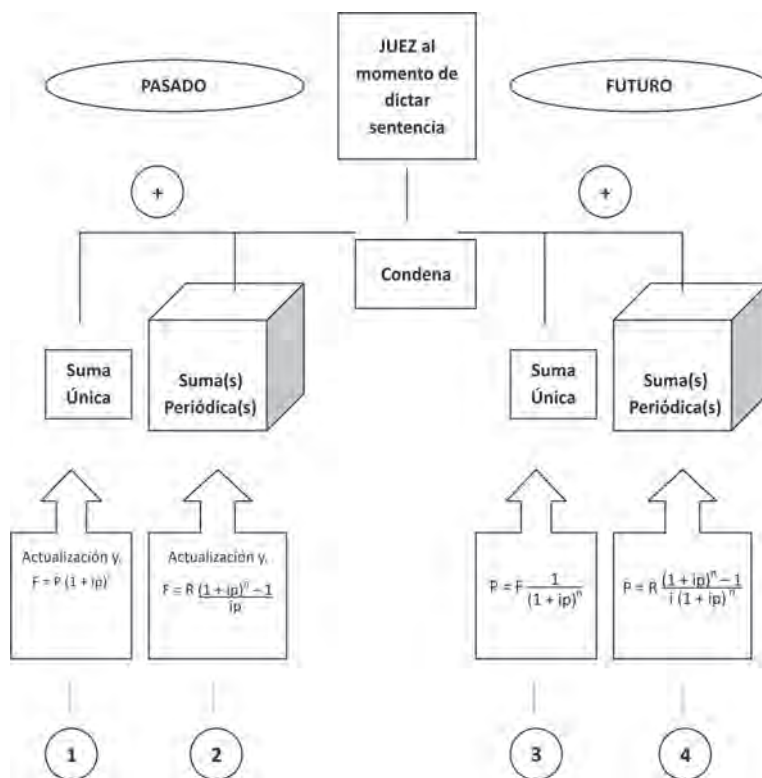
Dejando a salvo que puedan existir distintas formas de actualizar una suma de dinero, y de que en casos concretos las mismas puedan resultar más exactas a la hora de determinar el valor en el futuro de una suma en el pasado, dado que estas cuestiones no son el objeto central del texto, se acudirá simplemente a la forma de actualización que utilizan nuestras Cortes, específicamente la que se fundamenta en el Índice de Precios al Consumidor.

En el Gráfico 3 se ilustran las fórmulas financieras a que se hace mención, no sin antes advertir que, en relación con sus variables, se transcriben las denominaciones estándar que utiliza la doctrina especializada³⁸⁴, aun cuando puedan diferir de las denominaciones que nuestras Cortes y doctrina jurídica utilizan, corresponden a los mismos conceptos en definitiva.

³⁸³ Muy ilustrativas desde el punto de vista pedagógico son las consideraciones del profesor JAVIER TAMAYO en su obra en cita, quien indica: *“Desde el punto de vista lucrativo, el dinero produce una tasa de interés fijo que, según el artículo 1617 del Código Civil, es de 6% anual. Esa es la utilidad que genera un capital. En una economía no inflacionaria esa tasa de interés no debiera producir mayores oscilaciones. Por el contrario, y es lo que corre actualmente en la mayoría de los países, las tasas de interés aumentan al ritmo de la inflación; por ello vemos grandes diferencias entre el interés legal y el corriente y comercial, bancario o extrabancario. En el fondo, estos últimos contienen no solo el interés lucrativo o puro, sino también el equivalente de la pérdida del valor adquisitivo del capital... De allí se desprende que el interés lucrativo o puro es compatible con la indexación, pues ambos cumplen funciones distintas; como ya dijimos, el primero es la utilidad del dinero, en tanto que la segunda busca mantener su valor de cambio... En cambio, cuando el juez condena a intereses superiores a los puros o lucrativos (comerciales, corrientes, bancarios, extrabancarios, etc.), adicionalmente no podrá indexar el capital si ya la tasa de interés aplicada contiene no sólo el interés lucrativo o puro, sino también el equivalente a la desvalorización de la moneda; por eso mismo, cuando el capital ya ha sido indexado, sólo podrá concederse un interés lucrativo o puro, que normalmente es de 6% anual”*.

³⁸⁴ Tomadas de CALDERÓN ACEVEDO, SERGIO. *Operaciones de Tesorería*. 1ª ed. Bogotá: Colegio de Estudios Superiores de Administración-CESA, 2006, pp. 31 y 57. CORREDORES ASOCIADOS S.A. COMISIONISTAS DE BOLSA. *Manual para el Cálculo de Rentabilidades*. 8ª ed. Bogotá, 1999, pp. 204 y ss.

Gráfico No. 3



5.1 Fórmulas para el cálculo del daño patrimonial pasado

Dependiendo de si el perjuicio consiste en una suma única o en sumas periódicas, la fórmula para el cálculo de la extensión y monto del perjuicio en cada caso es distinta. Dentro de ese mismo contexto, hay que reiterar también que dado que se trata de un daño patrimonial pasado, la(s) suma(s) que concrete(n) el perjuicio(s), antes de aplicársele(s)

³⁸⁵ En virtud del artículo 19 de la Ley 794 de 2003, que modificó el artículo 191 del Código de Procedimiento Civil, "Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios".

El Índice de Precios al Consumidor "...es un indicador que mide la variación de precios de una canasta de bienes y servicios representativos del consumo de los hogares del país. Los resultados son analizados por grupos, subgrupos y clases de gastos, gastos básicos y niveles de ingreso. Esto para cada ciudad que hace parte del marco geográfico de la investigación y para el agregado de ciudades, o nacional, se inicia el ejercicio a partir de los gastos básicos locales como base de cálculo de los gastos básicos nacionales, después el proceso es también el de agregación de componentes hasta llegar al total nacional". [http://www.dane.gov.co/files/preguntas_frecuentes.pdf] (Ver también Ley 242 de 1995).

la fórmula correspondiente, sólo debe(n) ser actualizada(s) o traída(s) a valor presente (*al momento de la sentencia o liquidación*), cuando se utiliza el interés legal, de otra forma, esto es, si se utiliza un interés corriente, aquélla(s) no debe(n) actualizarse.

Es por ello que, para los casos de responsabilidad extracontractual, hoy en día la jurisprudencia antes de aplicar las fórmulas 1 ó 2, actualiza o trae a valor presente dicha(s) suma única o periódica (*teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor-IPC³⁸⁵*), sobre la base de que el interés que aplica en dichas fórmulas es el legal, esto es, un interés que no incluye la actualización o indexación del dinero. Este primer paso mecánicamente implica tomar el valor que se va a actualizar y multiplicarlo por el valor que resulte de dividir el IPC del mes en el que se hace la liquidación de perjuicios entre el IPC del mes en el que se produjo el daño. En ese sentido, en la jurisprudencia de nuestras Cortes se puede observar el cálculo de esta primera operación con algunas denominaciones como las siguientes (*todas ellas tendientes a actualizar el daño patrimonial en sus vertientes de lucro cesante o daño emergente*):

$$\text{Ra ó LCM ó VAt} = \text{Rh} \times \frac{\text{Índice final ó IPC(f) ó IPCt}}{\text{Índice inicial ó IPC (i) ó IPCt-1}}$$

Desde una perspectiva general, las denominaciones anteriores corresponden:

$$\text{Valor a Actualizar} = \text{Valor pasado} \times \frac{\text{IPC del momento en que ocurrió el daño}}{\text{IPC del momento del fallo o liquidación}}$$

Los IPC que componen la fórmula pueden ser consultados en la página web del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, y a modo de ilustración se transcribe el cuadro “Índice-Serie de Empalme Anual 1994-2009”³⁸⁶.

Luego de la actualización de la(s) suma(s) en las que consiste el perjuicio, el paso siguiente es el cálculo de los intereses que ella(s) produjo(eron) hasta el mes de la sentencia o la liquidación. En este punto y para los efectos de dicho cálculo, se ha distinguido entre si el perjuicio consiste en una suma única o en sumas periódicas, puesto que dependiendo de si es lo primero o lo segundo, las fórmulas que se utilizan por nuestras Cortes son las identificadas con los N° (1) y (2), respectivamente.

³⁸⁶ Índice-Serie de Empalme Anual 1994-2009.

Cuadro No. 1. Índice-Serie de Empalme Anual 1994-2009

Mes	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Enero	22.00	26.63	32.02	38.63	45.52	53.34	57.74	62.64	67.26	72.23	76.70	80.87	84.56	88.54	93.85	101.43
Febrero	22.81	27.57	33.31	39.83	47.01	54.24	59.07	63.83	68.11	73.04	77.62	81.70	85.11	89.58	95.27	101.94
Marzo	23.32	28.29	34.01	40.45	48.24	54.75	60.08	64.77	68.59	73.80	78.39	82.33	85.71	90.67	96.04	102.26
Abril	23.87	28.92	34.68	41.11	49.64	55.18	60.68	65.51	69.22	74.65	78.74	82.69	86.10	91.48	96.72	102.28
Mayo	24.24	29.40	35.22	41.77	50.41	55.45	60.99	65.79	69.63	75.01	79.04	83.03	86.38	91.76	97.62	102.22
Junio	24.46	29.76	35.62	42.28	51.03	55.60	60.98	65.82	69.93	74.97	79.52	83.36	86.64	91.87	98.47	102.18
Julio	24.68	29.99	36.16	42.63	51.27	55.77	60.96	65.89	69.94	74.86	79.50	83.40	87.00	92.02	98.94	102.23
Agosto	24.92	30.18	36.56	43.12	51.29	56.05	61.15	66.06	70.01	75.10	79.52	83.40	87.34	91.90	99.13	102.12
Septiembre	25.20	30.44	37.00	43.66	51.44	56.24	61.41	66.30	70.26	75.26	79.76	83.76	87.59	91.97	98.94	
Octubre	25.48	30.71	37.42	44.08	51.62	56.43	61.50	66.43	70.66	75.31	79.75	83.95	87.46	91.98	99.28	
Noviembre	25.76	30.95	37.72	44.44	51.71	56.70	61.71	66.50	71.20	75.57	79.97	84.05	87.67	92.42	99.56	
Diciembre	26.15	31.24	38.00	44.72	52.18	57.00	61.99	66.73	71.40	76.03	80.21	84.10	87.87	92.87	100.00	

5.2 Suma fija

Tratándose del daño patrimonial pasado por sumas únicas, se ha venido utilizando la siguiente fórmula financiera (1):

$$F = P \times (1 + ip)^n$$

En donde,

F: Valor a calcular y que incluye los intereses, con el que se indemnizará el perjuicio patrimonial consistente en una suma única.

P: Suma actualizada conforme a la operación matemática en la que se utilizaron los IPC's y que no incluye intereses.

ip: Tasa periódica [mensual/anual³⁸⁷] de interés expresada como fracción decimal. En la jurisprudencia de las Cortes, esta tasa corresponde al interés legal.

El Consejo de Estado toma este valor como 0.004867, que corresponde a la tasa mensual del interés puro o legal para fórmula compuesta, y que conforme lo indica la profesora Aída Patricia Hernández Silva, se obtiene así: $(1 + i)^{1/12} - 1$, donde i es la tasa anual de interés legal (6% o 0,06).

n: Número de períodos [mensual/anual] durante los cuales se causa el interés. Específicamente será el período que corra entre el momento en que se produjo el daño y el de la liquidación del perjuicio.

1: Constante financiera.

En síntesis, esta fórmula financiera calcula el valor, al momento de la sentencia o liquidación de los perjuicios, de una suma (*que puede ser o no previamente actualizada dependiendo del interés que se vaya a utilizar en la fórmula*), durante n períodos determinados (*mensual/anual*) en los que se genera un interés periódico (*mensual/anual*). En materia financiera esta fórmula es utilizada para calcular el interés compuesto³⁸⁸.

5.3 Sumas periódicas

Respecto del daño patrimonial pasado por sumas periódicas, se ha utilizado la siguiente fórmula financiera (2):

³⁸⁷ El criterio anual o mensual que se utilice en las fórmulas respecto del interés [ip] debe ser el mismo en relación con el número de períodos [n].

³⁸⁸ Por contraposición al interés simple que "se caracteriza porque la retribución económica y causada no se reinvierte", en el interés compuesto "...los intereses generados son reinvertidos en el momento de ser recibidos o causados, colocándolos a su vez a devengar intereses adicionales" CORREDORES ASOCIADOS S.A. COMISIONISTAS DE BOLSA. *Manual para el cálculo de rentabilidades*. 8ª ed. Bogotá, 1999, pp. 6 y ss.

$$F = R \left| \frac{(1 + ip)^n - 1}{ip} \right|$$

F: Valor a calcular y que incluye los intereses, con el que se indemnizará el perjuicio patrimonial consistente en sumas periódicas.

R: Suma actualizada conforme a la operación matemática en la que se utilizaron los IPC's y que no incluye intereses.

ip: Tasa periódica (mensual/anual) de interés expresada como fracción decimal. En la jurisprudencia de las Cortes, esta tasa corresponde al interés legal.

El Consejo de Estado toma este valor como 0.004867, resultante de la operación que se indicó algunas líneas atrás.

n: Número de períodos (mensual/anual) durante los cuales se causa el interés. Específicamente será el período que corra entre el momento en que se produjo el daño y el de la liquidación del perjuicio.

1: Constante financiera.

5.4 Fórmulas para el cálculo del daño patrimonial futuro

Sin perjuicio de reiterar lo ya dicho, a diferencia de las fórmulas para el cálculo del daño patrimonial pasado, en el daño patrimonial futuro no procede la actualización o indexación, en tanto en cuanto se tome el valor presente del perjuicio, al momento de la sentencia o liquidación. En estos casos, entonces, lo que se busca a través de las fórmulas aplicables es traer al valor presente de la sentencia o liquidación el valor de un perjuicio que tendría que pagarse en el futuro, descontando los intereses correspondientes. Por lo anterior, las fórmulas no incluyen intereses que sumen a favor de la víctima sino por el contrario, los intereses que se calculan en las fórmulas se descuentan, cuestión que se justifica en que no es lo mismo y favorece a la víctima, recibir la indemnización de forma anticipada a recibirla en el futuro por escalonamientos o en un único momento³⁸⁹.

Aun cuando nuestras Cortes sólo han utilizado la fórmula (4) para indemnizar el daño patrimonial futuro, cuando éste consiste en sumas periódicas, nada impediría en teoría, que la jurisprudencia aceptara la procedencia de la fórmula (3), que en materia financiera

³⁸⁹ De acuerdo con el profesor JAVIER TAMAYO “...si bien es verdad que el responsable puede ser obligado a pagar anticipadamente un capital equivalente al lucro cesante futuro, también es cierto que el demandado tiene derecho a que el indemnizado le pague el costo financiero generado por el hecho de anticipar el pago de ese capital. El razonamiento es simple: si el responsable sólo pagara la indemnización a medida que el perjuicio permaneciera, podría mientras tanto colocar el capital a producir un interés que, inclusive, le serviría para ir pagando mensualmente la indemnización. Este planteamiento ha hecho, pues, que en todo los pagos de un capital anticipado se descuenta previamente el costo del interés puro o lucrativo.” TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 2ª ed. T. II. Bogotá: Legis, 2007, p. 944.

se utiliza para “...determinar el valor presente (P), no conocido, que sea equivalente a un valor futuro (F) dado”³⁹⁰, por contraposición a la primera que se predica en el marco de la “...equivalencia entre la serie uniforme de pagos sucesivos y la suma actual, descontando los rendimientos que se producen...”³⁹¹.

En este acápite haremos referencia exclusivamente a la fórmula (4) que es la comúnmente utilizada por las Cortes colombianas para calcular el daño patrimonial futuro cuantificado, concretamente:

$$P = R \left| \frac{(1 + ip)^n - 1}{ip \times (1 + ip)^n} \right|$$

P: Valor a calcular y que incluye los intereses que se descuentan, con el que se indemnizará el perjuicio patrimonial consistente en sumas periódicas.

R: Suma periódica que se toma en su valor presente al momento de la sentencia o liquidación.

ip: Tasa periódica (mensual/anual) de interés expresada como fracción decimal. En la jurisprudencia de las Cortes, esta tasa corresponde al interés legal.

El Consejo de Estado toma este valor como 0.004867, resultante de la operación que se indicó algunas líneas atrás.

n: Número de períodos (mensual/anual) durante los cuales se causa el interés. Específicamente será el período que corra desde el momento de la sentencia o liquidación hasta un punto específico en el futuro que dependerá de la víctima de que se trate.

1: Constante financiera.

5.5 Mecánica de las fórmulas

Las fórmulas precedentes (1), (2) y (4) vienen siendo utilizadas en la actualidad³⁹² por las Cortes colombianas, más específicamente las que actualizan el daño patrimonial

³⁹⁰ CORREDORES ASOCIADOS S.A. COMISIONISTAS DE BOLSA. *Manual para el cálculo de rentabilidades*. 8ª ed. Bogotá, 1999, p. 17.

³⁹¹ CORREDORES ASOCIADOS S.A. COMISIONISTAS DE BOLSA. *Manual para el cálculo de rentabilidades*. 8ª ed. Bogotá, 1999, p. 19.

³⁹² De acuerdo con la doctrina nacional, para el caso del daño patrimonial futuro, “...Anteriormente se multiplicaba el producto anual por los años de supervivencia. Pero esa operación era injusta e inequitativa para el responsable porque pagaría de contado y en forma anticipada sumas que el perjudicado iría a recibir mensualmente y por períodos vencidos. Por eso la jurisprudencia aceptó la aplicación de algunas operaciones matemáticas financieras que permiten descontar los intereses que esas sumas pagadas de contado y anticipadamente deben producir”. Tomado de PRECIADO AGUDELO, DARÍO. *Indemnización de perjuicios*. 3ª ed. T. II. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda., 2004, pp. 542 y ss.

pasado o consolidado (es decir, el que ya ha sido sufrido por la víctima) al valor presente que tiene al momento de la sentencia y la que trae el daño patrimonial futuro (es decir, el que no ha sido todavía sufrido por la víctima) al valor del momento (presente) de la sentencia. En el caso del daño patrimonial pasado, las fórmulas se utilizan actualizando previamente las sumas que se acrediten y/o reconociendo sobre las mismas un interés técnico del 6% anual, y, tratándose del daño patrimonial futuro se descuentan el mismo interés.

Ahora bien, varios de esos elementos de las fórmulas, más concretamente las variables, requieren establecer previamente los valores que correspondan en cada evento, y es que dichos valores dependerán del caso específico de que se trate, y, dependiendo de la fórmula, tendrán que tenerse en cuenta aspectos como: de qué víctima se trata, cuál es el daño por ella sufrido y cuál su cuantía, cuándo ella sufrió y/o hasta cuándo sufrirá el daño, entre otros. Súmese a lo anterior que cada una de las fórmulas será aplicable dependiendo de si efectivamente la víctima sufrió el daño(s) al que corresponde(n) la(s) fórmula(s), de esta forma, lo obvio es que sólo se cuantifiquen los daños pasados y futuros, si la víctima efectivamente los sufrió y los seguirá sufriendo.

i. ¿De qué víctima se trata y cuál es el daño por ella sufrido?

Resulta de singular importancia este primer interrogante, ya que, conforme lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia,

*(...) Respecto de los daños materiales propiamente dichos, en casos como el que ahora se estudia, se ha expuesto también que para efectos de determinar su resarcibilidad debe tenerse en cuenta quién fue la víctima. Que si ésta era persona que al ocurrir su muerte no tenía actividad productiva de la cual se beneficiarían también los que reclaman la indemnización, por razón de su edad, enfermedad o de incapacidad física o mental, sus deudos o parientes próximos no reciben perjuicio económico con su fallecimiento. Si el muerto no tenía capacidad productiva al morir, pues a nadie ayudaba y a nadie perjudicó con su muerte*³⁹³.

En ese sentido y desde una aproximación inicial, que en relación con la víctima la conducta delictiva del agente dañino (GAOML) le ocasione a aquella la muerte o lesiones, es lo primero que debe ser considerado por quien cuantifique y calcule el perjuicio patrimonial,

³⁹³ Providencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuya doctrina fue acogida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de abril de 1980, C.P. Jorge Valencia Arango. Providencias, ambas, citadas en PRECIADO AGUDELO, DARÍO. *Indemnización de perjuicios*. 3ª ed. T. II. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda., 2004, pp. 129 y ss.

dado que las reflexiones no serán idénticas cuando la víctima fallece como consecuencia del hecho dañoso, caso en el cual, a la víctima misma no podría serle reconocida indemnización alguna por la natural circunstancia de que se encuentra muerta [sin perjuicio de aquellas hipótesis cuando la víctima no muere instantáneamente sino después de un periodo determinado, tiempo durante el cual incurre directa o indirectamente, a causa del hecho dañino, en gastos, los que sólo podrán ser reconocidos a la víctima occisa a través de quienes tengan derechos sobre la sucesión de aquella]; y cuando la víctima sufre lesiones como consecuencia de dicho hecho, evento en el que a la víctima puede serle reconocido el daño patrimonial que acredite en el proceso.

En segundo lugar, las dos circunstancias, la muerte o lesiones ocasionadas a la víctima, tendrán que considerarse respecto de terceras personas distintas de la víctima misma, puesto que éstas –quienes también son calificadas como víctimas– pueden haber sufrido perjuicios patrimoniales, que, si se encuentran acreditados deben serles reconocidos. En relación con esta última hipótesis, ha indicado la Corte Suprema de Justicia que

*(...) en cuanto concierne a los perjuicios materiales ocasionados a terceros por la muerte o invalidez accidentales de una persona, se admite que está legitimado para demandar el resarcimiento correspondiente quien, por tener una relación jurídica con la víctima sufre una lesión en el derecho nacido de este vínculo. Lo cual quiere decir que, para reclamar en el caso dicho la indemnización de perjuicios materiales, se requiere probar la lesión de un derecho surgido de una relación de interés con la víctima*³⁹⁴.

5.6 Daño patrimonial de la víctima cuando ésta muere o sufrió lesiones

Cuando el análisis de la cuantificación y cálculo del daño patrimonial se centra en la víctima occisa, por regla general no es dable reconocer suma alguna respecto de ésta, puesto que quien pudiera reclamar el daño –que sería la víctima misma³⁹⁵– muere a causa de la conducta delictiva del GAOML.

³⁹⁴ Providencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuya doctrina fue acogida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de abril de 1980, C.P. Jorge Valencia Arango. Providencias, ambas, citadas en PRECIADO AGUDELO, DARÍO. *Indemnización de perjuicios*. 3ª ed. T. II. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda., 2004, pp. 129 y ss.

³⁹⁵ Sin consideración a que el perjuicio de la víctima indirecta se trate por separado, la doctrina ha indicado sobre este punto que “La determinación del valor de la vida humana no se hace en consideración al titular de esa vida que ha fallecido sino en consideración a quienes lo sobreviven porque son éstos los que, en sus patrimonios sufrirán las consecuencias económicas que pudo haber provocado la desaparición del occiso y es por ello que ejercen su acción «iure proprio». Toda vez que no es posible valorar la vida de la víctima, el rubro «valor vida» intenta resarcir el daño que la supresión de la vida genera indirectamente en otro sujeto, es decir sobre las consecuencias que sobre otros patrimonios puede causar la extinción de actividad del difunto”. TRIGO REPESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T. IV. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2004, p. 705.

Lo anterior, como se advirtió, no se opone a que las personas con derechos sobre la sucesión de la víctima puedan reclamar en representación de ésta los perjuicios patrimoniales que la víctima sufrió directa o indirectamente como consecuencia del hecho dañino. Esto último se presenta, por ejemplo, cuando el hecho dañino no conduce a la muerte fulminante e inmediata de la víctima, y durante el periodo en que ésta sobrevive antes de su fallecimiento, incurre en gastos (daño patrimonial consolidado por suma fija) o deja de percibir los ingresos que venía percibiendo periódicamente antes de que acaeciera el hecho dañino (daño patrimonial pasado o consolidado por sumas periódicas). Las fórmulas que en este evento se utilizarían serían las que antes identificamos con los números (1) y (2). De otra parte, cuando la cuantificación y cálculo del daño patrimonial se predica de la víctima que sufrió lesiones pero que no muere como efecto del hecho delictivo, pueden distinguirse varias hipótesis, que concretan las distintas vertientes del daño patrimonial, bien porque como consecuencia de dicho hecho, la víctima asumió gastos y/o tendrá que incurrir en ellos en el futuro (daño patrimonial en sus vertientes de daño emergente pasado y futuro), bien porque dejó de percibir ingresos o porque la condición física (incapacidad) en que lo postró el hecho delictivo del agente dañino, no le permitirá percibir ninguno o los mismos ingresos [daño patrimonial en sus vertientes de lucro cesante pasado y futuro], entre otras.

En lo que atañe a la incapacidad, la cuantía del perjuicio patrimonial implica para el juez, evaluar cómo incide la misma en la aptitud de la víctima para seguir trabajando. De ahí que la doctrina indique que

*En supuestos de incapacidad parcial y permanente, la víctima es acreedora, por la mengua de su capacidad laboral, a una reparación que teóricamente le compense el menor ingreso, aun cuando continúe trabajando en el mismo lugar o en otro, pues su aptitud laboral se encuentra disminuida*³⁹⁶.

La aplicación de las fórmulas que corresponda en cada una de las vertientes del daño patrimonial dependerá además, de si se trata de sumas únicas o periódicas.

Respecto a la configuración del daño emergente futuro ha sostenido el Consejo de Estado que

Cuando se alega la existencia de un daño emergente futuro, el juez debe constatar que se trate de un perjuicio que, si bien no se ha consolidado aún, proviene de una situación dañosa que ya existe al momento de decidir, por lo cual en estos eventos, el demandante soporta

³⁹⁶ TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T. IV. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2004, p. 767.

la carga de acreditar ese daño presente y al juez, le corresponde analizar la proyección del mismo en el tiempo, es decir, establecer si el perjuicio causado, se extenderá hacia el futuro. Eso es lo que cabe esperar en eventos en los que la víctima ha sufrido lesiones que requerirán de curaciones y tratamientos más o menos largos, que le impedirán cumplir con sus labores cotidianas y con su atención personal, lo que hará necesaria la ayuda de una tercera persona para ello y le hará incurrir además en otros gastos, por concepto de tales curaciones y tratamientos, lo que lógicamente prolongará el daño más allá de las consecuencias inmediatas de la lesión o herida propiamente dicha. Es claro, entonces, que no sólo goza de certeza el daño que ya se ha producido al momento de dictar sentencia, por las pérdidas y disminuciones patrimoniales y extra patrimoniales que ya sufrió la víctima, sino que también puede serlo un perjuicio futuro, respecto del cual hay un alto grado de probabilidad de que se va a producir; caso en la cual, debe haber certeza en el juzgador, respecto de las circunstancias y condiciones actuales, que darán lugar a ese perjuicio futuro. Se hace énfasis en el alto grado de probabilidad que debe existir respecto del futuro perjuicio, porque si no tiene esta connotación, pasará a ser apenas un perjuicio eventual, es decir hipotético, que puede o no darse, es decir que ya no ofrecerá la certeza necesaria para admitirlo como un daño cierto, que dé lugar a su reparación³⁹⁷ (negrillas fuera de texto).

El daño emergente futuro no es lo mismo que el lucro cesante, punto en el que el mismo Consejo de Estado ha indicado que

El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad para el afectado de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración. De este modo, el reconocimiento y pago que la parte actora solicita de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento en que se produce la suspensión del demandante en el ejercicio de sus funciones, no puede catalogarse como una modalidad del daño emergente, sino de lucro cesante. Este último corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima. Esto último es lo que ocurre con el no pago de los salarios y prestaciones mientras se prolongó la detención preventiva. De manera que, por tratarse este extremo de un asunto que toca con el rubro del lucro cesante, será abordado inmediatamente después de cuantificar el daño emergente³⁹⁸ (negrillas fuera de texto).

³⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 26 de noviembre de 2006, Exp. 13.615, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

³⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 13.168, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

En uno de los casos estudiados por el Consejo de Estado, se indemnizó el daño emergente futuro, por sumas periódicas, indicando

Conforme con el dictamen médico y las cotizaciones allegadas al proceso, cuyo contenido no fue controvertido ni objetado por la entidad pública demandada, se encuentra acreditado en el plenario. el perjuicio sufrido por la víctima por concepto de daño emergente, el cual comprende las consultas, los medicamentos, tratamientos y atención especializada que requiere Luis Eduardo Mejía durante su vida probable, la cual atendiendo a que en la actualidad cuenta con 33 años, se calcula en 43.38 años (520.56 meses), atendiendo a lo dispuesto en la Resolución 0497 de 20 de mayo de 1997, expedida por la Superintendencia Bancaria, se procede a efectuar la liquidación correspondiente, para lo cual se tendrá en cuenta el costo de cada uno de aquéllos, su valor actualizado a la fecha de esta providencia y la proporción de su valor por meses. Posteriormente se actualizará el monto de la condena desde la fecha de esta sentencia, hasta la vida probable de la víctima, toda vez que en el dictamen médico se indicó que los -tratamientos, medicamentos, consulta y atención especializada se le debía proporcionar al paciente de por vida, atendiendo a la lesión sufrida. No se reconocerán perjuicios por este concepto con anterioridad, toda vez que no aparecen acreditados, es decir que sólo se pagarán bajo la modalidad de daño emergente futuro³⁹⁹.

5.7 Daño patrimonial de personas distintas de la víctima cuando ésta muere

Cuando el daño patrimonial se predica de las víctimas indirectas, se pueden distinguir dos hipótesis, bien que éstas hayan tenido que asumir gastos como consecuencia de la muerte de la víctima directa, o bien porque era dependientes económicamente de la víctima que muere.

En el primer evento, los gastos en que incurrieron las víctimas indirectas, constituyen un daño patrimonial resarcible, específicamente: un daño emergente pasado, cuya cuantificación exigirá acreditar el monto del mismo, su actualización o indexación para el momento de la sentencia o liquidación y los intereses sobre las sumas que concreten dicho daño. Lo anterior supondrá acudir a las fórmulas (1) y (2) dependiendo de si se cumplen los presupuestos de cada una.

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, el cálculo de este daño patrimonial supone

³⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 21 de septiembre de 2005, Exp. 25.102, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

⁴⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de abril de 2009, Exp. 08001-3103-005-1995-10351-01, M.P.: César Julio Valencia Copete.

*(...) el daño emergente (...) se condenará a su satisfacción con **actualización de esas sumas mediante el sistema de índice de precios al consumidor (...) más intereses del 6% anual desde la ejecutoria de esta sentencia y hasta que el pago se realice***⁴⁰⁰ *(negritas fuera de texto).*

Lo dicho no se opone a que pueda existir un daño emergente futuro a cargo de las víctimas indirectas.

En el segundo evento, el de la relación de dependencia económica, los ingresos que las víctimas indirectas dejan de percibir por virtud de esa relación constituyen un daño patrimonial resarcible, concretamente: un lucro cesante cuya extensión dependerá de la víctima indirecta de que se trate. Las fórmulas que deberán utilizarse en dicho evento, además de atender a si se trata de un lucro cesante pasado o futuro, deberán considerar también si son sumas únicas o periódicas. Se reitera en este punto, que hasta la fecha, en cuanto a daño patrimonial futuro se trata, la jurisprudencia de las Cortes ha hecho uso exclusivamente de la fórmula (4), sin entrar a estudiar si la misma opera respecto de sumas únicas o periódicas.

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia:

*El lucro cesante pasado resultará de multiplicar el valor del monto indemnizable por el factor que en la tabla adoptada de conformidad con las decisiones arriba referenciadas, le corresponde al número de meses transcurridos entre la causación del daño y la liquidación*⁴⁰¹.

La utilización de la(s) fórmula(s) para calcular el daño material por concepto de lucro cesante consolidado, puede verificarse en reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴⁰², en la que se alude a las siguientes:

$$VA = LCM \times S_n$$

VA: Valor actual del lucro cesante consolidado/pasado total, con intereses del 6% anual

LCM: Lucro cesante mensual actualizado

Sn: Valor acumulado de la renta periódica de un peso que se paga “n” veces a una tasa de interés “i” por periodo

⁴⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de octubre de 2004, Exp. 6975, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

⁴⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de abril de 2009, Exp. 08001-3103-005-1995-10351-01, M.P.: Cesar Julio Valencia Copete. Esa providencia reitera las fórmulas utilizadas en las sentencias, de la misma Corporación y Sala, 071 de 7 de octubre de 1999, Exp. 5002, 150 de 5 de octubre de 2004, Exp. 6975 y 021 de 6 de marzo de 2006, Exp. 7368.

$$\text{LCM [o VAT]}^{403} = \frac{\text{IPCt}}{\text{IPCt-1}}$$

IPCt: Índice de precios al consumidor para el momento de la sentencia [IPC final]

IPCt-1: Índice de precios al consumidor para el momento en que sucedieron los hechos [IPC inicial]

$$S_n = \left| \frac{(1+i)^n - 1}{i} \right|$$

i: Tasa de interés técnico por período que equivale a 0.005

n: Número de meses transcurridos

1: Constante matemática

Conforme lo advierte la propia Corte Suprema de Justicia, el resultado de la operación para obtener S_n ⁴⁰⁴ viene indicado en tablas financieras y para llegar a él, por practicidad, basta identificar el número de meses transcurridos desde el hecho dañoso hasta el día de la liquidación y hallar en dichas tablas el factor que corresponde a esa cifra. En ese sentido, esa misma corporación ha manifestado que

En orden a desarrollar la fórmula, concretamente respecto del factor S_n , la Corte, para la contabilización del tiempo transcurrido entre la ocurrencia del hecho dañoso y el presente, toma en cuenta como punto (...) fecha de la muerte del causante, y como

⁴⁰³ Aún cuando la Corte Suprema de Justicia en algunos fallos en los que calcula el LCM lo denomina VAT, no puede confundirse ésta con la de VA. Tanto LCM como VAT se refieren al lucro cesante mensual actualizado y VA al valor actual total del lucro cesante consolidado, que incluye el anterior. Así se puede verificar en la sentencia de dicha corporación de 24 de abril de 2009, Exp. 23417-31-03-001-2001-00055-01, M.P.: César Julio Valencia Copete.

⁴⁰⁴ Conforme lo indica el Profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO, “Para facilitar la aplicación de la fórmula se han elaborado unas tablas que convencionalmente denominaremos tabla número 2, que contienen los valores de S_n para diferentes tasas de interés y valores de n (meses transcurridos) (...) En la columna 1 (n) aparece el número de meses por liquidar. En las siguientes, las diferentes tasas de interés anual y su equivalente mensual, tasas de interés que van desde el 6% hasta el 40% anual. En cada columna, al frente del número de meses que se va a liquidar, aparece un factor. Así, para un interés del 21% anual y una liquidación de 10 meses encontramos el factor 10.7521 (columna 10). (Hemos desechado las dos últimas cifras). La operación consiste en multiplicar el valor mensual por el factor correspondiente”. TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 2ª ed. T. II. Bogotá: Legis, 2007, pp. 872 y ss.

Coincidiendo con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia indicó: “...el resultado de la operación viene indicado en las tablas financieras señaladas y para llegar a él basta identificar el número de meses transcurridos desde el hecho dañoso hasta el día de la liquidación y hallar el factor que corresponde en ellas a esa cifra”. Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de abril de 2009, Exp. 08001-3103-005-1995-10351-01, M.P.: César Julio Valencia Copete.

*extremos finales, para la viuda, por ser menor que su consorte, la de la fecha probable de defunción de este último, haciendo caso omiso de su efectiva ocurrencia, y frente a los demás demandantes, el día en que cumplieron sus 25 años de edad, que ya sobrevino*⁴⁰⁵.

En el cálculo del daño patrimonial en su vertiente lucro cesante, respecto de las víctimas indirectas, lo primero que debe acreditarse es el monto de los ingresos [actualizado o indexado]⁴⁰⁶ de la víctima que muere, monto al cual es preciso adicionar un porcentaje a título o por concepto de prestaciones sociales, porcentaje que según el criterio vigente es del 25%, que cubre lo relativo al margen de ingresos que la persona debía percibir por concepto de prestaciones sociales. Este porcentaje es el máximo que se ha reconocido jurisprudencialmente y se aplica por supuesto, sin perjuicio de que se puedan acreditar prestaciones mayores, como en el caso de las prestaciones convencionales.

A continuación, una vez establecido el monto total de los ingresos de la víctima, lo siguiente es tomar un porcentaje de los mismos para cuantificar y calcular el daño patrimonial de cada una de las víctimas indirectas, y es que no todo los ingresos de la víctima que muere se toman para indemnizar a dichas víctimas indirectas, puesto que se ha deducido que un porcentaje de los ingresos se destinaban para atender los gastos personales propios del occiso.

En ese sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado por ejemplo, parte de la base de que el ingreso neto sobre el cual las víctimas indirectas recibían ingresos por virtud de una relación de dependencia económica con la víctima occisa, corresponde al 75% del ingreso bruto. Ha señalado, en efecto, dicha Corporación que

(...) lo que las reglas de la experiencia indican, es que el mayor porcentaje de sus ingresos fuera dedicado a la alimentación, vestido y educación de sus...hijos...por lo cual se considera apropiado calcular los perjuicios con base en el 75% de tales ingresos, asumiendo que el resto era destinado por la víctima para sus propios gastos; la cantidad resultante deberá ser actualizada y los perjuicios reconocidos hasta la fecha en que los

⁴⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de octubre de 2004, Exp. 6975, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

⁴⁰⁶ En aquellos casos cuando se toma el salario mínimo legal mensual vigente, ha indicado la Corte Suprema de Justicia que: "...respecto de la cual no es del caso ordenar el reajuste monetario desde la fecha de la causación del daño, como se reclamó al sustentar el recurso de «apelación, puesto que al tomar como base para calcularla, el salario mínimo legal mensual vigente, este trae "implícita la pérdida del poder adquisitivo del peso», como se anotó". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de junio de 2005, Exp. 68001-3103-095-1998-00650-01, M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

*menores cumplieron la mayoría de edad, puesto que ese es el momento a partir del cual las personas asumen la responsabilidad de su propia manutención, a no ser que se pruebe que continuaron estudiando y sus padres siguieron corriendo con sus gastos*⁴⁰⁷.

Precítese que en tales casos no es que el juez reduzca la cuantía del daño acreditado, sino que sencillamente reconoce el daño **personal** sufrido por cada víctima, descontando el valor que el occiso destinaba para sí mismo. En ese sentido, ha afirmado la Corte Suprema de Justicia que

*En cuanto al porcentaje que de sus ingresos el occiso podía destinar a su propio sostenimiento, bien puede acudir la Corte, como en otras oportunidades, a un 25% de sus ingresos, que corresponde al propuesto por los peritos y en lo que atañe a la vida probable de los demandantes, así como la que hubiera podido gozar el señor Díaz Sánchez de no haber tenido ocurrencia el accidente aéreo que culminó con los resultados ya conocidos, habrá de tenerse en cuenta la Resolución 1439 de 1972 (que en copia obra de fls 61 a 65), vigente para la fecha del óbito del mencionado. Además, se estimará que la viuda sería beneficiaria de ese apoyo por el término de vida probable de su esposo y que sus hijos recibirían tal ayuda económica hasta la edad límite de 25 años, época que razonablemente se asume como la de culminación de sus estudios superiores, todo esto de conformidad con las directrices admitidas por esta misma Corporación en asunto similar (sent. de 18 de octubre de 2001, exp. 4504)*⁴⁰⁸.

Establecido el ingreso neto de la víctima, se hace una distribución del ingreso entre las víctimas indirectas, punto en el cual, la jurisprudencia ha establecido distintas pautas y criterios dentro de hipótesis divergentes:

- Demanda del Cónyuge Supérstite o Compañero Permanente Supérstite Sin Hijos. En este evento se debe descontar del monto de ingresos netos el 50%, descuento que obedece a que en esta hipótesis el porcentaje del 50% corresponde al destinado por la víctima para sí misma y el otro 50% el destinado al cónyuge supérstite que es la víctima indirecta.
- Demanda del Cónyuge Supérstite o Compañero Permanente Supérstite e Hijos. En este evento, el 50% de los ingresos netos de la víctima occisa es del cónyuge supérstite y el otro 50% es para los hijos dividido por partes iguales dependiendo del número de hijos que tuvieran relación de dependencia económica.

⁴⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 12 de febrero de 2004, Exp. 13.952, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de octubre de 2004, Exp. 6975, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

- Determinado el quantum de la indemnización por cada víctima indirecta, lo que sigue es determinar la extensión del perjuicio, es decir, hasta cuándo sufre cada víctima el perjuicio patrimonial. Esta tarea lleva a que deba en cada caso, hacerse una relación de víctimas en la que se indique la siguiente información:

Nombre de la víctima indirecta

Fecha de nacimiento de la víctima indirecta

Fecha de la muerte de la víctima occisa

Fecha hasta la cual debe indemnizarse a la víctima indirecta [bien porque es su expectativa máxima de vida en el caso del cónyuge superviviente o bien porque se cumple la máxima edad hasta la cual la jurisprudencia ha reconocido perjuicios por relación de dependencia económica en el caso de los hijos]

Indemnización consolidada [entre la fecha de la ocurrencia del daño y la fecha de la sentencia o la liquidación]

Indemnización futura [entre la fecha de la sentencia o liquidación y la fecha hasta la que debe indemnizarse a la víctima indirecta]

La información previa, llevará en cada caso de las víctimas indirecta, a determinar:

- En el caso del Cónyuge Superviviente o Compañero Permanente Superviviente, su indemnización se extenderá hasta el límite o máximo de vida probable más baja de los dos cónyuges o compañeros.
- En el caso de los Hijos la indemnización se extenderá hasta que alcance los veinticinco (25) años, o si se trata de un hijo incapaz absolutamente, irá hasta la muerte de la víctima directa.
- En el caso de los Padres, cuando la víctima indirecta son los Hijos y se acredita la relación de dependencia, la indemnización se extenderá hasta que el hijo hubiese alcanzado los veinticinco (25) años, salvo que no obstante esa edad, los padres estén en condiciones de senilidad que hubieren conllevado que la ayuda económica por parte del Hijo se extendiera hasta el límite o máximo de vida probable más bajo entre el Hijo y los padres.

Una vez determinadas las variables para la aplicación de las fórmulas del daño patrimonial en su vertiente lucro cesante, tendrá que determinarse respecto de cada una cuáles se aplican, porque por ejemplo en la mayoría de casos, respecto de la cónyuge se presenta una reclamación que da lugar al lucro cesante pasado y futuro [salvo por supuesto que la cónyuge o compañero superviviente también muera antes de la sentencia, caso en el cual sólo se le indemnizará el lucro cesante pasado a quienes tengan derecho sobre su sucesión], mientras en el caso de los hijos, se presentan reclamaciones que para el momento de la sentencia dan lugar sólo al lucro cesante pasado [porque sucede que ya han alcanzado los 25 años, edad hasta la que tendrían dependencia económica respecto

de la víctima occisa]. En definitiva, no es posible hacer reglas absolutas generales, porque cada caso presenta sus particularidades.

Conforme se indicó atrás, el cálculo de la duración del perjuicio en la víctima indirecta depende de hasta cuándo la misma habría recibido el ingreso de la víctima occisa, punto en el cual, conforme se ha advertido, la jurisprudencia ha entrado a distinguir de qué víctima indirecta se trata, y particularmente, para el caso de los cónyuges o cuando existe dependencia absoluta, el periodo de la indemnización depende del menor límite de vida probable de entre la víctima directa y la indirecta, razón por la cual, es preciso acudir a las tablas de mortalidad aprobadas por la hoy Superintendencia Financiera mediante la Resolución 1112 del 29 de junio de 2007⁴⁰⁹, que en uno de sus considerandos indica

Que con base en un estudio inicial de FASECOLDA presentado mediante comunicación 2006045263-000-000 del 23 de agosto de 2006, esta Superintendencia ha elaborado nuevas tablas de mortalidad de los asegurados, discriminadas por sexo, tomando la experiencia obtenida por las entidades que comercializan el seguro de vida individual en Colombia en el período 1998-2003.

A continuación, prescribe la citada Resolución:

Artículo Primero: Para establecer los parámetros de mortalidad en los planes de seguros de vida, se adoptan las siguientes tablas de mortalidad:

x	l(x)	d(x)	q(x)	e ⁰ (x)
20	100,000	356	0.003560	54.31
21	99,644	358	0.003593	53.50
22	99,286	361	0.003636	52.69
23	98,925	364	0.003680	51.88
24	98,561	366	0.003713	51.07
25	98,195	366	0.003727	50.26
26	97,829	367	0.003751	49.45
27	97,462	367	0.003766	48.63
28	97,095	367	0.003780	47.81
29	96,728	367	0.003794	46.99
30	96,361	366	0.003798	46.17

⁴⁰⁹ "Por la cual se adoptan las Tablas Colombianas de Mortalidad de los Asegurados por Sexos. Experiencia 1998-2003...". Con anterioridad a esta Resolución se aplicaban las tablas aprobadas por la Resolución 497 de 20 de mayo de 1997 proferida por la otrora Superintendencia Bancaria.

TABLA DE MORTALIDAD ASEGURADOS HOMBRES
Experiencia 1998-2003

x	l(x)	d(x)	q(x)	$e^u(x)$
31	95,995	366	0.003813	45.34
32	95,629	366	0.003827	44.51
33	95,263	365	0.003831	43.68
34	94,898	366	0.003857	42.85
35	94,532	366	0.003872	42.01
36	94,166	365	0.003876	41.18
37	93,801	365	0.003891	40.33
38	93,436	365	0.003906	39.49
39	93,071	365	0.003922	38.64
40	92,706	366	0.003948	37.79
41	92,340	367	0.003974	36.94
42	91,973	368	0.004001	36.09
43	91,605	369	0.004028	35.23
44	91,236	371	0.004066	34.37
45	90,865	372	0.004094	33.51
46	90,493	374	0.004133	32.64
47	90,119	376	0.004172	31.78
48	89,743	379	0.004223	30.91
49	89,364	384	0.004297	30.04
50	88,980	392	0.004405	29.16
51	88,588	404	0.004560	28.29
52	88,184	422	0.004785	27.42
53	87,762	445	0.005071	26.55
54	87,317	476	0.005451	25.68
55	86,841	513	0.005907	24.82
56	86,328	560	0.006487	23.96
57	85,768	615	0.007171	23.12
58	85,153	679	0.007974	22.28
59	84,474	750	0.008878	21.45
60	83,724	826	0.009866	20.64
61	82,898	903	0.010893	19.84
62	81,995	979	0.011940	19.06
63	81,016	1,054	0.013010	18.28
64	79,962	1,119	0.013994	17.51
65	78,843	1,179	0.014954	16.76
66	77,664	1,232	0.015863	16.00
67	76,432	1,281	0.016760	15.25
68	75,151	1,357	0.018057	14.50
69	73,794	1,413	0.019148	13.76
70	72,381	1,477	0.020406	13.02
71	70,904	1,558	0.021973	12.28
72	69,346	1,656	0.023880	11.55
73	67,690	1,790	0.026444	10.82
74	65,900	1,957	0.029697	10.10
75	63,943	2,160	0.033780	9.39
76	61,783	2,397	0.038797	8.70

TABLA DE MORTALIDAD ASEGURADOS HOMBRES
Experiencia 1998-2003

x	l(x)	d(x)	q(x)	e°(x)
77	59,386	2,666	0.044893	8.03
78	56,720	2,971	0.052380	7.39
79	53,749	3,359	0.062494	6.77
80	50,390	3,818	0.075769	6.18
81	46,572	4,241	0.091063	5.65
82	42,331	4,412	0.104226	5.17
83	37,919	4,545	0.119861	4.71
84	33,374	4,567	0.136843	4.28
85	28,807	4,466	0.155032	3.88
86	24,341	4,305	0.176862	3.50
87	20,036	4,062	0.202735	3.15
88	15,974	3,706	0.232002	2.82
89	12,268	3,257	0.265487	2.52
90	9,011	2,725	0.302408	2.25
91	6,286	2,138	0.340121	2.01
92	4,148	1,584	0.381871	1.79
93	2,564	1,097	0.427847	1.59
94	1,467	702	0.478528	1.41
95	765	408	0.533333	1.24
96	357	212	0.593838	1.09
97	145	96	0.662069	0.94
98	49	36	0.734694	0.81
99	13	11	0.846154	0.65
100	2	2	1.000000	0.50

x Edad Actuarial

$l(x)$ Indica el número de sobrevivientes a la edad x tomando un grupo inicial supuesto de 100.000 personas de edad 20 años.

$d(x)$ Indica el número esperado de personas que fallecen a la edad x , sin alcanzar la edad $x+1$. $d(x)=l(x)-l(x+1)$

$q(x)$ Indica la probabilidad de fallecer a la edad x , sin alcanzar la edad $x+1$.

$$q(x)=d(x)/l(x)$$

$e^{\circ}(x)$ Vida media Completa. Años esperados de vida de una persona de edad x , antes de morir.

TABLA DE MORTALIDAD ASEGURADOS MUJERES
Experiencia 1998-2003

x	l(x)	d(x)	q(x)	e°(x)
20	100,000	130	0.001300	57.39
21	99,870	134	0.001342	56.47
22	99,736	138	0.001384	55.54

TABLA DE MORTALIDAD ASEGURADOS MUJERES
Experiencia 1998-2003

x	l(x)	d(x)	q(x)	$e^0(x)$
23	99,598	141	0.001416	54.62
24	99,457	145	0.001458	53.69
25	99,312	148	0.001490	52.77
26	99,164	152	0.001533	51.85
27	99,012	155	0.001565	50.93
28	98,857	159	0.001608	50.01
29	98,698	162	0.001641	49.09
30	98,536	166	0.001685	48.17
31	98,370	170	0.001728	47.25
32	98,200	174	0.001772	46.33
33	98,026	179	0.001826	45.41
34	97,847	184	0.001880	44.49
35	97,663	189	0.001935	43.58
36	97,474	194	0.001990	42.66
37	97,280	199	0.002046	41.74
38	97,081	204	0.002101	40.83
39	96,877	210	0.002168	39.91
40	96,667	217	0.002245	39.00
41	96,450	223	0.002312	38.08
42	96,227	230	0.002390	37.17
43	95,997	236	0.002458	36.26
44	95,761	243	0.002538	35.35
45	95,518	250	0.002617	34.44
46	95,268	257	0.002698	33.53
47	95,011	264	0.002779	32.61
48	94,747	272	0.002871	31.70
49	94,475	282	0.002985	30.79
50	94,193	294	0.003121	29.88
51	93,899	309	0.003291	28.98
52	93,590	329	0.003515	28.07
53	93,261	353	0.003785	27.17
54	92,908	384	0.004133	26.27
55	92,524	421	0.004550	25.38
56	92,103	467	0.005070	24.49
57	91,636	521	0.005686	23.61
58	91,115	584	0.006409	22.74
59	90,531	655	0.007235	21.89
60	89,876	731	0.008133	21.04
61	89,145	811	0.009098	20.21
62	88,334	891	0.010087	19.39
63	87,443	972	0.011116	18.59
64	86,471	1,045	0.012085	17.79
65	85,426	1,116	0.013064	17.00
66	84,310	1,180	0.013996	16.22
67	83,130	1,242	0.014940	15.44
68	81,888	1,332	0.016266	14.67
69	80,556	1,403	0.017416	13.90
70	79,153	1,483	0.018736	13.14

TABLA DE MORTALIDAD ASEGURADOS MUJERES
Experiencia 1998-2003

x	l(x)	d(x)	q(x)	$e^v(x)$
71	77,670	1,582	0.020368	12.38
72	76,088	1,699	0.022329	11.63
73	74,389	1,855	0.024936	10.88
74	72,534	2,050	0.028263	10.15
75	70,484	2,285	0.032419	9.43
76	68,199	2,561	0.037552	8.73
77	65,638	2,875	0.043801	8.05
78	62,763	3,235	0.051543	7.40
79	59,528	3,691	0.062004	6.77
80	55,837	4,230	0.075756	6.18
81	51,607	4,700	0.091073	5.65
82	46,907	4,889	0.104228	5.17
83	42,018	5,036	0.119853	4.71
84	36,982	5,061	0.136850	4.28
85	31,921	4,949	0.155039	3.88
86	26,972	4,770	0.176850	3.50
87	22,202	4,501	0.202729	3.15
88	17,701	4,106	0.231964	2.82
89	13,595	3,609	0.265465	2.52
90	9,986	3,019	0.302323	2.25
91	6,967	2,369	0.340032	2.01
92	4,598	1,756	0.381905	1.79
93	2,842	1,216	0.427868	1.59
94	1,626	778	0.478475	1.41
95	848	452	0.533019	1.24
96	396	235	0.593434	1.09
97	161	106	0.658385	0.95
98	55	40	0.727273	0.83
99	15	12	0.800000	0.70
100	3	3	1.000000	0.50

Dentro de ese contexto, en relación con las fórmulas del daño patrimonial, en su vertiente lucro cesante, pasado y futuro [fórmulas (2) y (4)], el Consejo de Estado a la hora de calcular el lucro cesante consolidado ha indicado:

Para efectos de establecer el lucro cesante consolidado a que tiene derecho el demandante... habrá lugar a actualizar el valor del salario devengado por él, al momento de los hechos que dieron origen a este proceso, a efectos de traer a valor presente dichas sumas de dinero y, por consiguiente, reconocer frente a las mismas la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Una vez actualizado dicho valor, se deberá aplicar un incremento del 25% correspondiente a prestaciones sociales, a efectos de establecer el ingreso base de liquidación a partir del cual se debe liquidar el lucro cesante consolidado, dejado de percibir por el demandante principal en el proceso de la referencia. De otra parte, vale la pena resaltar que la Sala se abstendrá de descontar el 25% de gastos personales,

*como quiera que el perjuicio material fue solicitado por el perjudicado directo, por tal razón, no habrá lugar a liquidar perjuicio material alguno en cabeza de los restantes demandantes. Determinado el ingreso base de liquidación, se despejará la fórmula empleada jurisprudencialmente para la verificación del monto del perjuicio consistente al lucro cesante consolidado*⁴¹⁰.

Así las cosas, las fórmulas utilizadas para el cálculo del lucro cesante consolidado en la jurisdicción contencioso-administrativa⁴¹¹, son las siguientes:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{índice final o IPC (f)}}{\text{índice inicial o IPC (i)}}$$

Ra: Renta actualizada

Rh: Renta histórica

Dependiendo de si están involucradas prestaciones sociales a Ra se le suma el 25% de su valor antes de continuar con la siguiente fórmula:

$$S = Ra \times \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

S: Suma buscada de la indemnización debida o consolidada

i: Tasa de interés puro o técnico que equivale a 0.004867

n: Número de meses que comprende el periodo indemnizable

1: Constante matemática

En relación con la fórmula aplicable al daño patrimonial en su vertiente lucro cesante futuro, en palabras de la Corte Suprema de Justicia:

(...) para establecer el monto de la indemnización (...) correspondiente al lucro cesante futuro, la fórmula utilizada en el procedimiento elegido, tiene como bases, de una parte, el monto indemnizable actualizado y, de otra, la deducción de los intereses por el anticipo de capital, obtenido a su vez mediante otra cuyo resultado reflejan las tablas financieras ya nombradas, expresándolo mediante un índice fijado en exacta correspondencia con el número de meses de duración del perjuicio reflejado en esa unidad de tiempo, prescindiendo para ello de las unidades decimales, mediante la

⁴¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 23 de abril de 2008, Exp. 17.534, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁴¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 2009, Exp. 17.061, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

aproximación o reducción a la unidad entera más cercana. La multiplicación de los dos indicados factores (monto indemnizable por el índice referido de deducción de intereses del 6% anual, por el anticipo de capital) arroja el monto buscado⁴¹².

La fórmula utilizada por la Corte Suprema de Justicia⁴¹³ para calcular el lucro cesante futuro es la siguiente:

$$S = R \times \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

S: Valor presente, es decir la suma que ha de pagarse a la fecha como anticipo de los perjuicios futuros

R: Ingreso/salario revaluado

i: Interés legal del 6% anual o 0,005% mensual

n: Número de meses a liquidar

Sin perjuicio de la utilización de otras denominaciones por la misma corporación⁴¹⁴ para referirse a la fórmula precedente, resulta importante insistir en que en la misma,

⁴¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de octubre de 2005, Exp. 14.491, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena. En otra oportunidad la misma Corporación indicó que “el valor del lucro cesante mensual actualizado se multiplicará por el factor que en la tabla financiera utilizada a la sazón, expresa el resultado de la aplicación de la fórmula que permite establecer el valor actual de una suma que se paga n veces hacia el futuro con un descuento del 6% anual”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de marzo de 2006 Exp. 7368, M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

⁴¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de septiembre de 2004 Exp. 7576, M.P.: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

⁴¹⁴ Por ejemplo, en otra oportunidad, la Corte Suprema de Justicia para el cálculo del lucro cesante futuro, indicó que: “Con ese propósito, el valor del lucro cesante mensual actualizado se multiplicará por el factor que en la tabla financiera utilizada a la sazón, expresa el resultado de la aplicación de la fórmula que permite establecer el valor actual de una suma que se paga n veces hacia el futuro con un descuento del 6% anual.

La antedicha fórmula, es la siguiente:

$$An = \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

donde An corresponde, como se anotó, al valor actual de la antedicha suma; i al interés legal del 6% anual que debe deducirse por el valor anticipado, y n al número de meses que abarca el período indemnizable. (...).

$$VAT = \frac{IPCt}{IPCt-1}$$

el interés legal del 6% anual (i) debe deducirse por el valor anticipado, y n al número de meses que abarca el período indemnizable, período que como se sabe, dependerá de quién sea la víctima que reclama el lucro cesante futuro.

Finalmente, es importante indicar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también se ha referido a las fórmulas utilizadas por la Sala de Casación Civil de la misma corporación y por el Consejo de Estado, señalando que

A continuación, con base en “la tabla para actualizar el lucro cesante futuro, con la fórmula que ha venido utilizando la Corte Suprema de justicia y el Consejo de Estado, utilizando un interés compuesto anual del 6%, nos da como resultado un factor de 172.82 frente a los 379 meses, lo cual multiplicado por la renta actualizada, arroja como resultado ciento cuarenta y un millones setecientos doce mil pesos (\$141.712.000.00) por concepto de lucro cesante futuro (...)”⁴¹⁵.

6. Daño inmaterial

6.1 Daño moral

Teniendo en cuenta el carácter inconmensurable del daño moral, lo mismo que sucede con todo daño de stirpe extrapatrimonial, su cuantía no puede estar fundada en parámetros objetivos verificables, lo cual no significa que su cuantificación sea arbitraria.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para, con cimiento en la equidad, arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material. Acúdense entonces al denominado arbitrium iudicis en virtud

En ella, VAT corresponde al valor actualizado; IPCi, al último índice de precios al consumidor certificado por el DANE, e IPC-1, al señalado índice en septiembre de 1992”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de marzo de 2006, Exp. 7368, M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

⁴¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 27 de octubre de 2008, Exp. 25.782, MM.PP.: Jorge Luis Quintero Milanés y José Leonidas Bustos Martínez.

*de la imposibilidad de entregar su tasación a peritos, arbitrio que, es evidente, no corresponde con la idea de lo antojadizo, sino, contrariamente, con la de lo racional y lo ponderado*⁴¹⁶ (negritas fuera de texto).

En otra oportunidad, la misma corporación señaló:

*(...) en razón de ser la cuantía del daño moral un asunto que queda reservado al justo criterio del fallador, y como quiera que no se trata en este evento más que de mitigar el dolor que sufre el demandante a consecuencia del hecho dañoso, y no en estricto sentido de una reparación propiamente dicha, no tendría sentido acudir a patrones (corrección monetaria, oro, upac, dólar, uvr) cuya utilidad práctica consiste con mayor o menor eficacia en mantener en el tiempo la tasación del daño, en servir de correctivo de la desvalorización de la moneda nacional, que con el paso del tiempo pierde su poder adquisitivo y por tanto hace irrisoria una suma fijada en pesos, a modo de indemnización por equivalente... Lo anterior quiere decir entonces que a pesar de que el quantum del daño moral sea indeterminable, si éste aparece como cierto en los autos debe ser así reconocido y el juez debe propender por su reparación o mitigación, en cuyo cometido resulta deseable –atendidos los fines paliativos y no resarcitorios de la indemnización por daño moral– que no se utilicen patrones de indexación, sin que su uso vulnere de manera directa normas sustanciales*⁴¹⁷ (negritas fuera de texto).

Sin perjuicio de las consideraciones que caben en torno al *arbitrium judicis*, en relación con el máximo reconocimiento que a la fecha ha hecho la Corte Suprema de Justicia, por concepto de perjuicio moral, el mismo se verifica en una de sus últimas providencias, según la cual

*resulta patente que el actor sufrió un perjuicio moral y, por ende, su indemnización se tasará en la suma de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000.00) m/cte., pero como la apreciación del daño aquí está sujeta a una reducción del 30% el demandado sólo será condenado a pagar, por tal concepto, la suma de veintiocho millones de pesos (\$28.000.000.00) m/cte.*⁴¹⁸ (negritas fuera de texto).

No obstante, es preciso tener en cuenta que en materia penal, el artículo 97 del Código Penal, establece un tope máximo por concepto de daño moral, límite respecto del cual ha indicado la Sala de Casación Penal del mismo tribunal que

⁴¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de abril de 2009 Exp. 08001-3103-005-1995-10351-01, M.P.: Cesar Julio Valencia Copete.

⁴¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de agosto de 2001, Exp. 6492, M.P.: Jorge Santos Ballesteros.

⁴¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 20 de enero de 2009, Exp. 170013103005 1993 00215 01, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

Para determinar la indemnización por los perjuicios morales, la ley le ha otorgado al juez la facultad de concretar su monto hasta en una suma equivalente, en moneda nacional, a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, acorde con la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. No se deja entonces al arbitrio del juez el reconocimiento de la existencia del perjuicio, pues la causación del daño moral debe estar debidamente planteado, de tal suerte que, una vez probado, el funcionario judicial sólo tendrá la posibilidad de fijar su cuantía⁴¹⁹.

En otra oportunidad la misma Sala había advertido que

De manera que la tasación del daño moral subjetivado escapa a toda regulación por intermedio de perito, sin que surja la obligación de su designación para ese efecto y la necesidad de esperar sus resultados, pues la determinación de su monto es un acto atribuido por ministerio de la ley al Juez de manera privativa (...)⁴²⁰.

A su turno el Consejo de Estado ha anotado sobre el daño moral que

Conforme a lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha precisado, por el contrario, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado (mayor grado que se ha limitado para los casos de muerte)⁴²¹.

Ahora bien, la simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y Netos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política, debe presumirse, que el peticionario ha padecido el perjuicio solicitado⁴²².

⁴¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 4 de marzo de 2009, Exp. 28.516, M.P.: Augusto José Ibáñez Guzmán.

⁴²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 12 de diciembre de 2005, Exp. 24.01, M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

⁴²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 23 de abril de 2008, Exp. 17.534, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁴²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 23 de abril de 2008, Exp. 17.534, C.P.: Enrique Gil Botero.

6.2 Daño a la vida de relación

La Corte Suprema de Justicia indicó que:

Sobre las particularidades del daño en cuestión, puntualizó los siguientes aspectos: a) su naturaleza es de carácter extrapatrimonial, ya que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es inasible, porque no es posible realizar una tasación que repare en términos absolutos su intensidad; b) se proyecta sobre la esfera externa del individuo; c) en el desenvolvimiento de la víctima en su entorno personal, familiar o social se revela en los impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas que debe soportar y que no son de contenido económico; d) puede originarse tanto en lesiones de tipo físico, corporal o psíquico, como en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales; e) recae en la víctima directa de la lesión o en los terceros que también resulten afectados, según los pormenores de cada caso, por ejemplo, el cónyuge, compañero (a) permanente, parientes cercanos, amigos; f) su indemnización está enderezada a suavizar en cuanto sea posible, las consecuencias negativas del mismo; g) es un daño autónomo reflejado “en la afectación de la vida social no patrimonial de la persona”, sin que comprenda, excluya o descarte otra especie de daño material e inmaterial de alcance y contenido disímil, como tampoco puede confundirse con ellos.

De igual modo, clarificó que el daño a la vida de relación y el moral son distintos, habida cuenta que el primero se refleja sobre la esfera externa del individuo, es decir, tiene que ver con las afectaciones que inciden en forma negativa en su vida exterior, concretamente, alrededor de su actividad social no patrimonial, mientras que el segundo recae sobre la parte afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesas, etc.

7.3.2. Si las cosas son de ese modo, resulta claro que relativamente al daño en cuestión solo resta examinar si el mismo le fue irrogado al actor, y de ser así proceder a su tasación, acudiendo al arbitrium judicis; por supuesto, que en esa tarea se atenderán las condiciones de la lesión y las secuelas que hubiere producido en los ámbitos personal, familiar y social de la víctima (...)

(...) está acreditada la existencia del perjuicio extrapatrimonial padecido por la víctima en su vida exterior, el que, a buen seguro, seguirá incidiendo negativamente en ella; por consiguiente, se impone acudiendo al arbitrium judicis tasarlo en noventa millones de pesos (\$90.000.000.00) m/cte., cantidad que se reducirá en un 30%, dada la incidencia que tuvo su comportamiento en la producción de aquel. Por tanto, esa condena ascenderá a sesenta y tres millones de pesos (\$63.000.000.00) m/cte., la que

*muy probablemente por la magnitud del daño apenas será un paliativo al mismo*⁴²³
(*negrillas fuera de texto*).

Vale la pena anotar, por consiguiente, que en la Corte Suprema de Justicia existe un único pronunciamiento favorable al reconocimiento del daño a la vida de relación, reconocimiento que, como se ha visto, se hace en valores absolutos que no pretende constituirse en una suma tope de este tipo de daño inmaterial.

Tampoco el Consejo de Estado ha intentado fijar este límite techo a la indemnización del daño a la vida de relación.

Sin embargo, sí se puede afirmar que, para esta última Corporación, esta categoría de daño reviste, las más de las veces, una importancia cuantitativa mucho mayor que el daño moral lo que está significando que la consideración judicial sobre la gravedad e intensidad del daño a la vida de relación pesa más fuerte que el moral. En efecto, en las épocas en que el daño moral se reconocía en gramos de oro, se había previsto que, cuando el mismo revestía su mayor intensidad, la suma tope sería la equivalente al precio de 1.000 gramos de ese metal; en tanto que, para el daño a la vida de relación se llegó a reconocer cifras equivalentes a 4.000 gramos de oro, vale decir, cifras cuatro veces superiores a las que sirvieron para reparar el primero.

Conclusiones

De cuanto se ha dicho, se puede sintetizar lo siguiente:

- La reparación del daño comprende, a su vez, la justicia y la verdad; sin embargo tales conceptos guardan, a su vez, independencia e interrelación; cada uno tiene un contenido distinto (así están concebidos en la Ley 975), pero al mismo tiempo cada uno puede contener los otros dos; de allí que el concepto de reparación traiga anejos los de justicia y de verdad. Este criterio ha de resultar de importancia a la hora de evaluar la legitimación de las víctimas para participar activamente en el proceso de justicia y paz, pues en tanto unas preferirán la reparación económica, otras verán como insuficiente tal reparación sin verdad y justicia, y unas terceras correrán sólo tras estos últimos valores. En todo caso la reparación, para ser integral, debe comprender las medidas económicas que logren subsanar plenamente el daño, pero además exige que se adopten medidas que hagan eficaz la verdad y la

⁴²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 20 de enero de 2009, Exp. 170013103005 1993 00215 01, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

justicia, para lo cual resultan necesarias las investigaciones oficiales adecuadas, las comisiones de la verdad como complementarias de la administración de justicia, el reconocimiento público de la comisión de los delitos, el arrepentimiento, también público, por dichas conductas, la recuperación de la dignidad de las víctimas así como de su integridad física y psicológica, las garantías de no repetición de las conductas que son objeto de reproche en el proceso, etc. Por supuesto que, al lado de estas medidas, es menester adoptar las que fuesen necesarias en orden a prevenir la amenaza de los derechos, intereses y bienes colectivos, a su restitución si fueron efectivamente quebrantados, a una indemnización adecuada si resultare procedente, o a cualquier otra medida de dar, hacer o no hacer que el juez (para ello goza de amplia discrecionalidad) estime necesaria para superar el daño colectivo ocasionado con la conducta delictuosa de los GAOML.

- Hay dos principios, constitucionales y legales, que orientan la reparación, y por consiguiente la tasación del perjuicio: el de reparación integral y el de equidad (Constitución Política y Ley 446 de 1998). Por el primero, la reparación debe procurar que la víctima quede en una situación igual (o al menos lo más aproximada posible) a la que tenía con antelación a la ocurrencia del daño. Para ello se debe tener en cuenta que, por cada derecho lesionado existe un daño resarcible, y sólo en la medida en que se reparen la totalidad de los daños, la reparación habrá cumplido la meta de la integralidad. Sin embargo, la reparación integral también dice relación con su plenitud, en el sentido de que (al menos para los daños cuantificables) se debe reparar el daño, todo el daño y nada más que el daño; por consiguiente, la reparación integral adquiere significado en la medida en que permita cubrir la totalidad de los daños causados y que lo haga plenamente para cada uno de ellos. Por el segundo, se debe procurar la justicia del caso concreto más allá de la fría aplicación del texto legal, de modo que en casos extremos, como los que se manejan en justicia y paz, se debe tomar en consideración la dificultad probatoria que padecen las víctimas por las propias circunstancias, esencialmente graves, en que ocurrieron los hechos que dan origen a los daños, lo cual permite dar una especial relevancia a la prueba indiciaria, e incluso a las presunciones judiciales; esto debe resultar aplicable también para los eventos en que existe una tarifa legal probatoria como es el caso del parentesco o la prueba del dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles. Seguramente que la prueba de los ingresos que han de servir de fundamento al cálculo del lucro cesante se dificulte en las zonas rurales en donde, fundamentalmente, ocurrieron los gravísimos hechos de los cuales el país hace esfuerzos por salir; para casos como esos la jurisprudencia ha consolidado tesis como las que permiten acudir al salario mínimo legal para superar la dificultad probatoria, etc.
- La reparación del daño individual requiere partir de la distinción entre daños materiales e inmateriales. En cuanto a los primeros se reconocerán, como todo daño, a la víctima que los haya padecido, la cual ha de hacer un especial esfuerzo

probatorio para acreditarlos, sin perjuicio de que se apliquen medidas aconsejadas por la equidad, como se ha visto. La restitución y la indemnización son las medidas que mejor se acomodan para superar esta clase de daños. Si tratándose de la indemnización se presentare el caso, bien para el daño emergente o para el lucro cesante, de que existen daños actuales (consolidados para el momento del fallo) y futuros (posteriores a él), los procedimientos y las fórmulas liquidatorias variarán por cuanto no es igual pagar una suma con retardo en el tiempo que hacerlo por adelantado. Tales fórmulas y modalidades se han explicado con suficiencia en este capítulo.

- La reparación del daño inmaterial, en cambio, se aleja –por la propia naturaleza del perjuicio– de la posibilidad de medidas restitutorias o indemnizatorias; por ello, si bien se acude al dinero como medida general de satisfacción del daño inmaterial, la cuantía que decrete el juez no corresponderá a un valor real, de imposible cálculo del daño padecido. Por eso, en tratándose del daño moral causado por el delito (como es el caso del que ha de ordenar reparar el juez de justicia y paz), la propia ley penal se ha encargado de fijar un tope de 1.000 salarios mínimos legales mensuales; con esa cifra máxima deberá el juez, dependiendo de la intensidad del daño moral que encuentre acreditada en el proceso, dosificar la cuantía de la reparación. No existe, en cambio, una situación similar (fijación de topes legales o jurisprudenciales) para el daño a la vida de relación, que es la otra modalidad que puede revestir el daño inmaterial a tono con nuestra jurisprudencia. En tales circunstancias, acudiendo a casos similares fallados por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, el juez –en cada caso– deberá adoptar la medida pecuniaria adecuada.
- La reparación de la pérdida de oportunidad también está librada a una decisión discrecional (no arbitraria) del juez quien, con fundamento en las pruebas que revele el proceso, ha de hacer el cálculo correspondiente.
- Los otros daños, sobre todo los colectivos, pueden adoptar, dependiendo del caso, las medidas que se han descrito para el daño individual como la restitución (los derechos, intereses y bienes colectivos pueden ser objeto de la misma), la indemnización o la compensación, pero además la Ley 975, de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (cuyas intervenciones se han descrito ampliamente), ha establecido otras como las de satisfacción, las simbólicas, las de rehabilitación, las de difusión de la verdad, las de restablecimiento de dignidad de las víctimas, las de difusión de la verdad y preservación de la memoria histórica, las de reconstrucción sico-social de las comunidades, las que garantizan la no repetición de las conductas victimizantes, etc.
- Sin embargo, entre las medidas de reparación económica y las que carecen de ese contenido, tendientes fundamentalmente a reparar la afectación colectiva generada por la conducta delictiva causada por el delito, existe una diferencia fundamental: las primeras se sujetan a la petición de la víctima, en cuanto a los perjuicios reclamados y a su cuantía (lo que determina la aplicación del principio

de congruencia del fallo), de modo tal que lo no pedido o lo no pedido a plenitud no se repara (*fallos extra y ultra petita*), en cambio las segundas dependen del mejor criterio del juzgador sin sujeción a tales principios que operan severamente en el nivel individual de la reparación.

- También se deben hacer precisiones en cuanto al obligado a reparar: en principio, tiene la indicada obligación el agente de las conductas criminales que se ha beneficiado con la Ley de Justicia y Paz, quien debe cumplirla con sus propios bienes lícitos e ilícitos; luego, y en segundo lugar y de manera solidaria, los demás integrantes del GAOML sometido a la ley, y finalmente el Estado a través del Fondo para la Reparación de las Víctimas, quien no aparece en el proceso como responsable de la reparación sino como una especie de garante, por mandato legal, de la misma.
- En cuanto se refiere a los bienes que según la ley han de destinarse a la reparación de las víctimas: ¿Por qué es importante hacer un análisis de la situación jurídica de los mismos? El éxito de la Ley 975 supone, en buena parte, la existencia de un sistema de financiación para el cumplimiento de las sentencias proferidas por la SJPTSDJ. Bajo esa primera óptica no importa tanto quién o la fuente que financia el cumplimiento de las sentencias [la Nación o los GAOML o ambos], sino que el sistema de financiación cuente con mecanismos efectivos para la reparación de las víctimas. Que sean mecanismos efectivos para la reparación implica que administrativa y judicialmente se adopten todas las medidas necesarias para intentar que cada fuente de financiación tenga un respaldo patrimonial suficiente, permanente y limitado a la vigencia de la Ley 975 [*la Ley garantiza este cometido a través de la entrega de bienes y la práctica de medidas cautelares, entre otras*]; implica también que, frente a la eventual escasez o agotamiento de una de las fuentes de financiación, el sistema permita que, subsidiariamente, sea posible acudir a los recursos de una fuente distinta [*la Ley garantiza este cometido a través del escalonamiento de recursos, primero afectando el patrimonio de los miembros del GAOML y sólo después el de la Nación*].
- ¿Cuáles son los bienes comprendidos en el contexto de la Ley 975 de 2005? Son los bienes destinados a dar cumplimiento a las acciones de reparación que involucren un componente pecuniario, acciones que son decretadas en el marco de la sentencia definitiva de la SJPTSDJ y que, en la práctica, se concretarán principalmente en 3 medidas expresamente establecidas por la Ley 975: medidas de restitución de derechos, indemnización compensatoria y rehabilitación física o psicológica. Cuando hablemos de acciones que no involucren un componente económico, el tema de los bienes puede perder relevancia porque, en tales casos, los mismos no serán necesarios para el cumplimiento de la acción de reparación respectiva. En cuanto a qué bienes específicos pueden ser destinados a financiar las acciones de reparación que involucren un componente económico, decretadas por la sentencia proferida por la SJPTSDJ, se trata en principio de los bienes sobre los cuales los

sujetos que, en el marco de la Ley 975 de 2005, se encuentren obligados a reparar a las víctimas que ostenten la titularidad de derechos reales, principalmente derechos de dominio o propiedad [*pero que no excluye otro tipo de derechos reales, como la herencia, el usufructo, la prenda, la hipoteca*]. Lo anterior, en el caso concreto, se traduce en que (1) miembros del GAOML responden con su propio patrimonio [por supuesto el patrimonio lícito] y (2) la Nación, con un fundamento de imputabilidad distinto al del GAOML cumple su obligación con el Presupuesto General de la Nación.

- Existe otro tipo de bienes que originariamente no pertenecen lícitamente a los miembros del GAOML y que tampoco pertenecen a la Nación. Son los bienes que entregan o se comprometen a entregar los miembros de dicho grupo y que son producto de su actividad ilegal. Es respecto de este tipo de bienes, principalmente, que surgen las dudas en torno a cuál es el manejo que se les debe dar al ser proferida la sentencia de la SJPTSDJ.
- ¿De qué depende que los bienes de los GAOML puedan destinarse a la reparación de las víctimas? La respuesta, naturalmente, dependerá de las circunstancias que se susciten en torno al bien que ha sido entregado por los miembros de un GAOML y que es producto de su actividad ilegal. En efecto, sobre dicho bien, puede suceder que un tercero de buena fe exenta de culpa [*calificación que dependerá de que se cumplan los presupuestos indicados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-740 de 2003*], ostente derechos reales y los acredite, caso en el cual dicho bien no podría ser sino restituido a ese tercero [*que podría considerarse una víctima directa*], y por ningún motivo destinarse a la reparación de una víctima distinta. Ahora, si nadie reclama derecho alguno sobre ese bien, para que el juez pueda disponer de él en favor de la reparación de las víctimas debe haber adoptado una decisión previa respecto de su titularidad, particularmente nos estamos refiriendo a la decisión de extinción del dominio del bien. En ese sentido, sólo en tanto se extinga el dominio del bien que ha sido entregado por el miembro del GAOML y que sea producto de su actividad ilegal, y el dominio se radique en cabeza de la Nación, dicho bien puede tener la aptitud de llegar a reparar a las víctimas. Mientras eso sucede, no sería posible disponer de dicho bien puesto que la nación no podría disponer de un derecho que no posee.
- ¿Cómo opera la institución de la extinción de dominio dentro del procedimiento de la Ley 975 de 2005? En relación con este interrogante el verdadero enfoque del estudio ha de dirigirse a establecer cuál debe ser el debido proceso para la extinción de dominio en el marco del procedimiento de dicha ley, o si acaso tendría la SJPTSDJ que, una vez proferida la sentencia, iniciar un procedimiento distinto de la acción de extinción de dominio.

Si bien el artículo 24 de la Ley 795 se refiere a la obligación que tiene la SJPTSDJ de incluir en la sentencia definitiva, entre otras cosas, la extinción de dominio, pero no indica en qué casos o por cuáles causales procede la misma, o si el mero hecho

de tratarse de un bien entregado por el miembro del GAOML, producto de su actividad ilegal y de no existir un tercero con buena fe exenta de culpa que ostente derechos sobre el mismo, es suficiente para extinguir su dominio a favor del Estado. En el ordenamiento jurídico existe una norma que regula la extinción de dominio, la Ley 793 de 2002, que consagra un procedimiento autónomo para dicha acción. Pero ¿se debe aplicar el procedimiento consagrado por esa norma con posterioridad al momento en que se profiere la sentencia? Ello no parecería ser lo más conveniente y atentaría contra el espíritu teleológico de la Ley 975, pues no tendría sentido tramitar un procedimiento con todo el desgaste que ello implica, para que, sólo una vez finalizado, se pudiese entrar a estudiar la suerte de los bienes con los cuales se va a financiar la sentencia en un proceso distinto.

Lo anterior no significa que no resulte ajustado al ordenamiento jurídico aplicar las normas del procedimiento de extinción de dominio previsto por la Ley 793 de 2002 a la Ley 975 de 2005; es que ello no es suficiente. En efecto, si bien el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 establece que, frente a la inexistencia de una ley aplicable al caso controvertido, se deberán aplicar las leyes que regulen casos o materias semejantes, el hecho que exista una ley que regule el tema de la extinción de dominio no significa necesariamente que el procedimiento de la Ley 793 de 2002 se ajuste sin ninguna dificultad al procedimiento de justicia y paz. De ahí que no obstante que en el procedimiento de ambas normas haya una coincidencia de sujetos [*interviene la Fiscalía General de la Nación y los jueces, en uno y otro caso, con funcionarios judiciales especializados*] las etapas de cada procedimiento son distintas, aunque no absolutamente incompatibles. Por esa razón, en el texto se exploran las posibilidades de aplicación del procedimiento de la Ley 793 de 2002, al procedimiento de la Ley 975 de 2005, sin que ello signifique que, en el procedimiento de justicia y paz, se agreguen nuevas etapas no contempladas por éste o el ejercicio de funciones no contempladas en él. De ser viable esa alternativa, no le puede corresponder al juez determinar qué aplica y qué no de la Ley 793, por el riesgo que tendría de llegar a modificar aspectos de la ley, razón por la cual es necesario que el Gobierno Nacional, con base en los parámetros propios de la Ley 975, reglamente [*sin modificar su estructura básica procedimental*] la manera como se aplicaría el procedimiento de la Ley 793 de 2002.

Una vez extinguido el dominio de un bien, su titularidad reposará en cabeza del Estado, es decir, el Estado se convierte en titular del derecho de dominio sobre dicho bien. Esto es importante porque el bien entregado por los miembros del GAOML, que eran producto de su actividad ilegal, muta su naturaleza y se transforma en un recurso público que, como tal, forma parte del Presupuesto General de la Nación. No obstante, según lo que establece el decreto, estos bienes tienen un orden de afectación inicial.

- ¿Para qué el Fondo de Reparación de Víctimas? La Ley 975 de 2005 y el Decreto 4760 de 2005 establecen que se trata de un Fondo-cuenta sin personería jurídica.

Que el FRV carezca de personería jurídica implica que el Fondo, pese a que pueda contar con una estructura o planta, no pueda jurídicamente y por sí mismo ser sujeto de derechos y obligaciones; de ahí que el artículo 17 del Decreto 4760 de 2005 adscriba el Fondo a Acción Social, establecimiento éste que lo administra y que es responsable por el manejo y destino de los recursos que lo integran.

Que el FRV sea una cuenta especial no tiene relación alguna con que el Fondo esté o no catalogado como un organismo o entidad a las que se refiere el artículo 39 de la Ley 489 de 1998⁴²⁴; de hecho los análisis que caben en torno a las cuentas especiales no tienen lugar en el terreno de la estructura del Estado, sino en el del manejo del Presupuesto General de la Nación. Los recursos del Presupuesto General de la Nación que le sean asignados a Acción Social en cada vigencia presupuestal no tienen unidad de caja con los recursos del FRV, por lo que a aquélla no le es jurídicamente dable atender sus propios gastos de inversión y funcionamiento con recursos del Fondo, máxime cuando estos recursos tienen una destinación específica: la reparación de las víctimas.

Así las cosas, el FRV constituye una herramienta que las autoridades responsables del procedimiento de la Ley 975 de 2005 [*Fiscalía General de la Nación y algunos jueces de la República*], utilizan para, de alguna forma, dejar en custodia y administración de Acción Social los bienes y recursos a que se refiere la ley.

El hecho de que un bien o recurso se encuentre en el FRV no necesariamente significa que el mismo sea de naturaleza pública, puesto que, conforme lo ordena el ordenamiento jurídico, dicho Fondo administra no sólo bienes originariamente públicos [*como los del Presupuesto General de la Nación y las donaciones*], sino que también administra bienes entregados por los miembros de GAOML producto de su actividad ilegal y respecto de los cuales no se ha tomado decisión alguna en relación con su titularidad, o bienes del patrimonio de aquéllos, en relación con los que han sido decretadas medidas cautelares. En ambos casos, obsérvese, estamos en presencia de bienes que no le pertenecen a la Nación y que pueden ser administrados por dicho Fondo.

Por esa razón, es decir, por el hecho de que no todos los bienes que conforman el FRV son de naturaleza pública, no es posible disponer de dichos bienes, y sólo hasta el momento de la sentencia se podrá tener certeza sobre qué hacer con los mismos. Por supuesto, para el caso de los bienes a los que se les extingue el dominio, éstos pasan a hacer parte del Presupuesto General de la Nación, mientras que en el caso de los bienes del patrimonio lícito del miembro del GAOML que han sido objeto de medidas cautelares, los mismos siguen lo que establece el Código de Procedimiento Civil, que tiende en algunos casos al remate y martillo de los bienes respectivos, para que con sus resultas se financie la reparación de las víctimas.

⁴²⁴ Artículo 39 de la Ley 489 de 1998.

Bibliografía

1. Decretos y Leyes

Congreso de Colombia. Acto Legislativo 02 de 2001 .

Congreso de Colombia. Ley 57 de 1887(Código Civil).

Congreso de Colombia. Ley 153 de 1887.

Congreso de Colombia. Ley 16 de 1972.

Congreso de Colombia. Ley 446 de 1998.

Congreso de Colombia. Ley 489 de 1998.

Congreso de Colombia. Ley 742 de 2002.

Congreso de Colombia. Ley 782 de 2002.

Congreso de Colombia. Ley 793 de 2002.

Congreso de Colombia. Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).

Congreso de Colombia. Ley 975 de 2005.

Congreso de Colombia. Ley 1151 de 2007.

Congreso de Colombia. Ley 1152 de 2007.

Congreso de Colombia. Ley1260 de 2008.

Congreso de Colombia. Ley1395 de julio 12 de 2010, “Por la cual se adoptan medidas de descongestión judicial”.

Congreso de Colombia. Estatuto Orgánico de Presupuesto, compilado por el Decreto 111 de 1996

Ministerio de Interior y Justicia. Decreto 4760 de Diciembre 30 de 2005

Ministerio de Interior y Justicia. Decreto 2898 de Agosto 29 de 2006

Ministerio de Interior y Justicia. Decreto 3391 de Septiembre 29 de 2006

Ministerio de Interior y Justicia. Decreto 4417 de Diciembre 7 de 2006

Ministerio de Interior y Justicia. Decreto 315 de Febrero 7 de 2007

Ministerio de Interior y Justicia. Decreto 423 de Febrero 16 de 2007

Ministerio de Interior y Justicia. Decreto 3570 de Septiembre 18 de 2007

Ministerio de Interior y Justicia. Decreto 176 de Enero 24 de 2008

Ministerio de Interior y Justicia. Decreto 1364 de Abril 25 de 2008

Ministerio de Interior y Justicia. Decreto 1290 de Abril 22 de 2008

Ministerio de Interior y Justicia. Decreto 880 de Marzo 27 de 2008

Ministerio de Interior y Justicia. Decreto 4719 de Diciembre 15 de 2008

Ministerio de Interior y Justicia. Decreto 614 de Febrero 21 de 2009

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 4841 de 2008

2. Legislación extranjera

Carta de Banjul y African Commission on Human and Peoples Rights, 155/96 The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nigeria, 2001.

Promotion of National Unity and Reconciliation Act of 1995. Sec. 1(1) (xix) (a), 1(1) (ix).

Reino de España, Ley 52/2007, de 26 de diciembre de 2007. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2007/12/27/pdfs/A53410-53416.pdf>:

República de Argentina, Leyes 23.466, 24.043, 24.321, 24.411. 25.914.

República de Argentina Decretos 1228 de 1987, 70 de 1991, 205 de 1997 y 403 de 1995.

República de Chile, Ley 19.123.

República de Chile, Decreto Supremo 355 de 25 de abril de 1990.

República de Corea, Ley 7214 del 27 de marzo de 2004.

República Federal de Alemania, Law creating the Commission of Inquiry om “Working Through the History and the Consequences of the SED Dictatorship”, Act Number 12/2597, de 14 de mayo de 1992.

República Federal de Alemania, Parlamento Alemán, Bundesgesetzblatt, Part I, 1998-08-31, N° 58, pp. 2501-2504. Provides for the nullification of court decisions which were made for political, military, racial, and religious reasons, as well as sterilization decisions under the Act for the prevention of hereditarily ill progeny (14 July 1933). Texto disponible en alemán: <http://www.gesetze-im-internet.de/ns-aufhg/BJNR250110998.html>

República de Malawi, Reglamento del Tribunal Nacional de Compensaciones (1997).

República Federativa del Brasil, Ley 9.140.

República Oriental del Uruguay Ley 18.596 (Ley de Reparación Integral de Uruguay) de 18 de septiembre de 2009.

República de Sudáfrica, Regulation 1660. Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 1995, Act 34/95: Regulations Regarding Reparation to Victims in: Government Gazette. Regulation Gazzette No. 7821. Vol. 461, Pretoria, November 12, 2003, N° 25695. Department of Justice and Constitutional Development. November 12, 2003.

3. Informes, documentos, resoluciones e instrumentos internacionales

Consejo de Europa, Recomendación N° R (2006) 8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la Asistencia a las Víctimas de Delitos.

Comisión IDH., Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.120 Doc. 60. 13 diciembre 2004.

Comisión IDH. *Informe sobre el proceso de desmovilización de las AUC en Colombia* OEA/Ser.L/V/II.120 Doc. 60.

Comisión IDH., Informe Anual de 2001 OEA/Ser.L/V/II.114 doc. 5 rev., 16 abril de 2002, capítulo IV.

Comisión IDH, Informe Anual de 2002 OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, 7 marzo de 2003.

Comisión IDH, informe 23/02, caso 11.517. *Diniz Benito da Silva v. Brasil*.

Comisión IDH., *Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia* OEA/Ser.L/V/II.125, 1° de agosto de 2006.

Comisión IDH., *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1. 26 febrero 1999.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Las Reglas de Procedimiento y Prueba*. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000).

Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1991, Chile. Naciones Unidas, Comisión de derechos Humanos, *Estudio sobre el Derecho a la Verdad*. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006.

Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Chile, 1993.

Informe Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, Chile, noviembre de 2004.

Informe Final, Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia, Bogotá, Colombia, 2009.

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. *Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la promoción de los Derechos Humanos*, E/CN.4/Sub.2/1985/16/Ver.1

Mandate of the Canadian Truth and Reconciliation Commission, 2007. Disponible en: http://www.residentialschoolsettlement.ca/SCHEDULE_N.pdf

Naciones Unidas, Asamblea General. Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Adoptada en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

Naciones Unidas, Asamblea General, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53° Período de Sesiones, Proyecto de Resolución II, Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, de noviembre 26 de 2001, A/56/589.

Naciones Unidas, Asamblea General. *Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*, A/RES/60/147, 16 de diciembre de 2005.

Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

NACIONES UNIDAS, BASSIOUNI, C. *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad. El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. ONU, ECOSOC. E/CN.4/2000/62.

NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE SEGURIDAD, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 58/4 de 31 de octubre de 2003.

Naciones Unidas, Informe de la Comisión de la Verdad de El Salvador de Naciones Unidas: *De la Locura a la Esperanza*, de la Comisión de la Verdad para El Salvador, 179 U.N.Doc. Consejo de Seguridad S/25500, 1993.

Naciones Unidas, *Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*, E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/ Rev.1 2 octubre de 1997.

Naciones Unidas, *Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, ST/CSDHA/12, Naciones Unidas, Viena 1991.

NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto. Reparaciones*, HR/PUB/08/1, 2008.

Naciones Unidas, Oficina de Naciones Unidas en Viena, Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios, *Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, ST/CSDHA/12, Naciones Unidas Viena 1991.

Naciones Unidas, Primer Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1435.

Naciones Unidas, *Promoción y Protección de los derechos humanos. Impunidad*. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1

Naciones Unidas, *Reglamento del Comité de Derechos Humanos*, U.N. DOC. CCPR/C/3/Rev.6 (2001).

Naciones Unidas, *Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación*. Intervención del señor Michael Fruhling, director de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia. Bogotá, 16 de septiembre de 2003

NACIONES UNIDAS, VAN BOVEN, T. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales*. ONU, Ecosoc. E/CN.4/Sub.2/1993/8.

NACIONES UNIDAS, VAN BOVEN THEO. Op. cit.; JOINET, L. "La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos". *Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*. ONU, ECOSOC E/CN.4/Sub.2/1996/18.

OEA, Asamblea General, Resolución AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06). (pp.677)

OEA, Carta Democrática Interamericana aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001 en el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones celebrado en Lima, Perú.

OEA, Consejo Permanente, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. *Documento de soporte técnico de la misión de Colombia en la sesión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos “Diálogo sobre el funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos entre los Estados Miembros y los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*. OEA/Ser.G CP/CAJP/INF. 50/07. 24 mayo 2007 Washington D.C.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report, Vol. 5, 1998.

Unión Europea, Decisión Marco del Consejo de marzo 15 de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal (2001/220/JAI).

4. Jurisprudencia internacional

4.1 Consejo de Europa- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Ringensein v. Austria* (article 50), sentencia de 22 de junio de 1972.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, Irlanda v. U.K., enero 18 de 1975.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Engel v. Austria*, junio 8 de 1976.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Casos de de Wilde, Ooms and Versyp (“Vagrancy”) v. Bélgica* (artículo 50), sentencia de 27 de febrero de 1980.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Konig v. Alemania* (Artículo 50), marzo 3 de 1980.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Young, James and Webster v. UK*, (Artículo 50), octubre 18 de 1982.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Van Droogenbroeck v. Bélgica* (artículo 50), abril 25 de 1983.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Olsson v. Suecia*, marzo 24 de 1988.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *E v. Noruega*, agosto 29 de 1990

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Pine Valley Development Ltd and others v. Irlanda* (Artículo 50), Febrero 9 de 1993

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Darnell v. UK*, abril 22 de 1993.

Consejo de Europa, *Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment*, Lugano, 12 June 1993.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. *Lopez Ostra v. España*, Sentencia de diciembre 9 de 1994

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Ribitsch v. Austria*, diciembre 4 de 1995.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. *Papamichalopoulos v. Greece*. Sentencia de octubre 31 de 1995.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH *Guerra v. Italia*, Sentencia de enero 17 de 1998.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Cable and others*, febrero 18 de 1999.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Doustaly v. Francia*, abril 23 de 1998.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Selcuk and Asker v. Turquía*, abril 24 de 1998.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Selmouni v. Francia*, Julio 28 de 1999.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Fuentes Bobo v. España*, febrero 29 de 2000.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Lustic-Prean and Beckett; Smith and Grady v. UK*, julio 25 de 2000.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Ilhan v. Turquía*, junio 27 de 2000.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Berktaş v. Turquía*, marzo 1 de 2001

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Z and others v. UK*, mayo 10 de 2001.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Orhan v. Turquía*, junio 18 de 2002.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *K.A. v. Finlandia*, enero 14 de 2003.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Ayder and others v. Turquía*, enero 8 de 2004.

Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, Case Hasan Ilhan v. Turquía, sentencia de noviembre 9 de 2004

Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, Caso de Hasan Ilhan V. Turquía, sentencia de noviembre 9 de 2004.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH. *Fadeyeva v. Rusia*, Sentencia de junio 9 de 2005.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, (Sección 2ª). *Caso Kemal Kabraman contra Turquía*. Sentencia de 22 julio 2008.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH (Sección 5ª). *Caso Boyko Ivanov contra Bulgaria*. Sentencia de 22 julio 2008.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH (Sección 2ª). *Caso Tarimci contra Turquía*. Sentencia de 14 octubre 2008.

CONSEJO DE EUROPA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH (Sección 2ª). *Caso D>Alessio contra Italia*. Sentencia de 14 octubre 2008.

4.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C. N° 7.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C. N° 15.

Corte IDH. *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.

Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28.

Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros. Reparaciones*. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C. N° 29.

Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.

Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31.

Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C N° 36.

Corte IDH. *Caso Benavides Cevallos Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38.

Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39.

Corte I.D.H. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 1998. Serie C No. 40.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.

Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C. N° 43.

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C. N° 44.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.

Corte I.D.H, *Caso Cesti Hurtado Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de mayo de 2001. Serie C No. 78.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C. N° 88.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C. N° 94.

Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 Noviembre de 2002. Serie C. N° 96.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C. N° 105.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108.

Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C. No. 109.

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C. No. 111.

Corte IDH. *Caso «Instituto de Reeducación del Menor» Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Corte I.D.H. *Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117.

Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Vs. El Salvador*. Sentencia de 1° de marzo de 2005, Serie C. No. 120.

Corte IDH. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C. N° 127.

Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C. No. 130.

Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006. Serie C. N° 145.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151.

Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C. No. 154.

Corte IDH. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C. No. 160.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C. N° 164.

Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

Corte IDH. *Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C. N° 168.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C. No. 170.

Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C. No. 182.

Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C. No. 188.

Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C. No. 191.

Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C. No. 194.

Corte IDH, *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C. No. 195.

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C. No. 196.

Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

CORTE IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A. N° 2.

Corte IDH., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A. N° 5, entre otras.

Corte IDH. Resolución de 24 de noviembre de 2000, Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia, Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó.

4.3 Otras Cortes internacionales

Comisión IDH. Informe N° 136/99, de 22 de diciembre de 1999, Caso Ignacio Ellacuría y otros.

Comisión IDH, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, N° 37/00, de 13 de abril de 2000.

Corte Internacional de Justicia, ICJ. *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros project (Hungary/Slovakia)*. September 25 1997

Corte Internacional de Justicia, ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of América)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986.

Corte Permanente de Justicia, CPJ, *Oscar Chinn Case*, Serie A/B, N° 63.

Corte Permanente de Justicia Internacional. *The Factory at Chorzow*, Serie A. N° 17, 13 de Setiembre de 1928.

Corte Permanente de Justicia, CPJ. *The Phosphates in Morocco case*, Serie A/B, n. 74.

Corte Permanente de Justicia Internacional. *The S.S. Wimbledon*, Serie A. N° 1, 17 de agosto de 1923.

Corte Penal Internacional , ICC-01/04-01/06. Case The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 5/1977, *Moriana Hernández Valenti v. Uruguay*.

Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Comunicación 107/1981, *Quinteros V. Uruguay*.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/38/D/167/1984. *Chief Bernard Ominayak and Lubicon Lake Band v. Canada*.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 641/1995, *Nyekuma Toro Gedumbe v. Congo*.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1069/2002, *Ali Aqsar Bathyikari v. Australia*, entre otros.

Tribunal Penal Internacional para le Ex Yugoslavia, TPIY, Appeals Chamber, Erdemovic (*IT-96-22*).

United States Courthouse, Brooklyn, New York, august 12, 1998; United States, District Court of New Jersey; Alice Burguer and others vs. Degussa A.G. Corporation, Civil Actions N° 98-3958, 98-5019.

United States District Court, Eastern District of New York, Settlement Agreement, Holocaust Victims Assets, CV-96-4849, CV-96-6161, CV-97-0461.

United States, District Court of the Eastern District of New York, Evgeny Guminsky and others vs. Opel AG, Volkswagen AG, Siemens AG and other german companies, Class action.

5. Jurisprudencia Nacional

5.1 Corte Constitucional

Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia T-553 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sentencia T-275 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-293 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 1996 M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 2000, M.P. Fabio Moron Diaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-1149 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

Corte Constitucional, Sentencia T-1267 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yépes

Corte Constitucional, Sentencia C-009 de 2002, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-178 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002, MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynett.

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

Corte Constitucional, Sentencia C-805 de 2002, MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia C-875 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

- Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia T-1062 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-837 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sentencia C-570 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-740 de 2003, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia C-775 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional, Sentencia C-899 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra .
- Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia C-998 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, Sentencia C-202 de 2005, M.P.: Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, Sentencia C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1154 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia C-047 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández .
- Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-531 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-650 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-719 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

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

Corte Constitucional, Sentencia T-821 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-116 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-1199 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

5.2 Corte Suprema de Justicia

5.2.1 Sala de Casación Penal

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 10 de febrero de 1998. Rad. 12.286, M.P.: Carlos Eduardo Mejía Escobar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de noviembre de 2001. Rad. 15.243, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 11 de agosto de 2004. Rad. 20.139, M.P.: Mauro Solarte Portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 1° de septiembre de 2004. Rad. 19.865, M.P.: Herman Galán Castellanos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 20 de abril de 2005, Rad. 16.015, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 12 de diciembre de 2005. Rad. 24.011, M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 22 de junio de 2006. Rad. 24.817, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de septiembre de 2006, Rad. 23.687, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 29 de septiembre de 2006, Rad. 23.687, M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 23 de mayo de 2007. Rad. 27052, M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 8 de junio de 2007. Rad. 27484, de M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de julio 11 de 2007. Rad. 26945, MM.PP.: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de julio de 2007. Rad. 26255, MM.PP.: Jorge Luis Quintero Milanés y Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de agosto de 2007. Rad. 28.040, M.P.: María del Rosario González de Lemos

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 11 de diciembre de 2007. Rad. 28769. M.P.: María del Rosario González de Lemos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 20 de febrero de 2008. Rad. 28643, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 10 de abril de 2008. Rad. 29472, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 21 de abril de 2008. Rad. 29240, M.P.: Javier Zapata Ortiz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 22 de abril de 2008. Rad. 29559, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 23 de mayo de 2008. Rad. 29642. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 28 de mayo de 2008. Rad. 29560 M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 23 de julio de 2008. Rad. 30120, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 8 de septiembre de 2008, Rad. 30360, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 03 de octubre de 2008, Rad. 30442, M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 27 de octubre de 2008, Rad. 25.782, M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 27 de octubre de 2008. Rad. 20.779, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de octubre de 2008. Rad. 30300, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de febrero de 2009, Rad. 28.085, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de febrero de 2009. Rad. 30.964, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 24 de febrero de 2009. Rad. 30999 M.P. Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 4 de marzo de 2009, Rad. 28.516, M.P.: Augusto José Ibáñez Guzmán.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 12 de marzo de 2009. Rad. 31320. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 17 de marzo de 2009, Rad. 30.978, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 12 de mayo de 2009. Rad. 31150, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2009. Rad. 30782, M.P.: Jorge Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 1° de julio de 2009. Rad. 30.800, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de julio de 2009, Rad. 31539, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 21 de septiembre de 2009. Rad. 32022. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 14 de diciembre de 2009, Rad. 32575, M.P. María del Rosario González de Lemus.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 13 de mayo de 2010, Rad. 33610, M.P.: Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 24 de marzo de 2010, Rad. 33257, M.P.: Javier Zapata Ortiz.

5.2.2 Sala de Casación Civil

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de mayo de 1998, Rad. 4972; M.P. Rafael Romero Sierra.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de agosto de 2001, Rad. 6492, M.P.: Jorge Santos Ballesteros.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de febrero de 2002, Rad. 6063, M.P.: José Fernando Ramírez Gómez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de septiembre de 2004 Rad. 7576, M.P.: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de octubre de 2004, Rad. 6975, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de junio de 2005, Rad. 68001-3103-095-1998-00650-01, M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de octubre de 2005, Rad. 14.491, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de marzo de 2006 Rad. 7368, M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de mayo de 2008, Rad. 11001-3103-006-1997-09327-01, M.P.: Cesar Julio Valencia Copete.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 20 de enero de 2009, Rad. 170013103005 1993 00215 01, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de abril de 2009, Rad. 08001-3103-005-1995-10351-01, M.P.: César Julio Valencia Copete.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de abril de 2009, Rad. 23417-31-03-001-2001-00055-01, M.P.: César Julio Valencia Copete.

5.3 Consejo de Estado

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 1982, Rad. 1651. M.P.: Eduardo Suescún.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 20 de agosto de 1993, Rad. 7881, M.P.: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de octubre de 1992, Rad. 6951.

Consejo de Estado , Sección Tercera, sentencia de 6 de mayo de 1993 Rad. 7428.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de septiembre de 1995, Rad. 8488.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de 1997, Rad. 11.875. M.P.: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado Sección Tercera, de 25 de septiembre de 1997, Rad. 10.421. M.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 1999, Rad. 11.169 .

Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 16 de septiembre de 1999, Rad. 5155, M.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 7 de octubre de 1999, Rad. 12.655.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de enero 27 de 2000, Rad. 10867, M.P.: Alier Hernández Enríquez

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 10 de febrero de 2000, Rad. 11.878, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2000, Rad. 11.842, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de mayo 10 de 2001, Rad. 13475, M.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 19 de julio de 2001, Rad. 13086, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de agosto 12 de 2001. Rad. 12555, M.P.: Alier Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Rad. 13232-15646, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de febrero 7 de 2002, Rad. 21266, M.P.: Alier Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de Consulta. Concepto de 23 de mayo de 2002. Rad. 1423, M.P.: César Hoyos Salazar.

Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2002, Rad. 14.357.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 12 de septiembre de 2002.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 29 de enero de 2004, Rad. 18273.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de febrero 12 de 2004, Rad. 13952, M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de marzo 18 de 2004, Rad. 14589, M.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1° de julio de 2004, Rad. 14.565.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de noviembre de 2004, Rad. 14774.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 6 de julio de 2005, Rad. 13.949; M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 10 de agosto de 2005, Rad. 16205.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 21 de septiembre de 2005, Rad. 25.102, M.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2005, Rad. 12.158

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de marzo 1° de 2006, Rad. 17256

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 26 de noviembre de 2006, Rad. 13.615, M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Rad. 13.168, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2006, Rad. 28459, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 8 de marzo de 2007, Rad. 15.739, M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2007, Rad. 16064, M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2008. Rad. 17042, M.P.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia AG-0004-01 de 15 de agosto de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 4 de octubre de 2007, Rad. 16058, M.P.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia AG-00029-01 del 18 de octubre de 2007.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 23 de abril de 2008, Rad. 17.534, M.P.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 13 de mayo de 2009, Rad. 17.061, M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

5.4 Tribunal Superior de Bogotá

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Auto, Rad. 2007001, de octubre 8 de 2007.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 07 de diciembre de 2009, Rad. 110016000253200680281. M.P.: Uldi Teresa Jiménez López.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz 25 de enero de 2010, Rad. 110016000253200680077. M.P.: Teresa Jiménez López.

6. Documentos Institucionales

Acción Social. Acuerdo 18 *“por el cual se adopta el reglamento interno del fondo para la reparación de las víctimas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de Decreto 4760 de 2005”* F-OAP-022-CIR-V03 de 08 de Mayo de 2006.

Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdos N° PSAA06-3276, enero 19 de 2006.

Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdos N° PSAA08-4640 y N° PSAA08-4641, 12 de marzo de 2008.

Fiscalía General de la Nación. Despacho del Fiscal General de la Nación. Resolución 3461 de 13 de septiembre de 2005.

Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando N° 10 de febrero 25 de 2005.

Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Bogotá, Resolución N° 0-4773, diciembre 3 de 2007.

Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Bogotá, Memorandos N° 39 y 40, junio 18 de 2008.

Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Resolución N° 0-7178. Bogotá, noviembre 28 de 2008.

Fiscalía General de la Nación. Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. Memorando N° 007, marzo 26 de 2007, y N° 11 de abril 16 de 2007.

Procuraduría General de la Nación. Circular de 10 de octubre de 2006 del Despacho del Procurador General de la Nación.

Procuraduría General de la Nación. Directiva 008 de 05 de junio de 2007.

Superintendencia Bancaria, Resolución 497 de 20 de mayo de 1997.

7. Libros y artículos de revista

AA.VV. *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: GTZ-Embajada de la República Federal de Alemania. Ed. Milla.

AGUIAR, A. “La responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos”. En: *Estudios Básicos de Derechos humanos I*. San José: IIDH, 1994.

ALPA GUIDO. *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. 1ª ed. en castellano. Lima: Jurista Editores, 2006.

ANAYA. JAMES. *Indigenous People in International Law*. Oxford University Press, 2004.

AUTHERS, JOHN. “Making good again: German compensation for forced and slave laborers”. En: DE GREIFF, PABLO (Ed.). *The Handbook of Reparations*. International Center for Transitional Justice, 2006.

BERNAL, CAMILO. *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción, derecho a la verdad, memoria histórica y protección de archivos*. T. I. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, USAID.

Black's Law Dictionary, with pronunciations, 4 ed., Publisher's Editorial Staff, 1979, St Paul (Minn)

BO JUNG KWON. "I will be forgotten: legal redress for corean confort women". En: MAX DU PLESSIS et al. *Repairing the Past? International Perspectives, on Reparations for Gross Human Rights abuses*, Intersentia, Amberes, 2007.

BOLÍVAR, AURA PATRICIA. "Mecanismos de reparación en perspectiva comparada". En: *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*". Obra colectiva. Ed. Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez, Rodrigo Uprimy Yopez.

BORRELL MACIÀ, ANTONIO. *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*. Madrid: Bosch, Casa Editorial, 2003.

BOVINO, ALBERTO. *Principio de la congruencia, derecho de defensa y calificación jurídica. Doctrina de la Corte Interamericana*. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/49humanos.pdf>.

BREBBIA, ROBERTO H. "La equidad en el derecho de daños". En: *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Obra colectiva. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BUERGENTHAL, T. *International Human Rights*, St. Paul Mnn, 1995.

BUERGENTHAL, T.; SHELTON, D. y NORRIS, L. *Protecting Human Rights in the Americas. Selected Problems*, Arlington, 1990.

BUSTAMANTE ALSINA, JORGE. "El resarcimiento del daño compensatorio". En: *Del Daño*. Obra colectiva. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 2001.

CALDERÓN ACEVEDO, SERGIO. *Operaciones de Tesorería*. 1ª ed. Bogotá: Colegio de Estudios Superiores de Administración-CESA, 2006, pp. 31 y 57. CORREDORES ASOCIADOS S.A.

CALDERÓN GAMBOA, JORGE FRANCISCO, *Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a los derechos humanos, Breviarios Jurídicos*, Ed. Porrúa, México 2005.

Canadá, Disculpas públicas del Primer Ministro Stephen Harper, el 11 de junio de 2008, 39th Parliament, House of Commons Debates, 2nd Session, edited hansard,

number 110. *Disponible en:* <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&Parl=39&Ses=2&DocId=3568890>

CAMMACK, DIANA. *Reparations in Malawi en* En: DE GREIFF, PABLO (Ed.). *The Handbook of Reparations*. International Center for Transitional Justice, New York, 2006.

CANCADO TRINDADE, ANTONIO, “Aproximaciones y convergencias entre el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: *Estudios especializados sobre Derechos Humanos*, T. 1. San José: IIDH, 1996.

CANCADO TRINDADE, A. y CALFISCH, L. *Les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international general*. En: *Revue générale de droit international public*, No. 1 (jan.-mars 2004).

CARRILLO SALCEDO, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1996.

CLAPHAM, ANDREW *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Nueva York, 2006.

COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN. *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*, Bogotá. 2007.

COMISIONISTAS DE BOLSA. *Manual para el Cálculo de Rentabilidades*. 8ª ed, Bogotá, 1999.

CORREDORES ASOCIADOS S.A. - COMISIONISTAS DE BOLSA. *Manual para el cálculo de rentabilidades*. 8ª ed., Bogotá, 1999.

CORTÉS, EDGAR. “El daño patrimonial derivado de las lesiones a la integridad psicofísica. Notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Revista de Derecho Privado*. N° 12-13. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CHAPUS, R. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences reciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. Paris, 1957.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Civitas, 1993.

DE CUPIS, ADRIANO. *El daño. Teoría General de la responsabilidad civil*. Trad. de Ángel Martínez Sarrión. 2ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1970.

DE GREIFF, PABLO. *Justice and reparations. The Handbook of Reparations*. Edited by PABLO DE GREIFF. Ed. ICTJ and Oxford Press University, 2006.

DÍAZ GÓMEZ, CATALINA; SÁNCHEZ, NELSON CAMILO y UPRIMNY YEPES, RODRIGO. *Reparar en Colombia: Los dilemas en contexto de conflicto, pobreza y exclusión*. ICTJ, DeJusticia y Unión Europea, 2009.

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 21ª ed., 1992

DÍEZ DE VELASCO MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

DÍEZ DE VELASCO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2002.

DULITZKY, ARIEL. “Alcance de las obligaciones internacionales de los Derechos Humanos”. En: MARTÍN, CLAUDIA et al. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Doctrina Jurídica Contemporánea. México, 2004.

ERRANDONEA, JORGE. *Estudio comparado de la anulación de sentencias injustas en España*. Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2008.

FALEH PÉREZ, C. *El derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a obtener una reparación. Análisis de la práctica del Comité de Derechos Humanos*. Las Palmas, 2004.

FAÚNDEZ LEDESMA, HÉCTOR. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*. Lima, 2004

FREEMAN, MARK. *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 18; BICKFORD, LOUIS. “Transitional Justice”. En: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. USA: Macmillan Reference, 2004.

GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R. *Los daños colectivos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

GIANNINI, G. “*Questioni giuridiche in tema di danno psicologico*”. En: *Danno biologico e danno psicologico*. Milán: Giuffrè, 1990.

GONZÁLEZ NAVARRO, ANTONIO. *La justicia restaurativa y el incidente de reparación en el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Ed. Leyer, 2009.

GONZÁLEZ NAVARRO, ANTONIO LUIS. *La Víctima en el Sistema Penal*. Bogotá: Ed. Leyer, 2007.

GTZ, EMBAJADA DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA-PROYECTO PROFIS-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*, Ley 975 de 2005.

GUAYACÁN ORTIZ, JUAN CARLOS. “El rol de la prueba judicial cuando se liquida el monto de una indemnización con base en la equidad”. En: XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Medellín: Universidad Libre.

GUEMBE, MARÍA JOSÉ. “La experiencia argentina de reparación económica de graves violaciones a los derechos humanos”. En: DÍAZ, CATALINA (Ed.). *Reparación para las víctimas de la violencia política*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2008.

HENAO, JUAN CARLOS. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HENAO, JUAN CARLOS. *Le dommage* (tesis doctoral). París: Universidad París II. Noviembre de 2007.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, ALIER y FRANCO GÓMEZ, CATALINA. *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado*. Bogotá: Ed. Nueva Jurídica, 2007.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, ALIER EDUARDO. “*Regulación de las acciones de grupo formuladas contra entidades públicas en el derecho colombiano*”. En: XXVI Congreso de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre, 2005.

HINESTROSA VÉLEZ, JUAN PABLO. *Introducción a la responsabilidad internacional de los particulares en las violaciones a los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

HINESTROSA VÉLEZ, JUAN PABLO. *La reparación a los daños inmateriales diferentes al daño moral en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Una comparación del tratamiento del tema en el Comité de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2005.

HINESTROSA VÉLEZ, JUAN PABLO. "Valuation of the damages in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and Interamerican Court of Human Rights". En: *Rule of Law and fundamental Rights of Citizens: The European and American Convention on Human Rights*. European Public Law Series, Esperia Publications Ltd, London, 2008.

HOUSTON R.F.V y BUCKLEY R.A. *Law of Torts*. Sweet & Maxwell Ed. London, 1987, p. 14, y MELO DA SILVA, WILSON. *O dano moral e sua reparação*, edição Revista Forense, Rio de Janeiro.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos-IIDH. Unión Europea. Fundación Social. MARÍA PAULA GÓMEZ MÉNDEZ y ALEXANDRA MONTOYA SALAMANCA. *Verdad, Justicia y Reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*. Guía Didáctica y *Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Versión Pedagógica.

IRIBARNE, HÉCTOR PEDRO. "Indemnización por lesiones y por incapacidad. Pautas para su cuantificación". En: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Abeledo-Perrot.

KEN-COOPER STEPHENSON. "Reparations for residential Shool Abuses in Canadá: litigation, ADR, and Politics". En: MAX DU PLESSIS et al. *Repairing the Past? International Perspectives, on Reparations for Gross Human Rights abuses*. Intersentia, Amberes, 2007.

LIRA, ELISABETH. "The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile". En: DE GREIFF, PABLO (Ed.). *The Handbook of Reparations*. International Center for Transitional Justice, New York, 2006.

LIRA, ELISABETH y LOVEMAN, BRIAN. *Políticas de reparación*. Santiago: LOM Ediciones, 1990-2004, 2005.

LUMIA, GIUSEPPE. *Principios de teoría e ideología del derecho*. Madrid: Edit. Debate, 1993.

MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO. *Procedimiento Penal Colombiano*. 11ª ed. Bogotá: Edit. Temis.

MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO y MARTÍNEZ TAMAYO, CATALINA. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. 11ª ed. Bogotá: Edit. Temis, 2003.

MCAUSLAND SÁNCHEZ, MARÍA CECILIA. *Reflexiones sobre el contenido del daño inmaterial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. En: *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*. Libro homenaje a FERNANDO HINESTROSA. 40 años de rectoría 1963-2003. T. II.

MCAUSLAND SÁNCHEZ, MARÍA CECILIA. *Tipología y reparación del daño patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

MEDINA, CECILIA *et al.* *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2007.

MOSSET ITURRASPE, JORGE. “Responsabilidad por daños”. T. VI. En: *Responsabilidad Colectiva*. Rubinzal-Culzoni Editores.

MORALES, JAIRO LÓPEZ. *Jurisprudencia civil de la Corte Suprema, primer semestre de 1980*. Bogotá: Ediciones Lex Ltda., 1980.

NASH, CLAUDIO. *Las Reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.

NIKKEN, PEDRO. *El concepto de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. 1994. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/pedagogicasespecializado/el_concepto_de_derechos_humanos.htm

NOWAK, M. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary* (Kehl/Strasbourg/Arlington), 2005.

OSORIO, MANUEL. *Diccionario de la Lengua Española, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Edit. Heliasta, 1998.

RUIZ CHIRIBOGA, OSWALDO. “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano”. En: *Revista Sur*. Red Universitaria de Derechos Humanos, N° 5. Año 3. San Pablo, 2006.

ROZO SORDINI, P.E. *El daño biológico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PARRA QUIJANO, JAIRO. *Manual de Derecho Probatorio*. 17ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda., 2009.

PATIÑO GONZÁLEZ MARÍA CRISTINA. *El derecho de la víctima a obtener reparación. Especial consideración a la Ley 975 de 2005*. En: *Revista Pensamiento Jurídico*. N° 17. Noviembre-Diciembre de 2006. Comentarios sobre la Ley de Justicia y Paz. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

PÉREZ, JORDI BONET (et al). *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009.

PIZA ROCAFORT, R. *Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos*. San José: UACA, 1989.

PIZARRO, RAMÓN DANIEL. “Resarcimiento del Daño Moral”. En: *Del Daño*. Obra colectiva. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia Ltda., 2001.

PRADO MAILLARD, JOSÉ LUIS. “La responsabilidad civil como antecedente de la responsabilidad patrimonial directa y objetiva del Estado. Experiencia mexicana”. En: *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina y México*.

PRECIADO AGUDELO, DARÍO. *Indemnización de perjuicios*. 3ª ed. T. II. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda., 2004

Rombouts, Heidy; Sardaro, Pietro y Vandeginste, Stef: *The Right to Reparation for Victims of Gross and Systematic Violations of Human Rights*. En: *Out of the Ashes: Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, K. De Feyter y otros, eds. (Amberes, Intersentia, 2006).

SAAVEDRA ALESSANDRI PABLO. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las reparaciones ordenadas y el acatamiento de los Estados*. México, D.F., 2004.

SANTOS BRIZ, JAIME. “La Responsabilidad Civil”. Montecorvo S.A. 1986.

SHELTON D, Remedies in International Human Rights Law, Oxford University Press, New York, 2005.

SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO. *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo. Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Colección Jornadas N° 1. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Biblioteca Jurídica Diké.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *De la Responsabilidad Civil*. Tomo IV, Bogotá: Edit. Temis, 1999.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *Tratado de Responsabilidad Civil*. 2ª ed. T. II. Bogotá: Legis, 2007.

The International Military Tribunal for Germany (IMT), *The Nuremberg Trials, Volume 1* en Avalon Project. *Disponible en:* [Http://www.Yale.edu/lawweb/avalon](http://www.Yale.edu/lawweb/avalon).

TORRES ACOSTA, L.A. *La reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá, 1998.

TRIGO REPRESAS, FÉLIZ A. y LÓPEZ DE MESA, MARCELO J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T. I. Buenos Aires: Edit. Fedye, 2004.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T. IV. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2004.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T. V. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2006.

UNAM, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*, 8ª ed. México, D.F.: Editorial Porrúa, 1995.

VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G.J.H. *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. Kluwer, Strasbourg, 1984.

VAN HOUTTE, HANS et al. "The United Nations Compensation Commission". En: DE GREIFF, PABLO (Ed.). *The Handbook of Reparations*. International Center for Transitional Justice, 2006.

VARGAS, ÁLVARO y LÓPEZ, CLAUDIA (Coor) et al. *Manual de Procedimiento de Justicia y Paz*. Bogotá: GTZ, 2009.

VÁZQUEZ FERREIRA, ROBERTO A. *Responsabilidad por daños (elementos)*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

VERDROSS, A. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar, 1978.

VILLÁN DURÁN, C. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 2002.

VIJAYARASA, RAMONA. “Enfrentando la Historia de Australia: verdad y reconciliación para las generaciones robadas”. En: *Revista Sur*. N° 7. Año 4. Red Universitaria de Derechos Humanos, San Pablo, 2007

YAMAMOTO, ERIC *et al.* En: DE GREIFF, PABLO (Ed.). *The Handbook of Reparations*. International Center for Transitional Justice, 2006.

ZAVALA DE GONZÁLEZ MATILDE. *Resarcimiento de daños*, Hammurabi, Buenos Aires.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de
ALVI IMPRESORES LTDA.
Tels.: 250 1584 - 544 6825
en el mes de agosto de 2010.

De los derechos que se discuten en el Proceso de Justicia y Paz, corresponde a este estudio el análisis detallado de sólo uno de ellos, la “**reparación del daño**”, lo que implica detenerse, en el contexto del proceso de Justicia y Paz, en el examen de asuntos como: el daño individual, el daño colectivo y el daño resarcible.

El primero no tiene connotaciones esencialmente distintas a las del daño resarcible en general. El segundo, afecta grupos sociales o colectividades, y se percibe como un elemento novedoso en materia de reparación, pues el tipo de derechos, intereses o bienes tutelados, exige consideraciones distintas de las propias del daño individual, con miras a las reparaciones que ordinariamente tiene confiadas la justicia penal. En tercer lugar, se abordarán la definición y alcance del daño resarcible, la diferencia entre los conceptos daño y perjuicio, los elementos estructurales del daño, las clases y tipos de daño, la reparación y la oportunidad procesal en que el daño debe alegarse, probarse y reconocerse en favor de las víctimas.

Adicionalmente, se tratarán los temas comunes relacionados con las vertientes del daño material, específicamente el daño emergente y el lucro cesante, y de los perjuicios inmateriales, algunas de cuyas especies han sido reconocidas por la jurisprudencia nacional. En este análisis se ahondará en lo relativo (i) al daño de vida de relación; y (ii) al daño consistente en la pérdida de oportunidad que se puede causar a las víctimas; temas que representan verdaderos avances en materia de daño resarcible. El hilo conductor de todo este estudio está fundamentado en la cadena: víctima – daño – reparación, puesto que, dentro de la misma, resulta necesario acreditar la existencia de una víctima individual o colectiva a quien se le ha ocasionado un daño antijurídico, como consecuencia de la actividad de los miembros de un GAOML, para que el mismo le sea reparado.

Deutsche Gesellschaft für
Technische Zusammenarbeit (GTZ)
GmbH

Cooperación Técnica Alemana
ProFis
Carrera 13 No. 97-51, Oficina 302
Bogotá D.C., Colombia
Teléfono (+57)(+1)743 0499
Fax (+57)(+1)743 0499 202
co.profis@gtz.de
www.gtz.de/colombia

ISBN 958-8438-46-7



9 789588 438467