

# CRIMINOLOGÍA

---

*Mecanismos de derecho interno e internacional de protección a la víctima. Globalización de los instrumentos penales*

*De la atención institucionalizada a la integración social de la niñez infractora privada de la libertad*

*Justicia y niñez*

*¿Quiénes son las víctimas del delito? La redefinición del concepto desde la victimología*

*La víctima del delito frente a la reforma a la legislación penal colombiana*



# MECANISMOS DE DERECHO INTERNO E INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA. GLOBALIZACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PENALES

*Augusto J. Ibáñez Guzmán\**

## PRESENTACIÓN

En esta oportunidad, también por invitación del doctor Jairo Parra Quijano, presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y en nuestra casa, nos corresponde analizar, con la misma metodología desarrollada en la reunión anterior<sup>1</sup>, los instrumentos de protección a la víctima, realizando un repaso de los mismos, desde época anterior hasta llegar a la postura hoy imperante en el mundo, como la encontrada por medio de las Cortes Internacionales.

Una visión actual de las diversas posturas es del mayor interés, habida consideración de la llamada globalización, no sólo de la economía sino de la norma, no en la acepción de precepto sino en su formulación con referente material social, es decir, la persona: entonces, repetimos, *de la norma*.

---

\* Profesor titular de la Universidad Externado de Colombia, profesor de derecho penal general de la Pontificia Universidad Javeriana.

1. El cuestionario fue realizado en conjunto con los profesores Vicente Gaviria y Hernando Barreto, a ellos el reconocimiento. Además, cada uno de ellos en su especialidad se aproximarán al fenómeno en estudio: el profesor Gaviria, en cuanto a los planteamientos de reforma penal, frente a la víctima; el profesor Barreto en el tema de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

## I. DE UNA POSTURA DISCURSIVA

Conocido es que el sistema penal, como lo conocemos hoy, ha variado y encontrado diversa justificación y explicación ideológica, conforme al modelo de Estado imperante en cada momento histórico. La estructura penal se estudiaba entonces, acriticamente, sin respecto al fundamento y a la ideología no obstante, hoy el debate, antes que de preceptos, se realiza con respecto a lo que la norma no dice, es decir, a la cobertura ideológica que se encuentra detrás de su discurso y que no siempre se está en posición de aceptar o, por lo menos, discutir.

Se pensaba que las escuelas y posturas eran creación de mentes prodigiosas o de iniciados, a quienes de un momento a otro se les ocurría una idea, una temática o teoría, la llevaban a escritos y a la práctica. No es así. El investigador, por más objetivo que quiera mostrarse, está sujeto a la influencia del mundo circundante y la realidad social lo atrapa, para lograr una explicación o demostrar una tendencia que vive; por ello, puede tener aplicación en un momento dado y en un lugar determinado.

La lucha por colocar de presente los contextos no es nueva, es la historia de la ciencia social. El estudio de la conducta individual o colectiva, cualquiera que sea el marco de la investigación, sociología o derecho, ha pasado por la eliminación de los fundamentos, sobre los que no se hablaba, ni los hacían parte del discurso, hasta cuando se invita al debate total de la orientación, el fundamento y la utilidad.

¿Cuál es la razón para eliminar y evitar la discusión inicialmente? Variadas son las excusas: desde la exclusividad de la ciencia, cuando se creía que la razón se encontraba en algunas personas y en determinadas entidades, situación que pertenece a la organización feudal, del concepto del maestro-aprendiz y de las corporaciones; estrategia utilizada también por la Iglesia, con la aplicación del monopolio de la verdad y de la interpretación del libro de los libros, comúnmente denominado Biblia, o en la enseñanza “autorizada” por medio de los colegios, que se denominaron “Pontificios”. La ciencia social era entonces poder y saber al mismo tiempo.

Posteriormente el debate se reemplaza por la arquitectura externa perfecta del Estado de derecho que da la impresión social de tutela y, que a la postre, quedó sólo como protección formal. En el fondo la inexistencia del debate es una forma de evitar la adscripción de responsabilidad del Estado con respecto a la efectiva tutela de bienes jurídicos. Lo que subyace en la ausencia de debate es una manera implícita de lograr un totalitarismo estatal, en donde no se sabe qué es lo que en verdad se protege, aunque todo parece tutelado y no se sabe cuál es el papel del Estado frente a la falla en la protección, quedando el Estado como protector de sí mismo por medio de la ley, que es el instrumento coercitivo drástico y absuelto de responsabilidad, pues se da por descontado que el Estado actúa así, sin que nadie se pregunte la razón.

Veamos: en la época anterior al surgimiento del “Estado de derecho” no se presenta una configuración de límite frente a los actores del conflicto social —penal—, ni

tampoco se diferenciaban los ilegalismos. Tanto daba igual hablar de ilegalismo penal, civil o comercial, las consecuencias eran indistintas y la reacción ilimitada.

Con el surgimiento del “Estado de derecho” se impuso la limitante. El límite inicial se presenta en la diferenciación de los “ilegalismos”, la diferenciación entre lo civil y lo penal, la descripción de los mismos, ya sea como incumplimiento del negocio jurídico o como descripción de comportamientos contrarios a la ley, al establecimiento, reglas del juego previas, precisas y la concreción de las consecuencias penales cuando se realiza un comportamiento de los concebidos o considerados prohibidos.

Desde luego, la pena privativa de la libertad fue la respuesta y consecuencia a los “ilegalismos” penales, denominados faltas, contravenciones, delitos o hechos punibles. No es un azar del destino que al derecho de las faltas se le denomine derecho penal, en donde la consecuencia es la que da el nombre al “ilegalismo”. Una paradoja, pues el “Estado de derecho”, máxima realización de la voluntad política del momento, en donde se consagran la libertad, la igualdad y la solidaridad, al mismo tiempo establezca la reducción, la limitación de la libertad, el valor protegido y realizado.

La reducción de la libertad por el ingenioso mecanismo penal obligó a dotar al instrumento de un conjunto de limitaciones internas y externas. Las internas, como la descripción de las conductas prohibidas y el marco de la consecuencia penal. Las externas, como el mecanismo para imponer la pena, mediante el procedimiento, cuyo marco de definición y operación se encuentra en los llamados principios rectores o valores, axiologías, que permiten el desarrollo y se configuran como la barrera de contención de y a la gestión estatal. Se ha de proteger la limitación de la libertad creando el llamado “segmento de libertad” o *habeas corpus*. Se convino en que la libertad sea el principio, se indujo a que ella se garantizará mediante la presunción de inocencia y se estatuyó también que el marco de la prohibición y la consecuencia penal fueran el principio de legalidad, que en contornos políticos se denominó el principio de reserva, de calado constitucional. Se utilizó la división del poder, o de las funciones o de responsabilidad, para crear un punto de decisión imparcial y autónoma, frente a la libertad, por lo que se dejó a la judicatura el proferir la drástica medida, siendo entonces la jurisdicción, poder deber del Estado, quien tiene la potestad o “reserva judicial de libertad”. Se maximizó la protección al sindicado, en consideración de ser el sujeto pasivo del procedimiento<sup>2</sup>.

Una doble condición: por una parte, el Estado en contra del sindicado, por otra, el Estado garantizando la libertad del contrincante; de esta suerte, se observa al Estado, justificando la drástica medida, como el mayor —primordial— perjudicado por el delito, al Estado tratando de excluir y recluir a quien realizó la conducta exótica. En suma, el Estado garante y justiciero.

---

2. Cfr. Ferrando Mantovani. *El siglo XIX y las ciencias criminales*. Monografías Jurídicas N° 61, Bogotá, Edit. Temis.

Lo exótico, el comportamiento excepcional es necesario controlarlo. Desde luego, se controla por este mecanismo formal social. Es una decisión que resalta la responsabilidad, primero moral, es decir, en cuanto se realizó la conducta con libertad, tendencia que descansa sobre el libre albedrío<sup>3</sup>, luego social, es decir, cuando y en cuanto se realizó la conducta determinada por la peligrosidad del agente<sup>4</sup>.

De la reflexión sobre la garantía al sindicado se pasa al descubrimiento de la desprotección a la víctima, a quien desde anciana época se le ha despojado o se le ha arrebatado el conflicto, en aras de buscar la venganza pública, en contraposición a la venganza privada, característica del antiguo régimen.

En tales términos, la víctima lo es, del delito y de la ley.

## II. UNA POSTURA DE GARANTÍA A LA VÍCTIMA

No ha sido extraño para el ordenamiento, para la legislación, ya de suyo se encontraba desde la época del derecho romano, la consideración del perjuicio como generador de obligación civil, de indemnización, de restablecimiento del derecho.

Varias son las expresiones que hemos utilizado en el párrafo anterior y que bien vale la pena describir y precisar. Veamos:

El perjuicio, que permite una postura de crédito frente al agente del delito por el daño ocasionado, es punto de reflexión como fuente de obligaciones. El daño, la injuria realizada, se constituye en postura de crédito frente al agresor. Es pues, la estructura lógica dentro del proceso penal a partir de un elemento evidente, claro y contundente, pareable, en referencia a las fuentes de las obligaciones. Afirma el centenario Código Civil:

Art. 1494. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; *ya de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos*; ya por disposición de la ley, como entre padres y los hijos de familia (resaltos fuera de texto).

La pretensión es producto, entonces, del daño inferido; la pretensión es la indemnización de los perjuicios.

Desde luego, sabido es que tal solicitud, reclamo o pretensión es posible dentro del

---

3. Cfr. Francesco Carrara. *Programa de derecho criminal*, Edit. Temis.

4. Cfr. Enrico Ferri. *Principios de derecho criminal*.

proceso penal, por medio de la constitución en parte civil o en proceso separado, de naturaleza civil.

Allí, en el proceso penal, recordemos, se pasó de la mera posibilidad de reconocimiento, por virtud de las condenas *in genere*, que luego obligaban a la ejecución de la misma en proceso civil separado, a la posibilidad de mayor garantía para el perjudicado, cuando se creó la obligación de resolver en el proceso penal, entre otros temas extrapenales, la solicitud de la indemnización.

No obstante el anterior “adelanto”, la garantía al sindicado es máxima, se encontraba hipertrofiada, mientras la pretensión indemnizatoria se observaba como un agregado, como un extraño dentro de este procedimiento de naturaleza especialmente penal, procedimiento que básicamente se consideraba contra el sindicado.

El derecho fundamental quebrantado, la vulneración realizada o inferida, el daño ocasionado, ningún desarrollo concreto y material poseía.

El modelo de Estado, como “Estado social de derecho”, produce un cambio, una redefinición, en la relación de la protección del derecho, del derecho sustancial. Veamos:

El derecho de defensa, tal como lo hemos encontrado, apunta y clarifica la acción del Estado y del *ius puniendi* frente al denominado infractor, sujeto activo del delito, agente, que, al propio tiempo, es sujeto pasivo de la acción penal, del procedimiento. Tal concepto y contenido del derecho de defensa es hoy insuficiente, pues si, por una parte, a la judicatura le corresponde la protección del derecho sustancial (artículo 228 Constitución Política), y de otra parte, debe ser en igualdad (artículo 1º de la Carta), conclusión necesaria será el derecho de defensa del ofendido o perjudicado, por virtud de la manifestación sustancial de derecho, derecho a la indemnización.

No es otro el contenido de las posturas actuales acerca del restablecimiento del derecho (art. 14 del Código de Procedimiento Penal), parte de la justicia material, en donde se tiene en cuenta a la víctima, como actor, como parte indispensable de la definición estatal, como factor de concreción de la función del Estado y por ello del derecho penal: la resolución del conflicto.

Se insiste: las acciones, los derechos, las fuentes de obligaciones son pareables, ello en necesidad de resolver el conflicto, reconduciéndolo y reentregándolo a los actores; obsérvase el derecho penal como útil.

Tal planteamiento no es exótico si se tiene en cuenta la prórroga de jurisdicción, para algunos, prórroga de competencia, de la denominada jurisdicción penal, para resolver los asuntos de contenido “extra-penal”. Allí se consagra la aplicación de normas, en remisión, para alcanzar el restablecimiento del derecho, factor de integración y de

valoración probatoria civil o comercial. En suma: por el momento, la remisión, el reenvío a las normas extrapenales, en factor de integración como lo ordena el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, norma rectora, que se utiliza para la interpretación y es considerada como de preferente aplicación.

La pretensión indemnizatoria, en nuestro sistema, posee varias fórmulas de interés, para hacerse efectiva o, por lo menos, para ser garantizada.

Recordemos que las medidas de aseguramiento buscan garantizar la comparecencia de la persona al proceso y por ello, en su momento, el hacer efectiva la reducción de libertad ante la posibilidad de sentencia condenatoria. A ello se le puede llamar una conminación personal; no obstante, al lado de la garantía de comparecencia, se establece otra garantía otorgada por la medida de aseguramiento, la garantía personal frente a la pretensión indemnizatoria.

En momentos de reforma, de la llamada reforma integral al “Sistema penal colombiano”, se dirá con justa razón que estas garantías personales no han de ser tomadas sólo por la vía de la restricción efectiva de la libertad, es decir, por virtud de la detención preventiva. Ello es contrario a los instrumentos públicos, tratados internacionales suscritos por Colombia y por ello de aplicación inobjetable. Dichos tratados advierten de la posibilidad de privación de libertad, como medida cautelar, sólo, únicamente, en casos excepcionales, pues, de lo contrario se estaría rompiendo, entre otros principios, con el principio de la presunción de inocencia, en general y en especial, con la aspiración que Colombia consagró en su Código de Procedimiento Penal, cuando consigna el principio y lo lleva a contenidos, no sólo teóricos de presunción, sino prácticos, cuando la fórmula puntualiza la presunción de inocencia, es tutela que llega hasta el trato, al tratamiento, es decir, en cuanto a que la persona no sólo es inocente sino que ha de ser tratada como tal, como inocente, hasta que no se demuestre su responsabilidad por virtud de decisión judicial en firme.

El anterior predicamento nos lleva a reflexionar sobre la utilidad y función de las medidas de aseguramiento, en materia penal, conminaciones personales.

¿Qué sucede cuando la persona, el infractor, el sujeto pasivo del procedimiento, provee a la garantía de la pretensión indemnizatoria? ¿Amerita, de todas maneras, la imposición de tan drástica medida restrictiva de la libertad?

La respuesta es afirmativa sólo cuando se garantiza la posibilidad de pretensión indemnizatoria, mas no la de presencia al proceso. No obstante, si la garantía es total, la restricción no posee fundamento jurídico ni práctico. Muy por el contrario, cuando dicha garantía se presenta, el funcionario judicial debe estar en posibilidad legal de cambiar la medida, por otra que no posea la restricción de libertad o la morigere, como es el caso de la detención domiciliaria, tomada como domiciliaria y no residencial.

El interés actual de la reflexión presentada se encuentra en que la restricción de la libertad no deviene de la naturaleza del delito o del *quantum* de la pena, sino del incumplimiento a una decisión judicial de garantía, una especie de fraude a decisión judicial, como elemento de restricción de libertad.

La utilidad del planteamiento se evidencia en cuanto las garantías personales se ofrecen con la finalidad de la pretensión indemnizatoria y la comparecencia; se evita el contacto de las personas con el sistema penal —la cárcel— y la posibilidad del endurecimiento del sistema por razón de la ruptura a la confianza de la judicatura frente a la garantía presentada, tanto de comparecencia como a la pretensión indemnizatoria.

Se dirá, y con justa razón temática exegética, que nos estamos apartando del sistema penal, para tornarlo, cambiarlo a fórmulas de control civil. Debemos aceptar la crítica como una manera de observar el sentido del planteamiento, en donde el análisis parte de la resolución del conflicto.

Igualmente se dirá que ello es atentatorio al principio de igualdad, pues la persona que no tiene posibilidad económica de prestar la garantía, no posee acceso al prisma establecido. También posee razón la crítica, pero sólo en cuanto las medidas de aseguramiento se encuentren como se presentan en la ley y en algunos proyectos. No obstante, cuando se habla de garantía no se habla de la garantía exclusivamente económica, sino, y lo más importante, por medio de las garantías personales. El valor de la palabra en el país debe reconstituirse, la confianza en el compromiso con la justicia y el respeto a la decisión y compromiso que con la justicia se ha realizado.

La víctima en el centro de la decisión y de la posibilidad, viabilidad de la pretensión indemnizatoria.

Las medidas de conminación real contra el infractor, contra el sujeto activo del delito y que pasa a ser el sujeto pasivo del procedimiento, corren la misma suerte: el embargo y secuestro de bienes son en todos dedicados a la garantía de la pretensión indemnizatoria. En nuestro sistema se posee tal posibilidad de garantía a partir del momento de la decisión desfavorable, en momento de resolver la situación jurídica del encartado, una vez se vincula jurídicamente al proceso, por indagatoria o declaración de reo ausente.

La decisión de embargo y secuestro se puede tomar al momento de resolver la situación jurídica o posteriormente, cuando se denuncien los bienes. De oficio o a solicitud de parte. No obstante, se regula la caución de la parte interesada cuando es a solicitud de parte. Debemos aproximarnos a dichas medidas en procura de garantía real, desde el momento en que se observe la tipicidad del comportamiento, cualquiera que sea el momento procesal y siempre previa caución prestada por el representante de la víctima, quien deberá, entonces, presentar la pretensión, someramente o sumariamente demostrada y en el interés de demostrar el monto de los perjuicios, pues al juez penal

le está prohibido sentenciar *extrapetita* y sin respecto a pruebas legalmente presentadas y valoradas dentro del proceso. Así se aproxima la actuación de la parte civil a los mandatos civiles. ¿Se cuestionará acerca de si es posible la constitución en parte civil desde la etapa preliminar? La respuesta es negativa, lo que se está proponiendo es una actuación de garantía, como sucede en los procesos civiles, en donde, aun antes de trabarse la *litis*, se presenta la posibilidad de pretensión y de garantía. Así se reconstituye la pretensión indemnizatoria y se garantiza el restablecimiento del derecho a quien se le ha de limitar el derecho de propiedad. No es otro el propósito que el adentrarnos y ampliar las medidas de conminación real, como sucede con la prohibición de enajenación, en donde la decisión judicial funciona como una especie de registro de la demanda. Obvio, allí también se debe considerar la posibilidad de garantizar los perjuicios a quien se le ha limitado el derecho de propiedad.

¿Es necesario que la parte civil se haga garantizar la pretensión indemnizatoria, por medio de los mecanismos antes analizados y por ello debe siempre constituir garantías para realizar su misión? Debería ser obligatorio; no obstante, en veces se dificulta para la víctima la garantía para acceder a las conminaciones reales frente al infractor. Se podría entonces aceptar la posibilidad de seguir el proceso sin medidas preventivas reales o crear un mecanismo o un instrumento para viabilizar la garantía, la protección especial del amparo de pobreza o la acción de la defensoría pública, que ha de encontrar función en la concreción de este derecho fundamental, el derecho a la indemnización.

El tercero incidental es pieza importante en la visualización de la víctima.

Como se anota, es un tercero, tercero en relación con las partes dentro del proceso, pero no tercero por vía de un perjuicio que se encuentra ocasionado y que obliga al restablecimiento del derecho, por ejemplo en casos de las devoluciones de instrumentos, de elementos del delito, por efecto del comiso, etc. Son terceros de buena fe, los cuales se ven relacionados con el delito, por variadas razones: desde la posibilidad de incautación de bienes genéricamente producidos al momento de la ejecución del hecho, hasta por razones financieras y del mundo de los negocios, como es el caso de la transacción negocial de títulos valores. Desde luego cada caso posee su rito y su especificidad. Lo cierto es que, cuando los bienes no son de lícita enajenación ni posesión, el Estado entra a su tutela o destrucción. Empero, cuando los bienes son de libre comercio, la ley de su enajenación se hace presente y corresponde observar su estado jurídico y el amparo a los tenedores de buena fe, en trámite de devolución del objeto material del delito. No es apartarnos de la línea discurso el que se coloquemos de presente los negocios y frente a los títulos valores.

Nuestras normas han sido muy específicas con respecto a la transacción con títulos valores y de ellos, por medio, v. gr., de las bolsas de valores. Allí ha de resaltarse la clase de título valor y la ley de circulación que los acompaña. Es diversa la transacción del título valor cuando ha sido librado al portador, en donde su transferencia se realiza por virtud a la mera entrega, de cuando ha sido expedido con carácter de nominativo,

caso en el cual no sólo se debe entregar sino además endosar y registrar. La buena fe se encuentra no sólo en la demostración de los actos externos de la transacción, sino en el resalto y confirmación de las normas que contienen la ley de circulación correspondiente. Esta carga de sagacidad es aún mayor cuando se trata de profesionales en la operación, pues por normas internas disciplinarias, en ocasiones les corresponde honrar la operación y por ello asumir el perjuicio que los legitima para entrar en el proceso penal, como parte civil o como tercero incidental. Igual sucede cuando el riesgo fue cubierto por una aseguradora, en donde por el pago del siniestro, la ley subroga los derechos del perjudicado en el monto de lo pagado por cuenta del siniestro.

En suma, el perjudicado y la víctima son quienes reciben la vulneración por el hecho punible. No obstante, existen otras víctimas del delito que pueden actuar como terceros incidentales. Son terceros frente a las partes del proceso penal, pero partes con respecto a la pretensión indemnizatoria o para el restablecimiento del derecho, en lo que es titular y que además son protegidos por la presunción de buena fe.

Ahora bien, figura con grande utilidad es la establecida en nuestra legislación, denominada cancelación de registros. Allí se le faculta al funcionario judicial a cancelar, a dejar sin efecto, los registros sobre los bienes que poseen tal formalidad, cuando ellos se han efectuado mediante el fraude o la falsificación. Inclúyese allí lo relacionado con bienes raíces y con títulos valores, en este caso nominativos, operando, como en verdad opera, ya se había dicho, la ley de circulación y la carga de sagacidad, como resalto de la buena fe, pudiéndose decir, sin molestia alguna, que nos encontramos frente a un ingrediente normativo extrapenal.

De especial importancia es la figura del restablecimiento del derecho. El instituto así denominado puede comenzar con la acepción de la mera indemnización de perjuicios, en sus contenidos de lucro cesante, daño emergente, o en la calificación y clasificación de daño moral y daño material; empero, se ve fortificada con instrumentos como la conciliación y la indemnización integral, que bien permiten resolver el conflicto antes de la determinación final de la responsabilidad del agente, mediante sentencia condenatoria y sin que se requiera establecer o aceptar la responsabilidad penal; igualmente, nada impide que la satisfacción de la pretensión indemnizatoria se ofrezca por el hipotético agente del delito o por un tercero que paga por él y, si es necesario, se subroga en la obligación.

No se puede olvidar la extensión de la garantía para la indemnización y para el restablecimiento del derecho, estoy recordando la figura del tercero civilmente responsable. Su fundamento se encuentra en la norma civil que determina quién debe indemnizar y allí se encuentra no sólo el sindicado o encartado, sino las personas que civilmente están llamadas a responder. El tercero civilmente responsable es entonces otra extensión, otro tema extrapenal que ha de ser resuelto por el funcionario judicial. El instituto ya tenía especial acogida en derecho civil; para su demostración basta con traer al análisis una de tantas decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de anciana producción, una sentencia de 1938:

Hechos: un muchacho de 16 años fue atropellado por un automovilista, quien al verlo trató de esquivarlo, tirando el carro hacia un lado, mientras el joven, asustado, perdió el control de la bicicleta, zigzagueando y cayendo justo en el momento en que el carro pasaba.

En primera instancia se favoreció a los demandantes, a pesar del sobreseimiento en materia penal por no configurarse delito alguno. Por ello el Tribunal revocó la sentencia.

*Consideraciones de la Corte.* La Corte consideró que el artículo 2356 del C. C. permite aplicar en Colombia la teoría del riesgo, que hace responsable de los perjuicios a quien crea la situación de peligro. Su consagración obedece no sólo a la índole de la actividad —no basta la prudencia de los particulares para librarse del peligro— sino además a la dificultad probatoria que enfrenta la víctima.

El efecto de la aplicación de esta teoría es que la carga de la prueba se invierte, pero cabe exoneración por caso fortuito, fuerza mayor o intervención de un elemento extraño (que incluye hecho de la víctima, según el artículo 2357 del C. C.).

Para la Corte, la víctima actuó imprudentemente por temor y, por ende, podría pensar en un elemento extraño, pero la causa directa fue el hecho imprevisible de la caída del joven, que constituye un caso fortuito, examinado en concreto<sup>5</sup>.

Los principios, sin duda alguna, son constantes, lo que llama la atención es la manera como el instituto se va perfilando y llega a constituir fórmula que desde el derecho civil alumbró la aplicación de la norma penal, en nuestro caso, para la protección de la víctima. E insistamos, son cuestiones extrapenales que corresponde decidir al funcionario judicial, bajo el criterio civil y evaluando la prueba, desde esa misma arista, por ser una pretensión indiscutiblemente civil, con todos los detalles, alcances y evaluaciones. Pero, es más, ya se está pensando, y con razón, en la intervención de otro tercero, como es el caso del llamamiento en garantía, por ejemplo al asegurador, a efecto de hacer parte del proceso. Todo ello con la óptica indudable de garantizar la pretensión indemnizatoria y propender por el restablecimiento del derecho. Otros ya están en postura mental de crear litisconsorcios, en procura de mayor cobertura y garantía a la víctima.

No obstante, el restablecimiento del derecho es mucho más de lo aquí analizado, es

---

5. Corte Suprema de Justicia, marzo 14 de 1938, M. P.: doctor Ricardo Hinestrosa Daza. En Barrera Tapias, Carlos Darío, y Santos Ballesteros, Jorge. *El daño justificado*. Seminario 2. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1994, p. 189.

impedir que la conducta siga produciendo efectos y de esta manera aumentar el número de perjudicados y de víctimas, así como devolver las cosas a su estado inicial, cuando bien se puede y la naturaleza del derecho lo permite.

La devolución al estado de cosas anterior, también lo será cuando el perjudicado se ve indemnizado o restablecido en su derecho, con especial consideración a la molestia y el daño ocasionados. Son instrumentos de política criminal, que visualizando el conflicto de manera diferente, pueden darlo por terminado, con la intervención de los interesados y ante la solución efectiva del quebranto: el análisis de la posibilidad de diálogo productivo, la garantía de la convivencia social y las resultas de forma de encontrar que las partes se avengan y lleguen a un acuerdo de satisfacción. ¿Cómo se llega a la satisfacción? Es la pregunta de orden y la respuesta se encuentra en la posibilidad de aceptación de fórmulas, no necesariamente económicas. Una satisfacción verbal, una explicación para la colaboración simbólica o efectiva en la indemnización, una comunicación fundamentada de los hechos, etc., son fórmulas que responden a este nuevo, pero importante planteamiento. No en vano se encuentra la ampliación y posibilidad de aplicación de figuras como la de los amigables compondores, los jueces en equidad y la participación de la sociedad, que permiten la desinstitucionalización del conflicto o, lo que es lo mismo, la formalización del conflicto, antes descuidado por el Estado.

La sociedad, en cuanto más grande en número y extensión, hace más difícil la resolución del conflicto y el acceso a la justicia es cada vez más reducido. La tutela es punto de observación, en este marco, y las soluciones informales también lo serán. No quiere decir que el derecho se esté privatizando en cuanto a la decisión; por el contrario, ante la posibilidad de difícil acceso a la justicia, es menester formalizarla por medio de dichos mecanismos.

### **III. LA VÍCTIMA Y LA GLOBALIZACIÓN**

Los anteriores instrumentos son de diaria reflexión, unos de derecho interno vigente, otros de política criminal en posición de propuesta, otros de referencia a instrumentos internacionales, algunos de éstos, extensión o referencia al llamado bloque de constitucionalidad; no obstante, los que vamos a reseñar, en adelante, son de índole internacional.

El derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario deben ser captados en nuestros días y especialmente en el momento que vive el país. No es sólo un capricho y una veleidad del momento, una moda más, son el momento de discusión entre nosotros.

Por tal virtud se ha de masificar su estudio, se ha de cotidianizar su análisis, se ha de introyectar su vigencia. La posibilidad de encontrar un marco de aplicación, de reflexión y de comprensión, constituyen nuestro vivo interés.

La globalización, para bien o para mal, se está imponiendo, pero no se impone sólo en tendencia y oportunidad económica, observándose como la creación de bloques de intereses y de comercio. La globalización es del derecho que nace con las regulaciones de aranceles y protección del mercado y se extiende por la protección del derecho de autor o de ingenio, pasa por tutela de la representación de las naciones y de los Estados, para generar un punto de estrategia participativa y democrática, hasta cuando se establece y se percibe como la creación de tutelas penales.

Existe ya una gran diferencia entre las sanciones a los Estados por vulneración de los derechos de los particulares, en cuanto los derechos humanos poseen como referente el cumplimiento y vigencia de los derechos fundamentales. Ahora se trata de enrutar la responsabilidad personal, frente a la macrovulneración, cualquiera que sea el agente productor de la vulneración.

De grata recordación tenemos el denominado estatuto universal, instrumento de persecución del delito, cualquiera sea el infractor, cualquiera sea el lugar de la infracción y cualquiera sea la víctima. Hoy, esta forma de aplicación del derecho penal pasa a ser parte de la historia para ser reemplazada por la nueva visión de la protección de la víctima.

Se pensaría que a las puertas del siglo XXI, las democracias son sólidas, los comportamientos son más “civilizados” y existe mayor suficiencia de las regulaciones internas para resolver los conflictos. Pues no es así: las democracias corren el peligro de las tendencias nacionalistas, de las genofobias, del culto al dinero fácil, de la persecución a las minorías. Por ello no existe la tendencia introyectada de comportamientos “civilizados” y los modelos de Estado no han producido las fórmulas mágicas de resolver los conflictos internos.

Impónese para la protección de la víctima un conjunto de regulaciones, de creación multilateral, un procedimiento que apunta a ser aplicado cualquiera sea el infractor y unas Cortes o aparatos de justicia global.

Fuera de los tribunales que estudian las vulneraciones de los derechos humanos, acaso insuficientes, devienen otros de mayor calado e intervención. El concepto de soberanía es, hoy por hoy, de menor importancia en la vida de los Estados y de la persona; el nacionalismo, como fórmula de protección de la jurisdicción, es objeto de revisión y se duda mucho de la eficacia y eficiencia de instrumentos como el de la extradición, en su acepción de mecanismo aplicable con respecto a la soberanía.

La descripción de conductas penales y la persecución de ellas, como es el caso del crimen de genocidio, de los crímenes de lesa humanidad, de los crímenes de guerra, son ejemplos de mayor valía para nuestra reflexión, sin perder de vista el crimen de agresión que, aunque no se desarrolló, existe la tendencia a consagrarlo y sancionarlo. No vale el lugar en donde se encuentra el infractor, ni su estatus, ni las razones de

Estado que antiguamente se exhibían para evitar la investigación y sanción. Lo cierto es que la costumbre de la impunidad entró en ruptura histórica.

Se crean procedimientos, se establecen fórmulas de aducción y valoración probatoria, se examina la necesidad de pena y se establece un tribunal internacional para decir el derecho.

Existe la tendencia a afirmar que, son instrumentos complementarios y subsidiarios a la legislación interna. Pensemos que es correcto, pero no descuidemos la posibilidad de aplicación, toda vez que, por normas de derecho aplicable y de cosa juzgada, el panorama es otro. Es decir, se puede mejor afirmar que ello es complementario y subsidiario de las legislaciones internas, pero sólo en principio, o, lo que es lo mismo, en la práctica no funcionarán como complementario y subsidiario sino como mecanismo especial y ordinario.

¿Cuál es la razón para presentar el anterior panorama? Una y muy sencilla. La legislación global es aplicable cuando el Estado no ha podido investigar, ya sea por imposibilidad operativa o por imposibilidad política. ¿Quién puede decir que ello sucedió? Lo dice no el país o Estado en donde se realizaron las conductas, sino la Corte global. Y en verdad que la cosa juzgada no es límite, pues si el argumento en contra es la decisión judicial en firme, allí se estudiará la posibilidad de investigación tanto operativa como política y bien puede suceder que se llegue por la Corte global a la decisión de desconocer la cosa juzgada, pues materialmente no ha existido investigación.

Y se dirá que es un instrumento de aplicación futura. Error de inicio, ya que la consideración anterior se hace presente. Bien puede a solicitud del Estado o de la ONU llegarse a la conclusión de que los instrumentos no fueron aptos y que por ello no ha existido investigación alguna.

Dicho instrumento se ha creado por la necesidad de encontrar un mecanismo eficaz para llevar a cabo la investigación y en protección de la víctima, pues en el ordinario quehacer estatal no era posible ni la investigación, ni la condena y mucho menos la indemnización de perjuicios y el restablecimiento del derecho.

Se dirá que allí se está consignando un argumento de ineficiencia judicial del país o del Estado en el cual sucedieron los hechos o el que deba investigar. La respuesta es negativa y positiva. Negativa, pues no se desconoce la labor judicial, el argumento no es de la eficacia y por ello el de la ruptura de la soberanía; la respuesta es positiva, si de protección a la víctima se trata.

Importante es llamar la atención en cuanto se requiere de la descripción de los comportamientos en el derecho interno, pues de lo contrario la investigación no existió y por ello el derecho aplicable y la ausencia de cosa juzgada se imponen y entonces entra a operar el instrumento de la Corte Penal Internacional.

De especial consideración es el proyecto de ley que reforma y adiciona el Código Penal y que así describe algunas, por lo menos, conductas de las tratadas en el Estatuto de Roma, creando un título especial que contiene la descripción de las conductas “contra la humanidad”.

Nuestra contienda interna, que rebasa la mera perturbación del orden público, es propicia para estas reflexiones, pues las descripciones del Estatuto de Roma contienen referencias a los conflictos no internacionales, vulneraciones al Derecho Internacional Humanitario, que bien valen la pena examinar: el irrespeto a la sociedad civil ajena al conflicto, la violación a lugares y personas protegidas, la toma de rehenes, la tortura, etc., son algunas de las consideraciones que se han de tornar en debate. *A contrario sensu*, la posibilidad de acuerdos humanitarios es protegida por los instrumentos internacionales.

Conductas prohibidas y conductas permitidas, todas en procura de la protección a la víctima, ahora por vía de los canales internacionales.

No obstante, es importante colocar una última reflexión que en verdad es preocupante. La protección de la víctima, de la población civil, posee en Colombia una especial connotación: primero, por la degradación del conflicto, en proporciones inimaginables, y por ello el doble señalamiento de victimización, es decir, se es víctima del delito y al mismo tiempo agresor que produce otra victimización y que no permite la protección sencilla del Estado.

Por último, se llama la atención en cuanto a que la globalización no se está dando sólo mediante los condicionamientos, descripciones e instrumentos contenidos en el Estatuto de Roma, sino que se encuentra en otros instrumentos que hoy están en trámite, y que hacen referencia a delitos como el lavado de activos, el narcotráfico, la trata de menores y de mujeres, entre otros, los cuales deben llevar a la constitución de otros operadores de las normas globales, pues se entiende que ellos, esos comportamientos, son también macrovulneraciones de persecución y castigo multilateral. Es otra consideración al planteamiento de la víctima.

Ahora bien, es de interés el estudio y meditación del anexo al presente texto, respuesta a nuestro cuestionario, que resolverá algunas dudas y creará muchos interrogantes. Es nuestro deseo.