

# CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN JUDICIAL EN EQUIDAD O EN DERECHO EN EL MARCO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

*Hernando Barreto Ardila\**

**Resumen:** Si la decisión en equidad busca corregir la ley justa de manera general cuando se torna injusta en el caso particular, no es procedente acudir a ella cuando por las dificultades probatorias en la cuantificación de una reparación judicial en un asunto determinado se prescinde de los medios de convicción y se faculta a quien decide para que se pronuncie prudencialmente con única sujeción a su discrecionalidad. En tal caso, es necesario afinar los criterios de ponderación de las pruebas con las que se cuente, a fin de evitar imprecisiones y tratamientos desiguales frente a supuestos de hecho semejantes.

**Palabras clave:** equidad, reparación, víctima, igualdad, igualitarismo.

---

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma universidad, especialista en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid. Magistrado auxiliar de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y profesor del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [hernandobarreto@gmail.com](mailto:hernandobarreto@gmail.com)  
Fecha de recepción: 23 de octubre de 2012, fecha de modificación: 11 de diciembre de 2012, fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2012.

## QUANTIFICATION OF REPAIR IN EQUITY OR IN LAW UNDER THE LAW OF JUSTICE AND PEACE

**Abstract:** If the decision in equity seeks to correct the law generally fair when it becomes unfair in the particular case, it is not appropriate to bring it forth when the evidentiary difficulties in quantifying a repair in a particular case is dispensed with the means of conviction empowering and decides to rule with only prudentially subject to its discretion. In this case, it is necessary to refine the criteria weight of evidence with which to count, to avoid inaccuracies and unequal treatment against similar factual circumstances.

**Keywords:** Equity, repair, victim, equality, egalitarianism.

### PRESENTACIÓN

No hay duda que el mundo se desarrolla a través de ciclos, de modo que cada cierto lapso vuelven a adoptarse las tendencias tenidas como obsoletas o superadas. Lo anterior se constata sin mayor esfuerzo en el caso de la moda de vestir, pero también se percibe con el auge de las ideas, como puede ocurrir con el retorno y ulterior abandono de ideas de derecha, a las que suceden las de izquierda, y así sucesivamente, cual si se tratase de un molino que gira por siempre sin detenerse. Esa era la concepción de HERÁCLITO de ÉFESO al postular que el fuego caracteriza la vida en cuanto supone un devenir eterno.

Es claro que en la actualidad la víctima ha logrado una ubicación preponderante en el sistema penal colombiano, en oposición al garantismo que hasta hace pocos años rodeó al infractor; vale decir, en la tensión de derechos entre víctima y victimario, los de aquella han cobrado fortaleza, al punto de determinar serios límites a los derechos del procesado.

Específicamente con la entrada en vigencia de la Ley de Justicia y Paz, así como de la Ley de Víctimas y Restitución, se han planteado esquemas para conseguir la materialización de los derechos de quienes tan hondamente han soportados los desafueros y exacciones de sus agresores, particularmente en el marco del conflicto armado interno, pero sin descartar otras conductas igualmente lesivas.

Desde luego, no debe perderse de vista que la citada legislación tiene lugar en el escenario de la denominada *justicia transicional*, la cual

se ocupa de ofrecer soluciones a las tensiones derivadas de las demandas de paz y justicia en el marco de cambios sociopolíticos estructurales de una organización, especialmente cuando, como en nuestro caso, del conflicto se pretende transitar a la convivencia tolerante, no a la paz –propia de un paradigma consensual– de imposible alcance, dado que la sociedad democrática construida sobre el paradigma conflictual no tiene como propósito la convivencia pacífica,

sino asegurar unos mínimos de convivencia tolerante, que supone permanente tensión y lucha de contrarios. En tal caso, las víctimas demandan que se haga justicia individualizando y sancionando ejemplarmente a los autores de los delitos, mientras que éstos plantean como presupuesto de la reconciliación mecanismos tales como el perdón de sus conductas o, por lo menos, su sanción menos gravosa, todo lo cual coloca en una balanza, por un lado, la legalidad, las demandas de sanción y la justicia retributiva y, por otro, la reconciliación, las solicitudes de perdón y la impunidad, comportando una atemperación de los principios de legalidad, proporcionalidad e igualdad, así como un redimensionamiento de la noción de justicia que implica también la moderación de la pena y el cumplimiento de sus funciones<sup>1</sup>.

Entonces, el propósito de este opúsculo se orienta a proponer algunas ideas, reglas y metodologías en cuanto atañe a la cuantificación que de la indemnización judicial de las víctimas realizan los funcionarios, partiendo para ello de una distinción necesaria entre la equidad y el derecho, pues desde hace un tiempo se ha vuelto frecuente que las autoridades judiciales invoquen la equidad como método para contabilizar indemnizaciones, sin que, en mi criterio, medien razones para ello, y lo más importante, sin que se tenga exacta noción de su ámbito teleológico en la decisión jurisdiccional.

## ESTADO ACTUAL DEL TEMA

El *derecho a la reparación*<sup>2</sup> comporta las labores de *restitución*: devolver a la víctima a su *statu quo ante*; *indemnización*: sufragar el valor material de los perjuicios morales, materiales y fisiológicos irrogados; *rehabilitación*: recuperar a las víctimas de las secuelas físicas y psicológicas derivadas de los delitos cometidos; *satisfacción*: compensación moral orientada a restaurar la dignidad de la víctima y divulgar lo acontecido; *garantía de irrepetibilidad*: desmovilización, desarme, reinserción, desmonte de las organizaciones delictivas y prohibición, en todas sus formas y expresiones, de la conformación de grupos armados paraestatales y el diseño de estrategias paramilitares; *reparación simbólica*: aseguramiento de la memoria histórica, aceptación pública de la comisión de delitos, perdón difundido y restablecimiento de la dignidad de las víctimas, v. gr., la construcción de camposantos, de monumentos o la colocación de placas en sitios especiales; *reparación colectiva*: recuperación psicológica y social de las comunidades victimizadas.

A su vez, se distingue entre la *reparación judicial*, la *administrativa* y la *colectiva*. La primera tiene lugar con ocasión de un proceso ante las autoridades jurisdiccionales,

---

1 HERNANDO BARRETO ARDILA. "Las víctimas en el proceso de justicia y paz", XXXI Jornadas Internacionales de Derecho Penal, en *Derecho Penal y Criminología* n.º 89, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 25.

2 Cfr. *ibíd.*, p. 24.

conforme a los procedimientos reglados en la ley; la segunda acontece en desarrollo de los programas dispuestos por el Gobierno Nacional para indemnizar de manera anticipada a la vía judicial, y sin que sea preciso acudir previamente a esta, a las víctimas de grupos armados al margen de la ley, en ejercicio del principio de solidaridad y obligación residual, conforme a los parámetros internacionales, según los cuales la reparación debe ser suficiente, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y a la entidad del daño sufrido, y sin que la aceptación de las medidas de reparación previstas en dichos programas implique renuncia al derecho de las víctimas de acudir a la reparación por vía judicial, ni releve a los victimarios del deber de reparar los daños por las conductas punibles por las que sean judicialmente condenados (inc. 1° art. 44 Ley 975 de 2005).

Al respecto debe precisarse que la reparación administrativa es diferente de la condena en subsidiariedad establecida en el artículo 10 de la Ley 1448 de 2011, para cuando se ordena “al Estado reparar económicamente y de forma subsidiaria a una víctima debido a la insolvencia, imposibilidad de pago o falta de recursos o bienes del victimario condenado o del grupo armado organizado al margen de la ley al cual este perteneció”; ello en el entendido de que si el postulado no entrega, ofrece o denuncia “todos los bienes adquiridos por él o por el grupo armado organizado al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, de forma directa o por interpuesta persona, será excluido del proceso de justicia y paz o perderá el beneficio de la pena alternativa, según corresponda” (art. 8° Ley 1592 de 2012).

La tercera, la *reparación colectiva*, se ocupa de asegurar los derechos de las víctimas, no como individuos, sino en cuanto pertenecientes a grupos y organizaciones sociales y políticos, comunidades determinadas a partir de un reconocimiento jurídico, político o social que se haga del colectivo, o en razón de la cultura, la zona o el territorio en el que habitan, o de un propósito común, respecto de tres aspectos puntuales: a) El daño ocasionado por la violación de los derechos colectivos; b) La violación grave y manifiesta de los derechos individuales de los miembros de los colectivos, y c) El impacto colectivo de la violación de derechos individuales (art. 151 Ley 1448 de 2011); cobra aquí especial importancia el *enfoque diferencial* dispuesto en el artículo 13 *ibidem*, pues en la ejecución de políticas de asistencia y reparación debe asegurarse la protección de “poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad”.

A propósito de la temática aquí abordada es oportuno referir que a marzo de 2003 la Sala de Casación Penal de la Corte solo había proferido cinco sentencias de segunda instancia en el marco de la Ley de Justicia y Paz, así: 1) 27 de abril de 2011 (rad. 34547) contra Édwar Cobos Téllez y Über Enrique Blánquez Martínez; 2) 6 de junio de 2012 (rad. 35637) contra Jorge Iván Laverde Zapata; 3) 6 de diciembre de 2012 (rad. 37048) contra Aramis Machado Ortiz; 4) 6 de junio de 2012 (rad. 38508) contra Édgar Ignacio Fierro Flores y Andrés Mauricio Torres León y 5) 24 de octubre de 2012 (rad. 39957) contra Edison Giraldo Paniagua.

Únicamente en las dos primeras se abordó el tema de la indemnización en derecho y no en equidad, habida cuenta de que en las decisiones de primera instancia los perjuicios de las víctimas fueron tasados con un mismo baremo, invocando para ello la decisión en equidad.

Ahora, reiterando que el interés de este artículo se circunscribe a ahondar únicamente en los criterios para cuantificar la indemnización judicial, no a partir de la decisión en equidad, sino con base en lo aportado y demostrado en el proceso, esto es, en derecho, permítaseme traer a colación varios casos en los cuales autoridades judiciales nacionales e internacionales han invocado la equidad como mecanismo para establecer el monto de los perjuicios a los cuales tienen derechos las víctimas.

Sobre el particular ha puntualizado el Consejo de Estado<sup>3</sup>:

Bajo el presupuesto de que la aplicación del principio de la *valoración en equidad* supone el ejercicio de una facultad razonada de discrecionalidad del juez, la Sala, en el caso concreto, por razones de *dificultad probatoria*, atendida la materia específica sobre la cual se proyecta el daño –utilidad no recibida por el no adjudicatario–, valorará equitativamente el cuántum del daño, no sin antes precisar que el recto entendimiento que ha de darse a la noción de “valoración en equidad”, *no permite al juzgador por esta vía y so pretexto de la aplicación de tal principio, suponer la existencia de hechos no acreditados* durante la instancia configuradores de los elementos axiológicos que fundamentan el juicio de responsabilidad. (Resaltado fuera de texto).

Acerca de la referida temática ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup>:

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.

Por su parte, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá plasmó las siguientes consideraciones en orden a cuantificar las indemnizaciones en el caso de Mampuján<sup>5</sup>:

---

3 Sentencia del 12 de abril de 1999.

4 Sentencia del 5 de octubre de 2004, rad. 6975.

5 Sentencia del 27 de abril de 2011, rad. 34547, procesados: ÉDWAR COBOS TÉLLEZ (alias “Diego Vecino”) y ÚBER ENRIQUE BANQUEZ MARTÍNEZ (alias “Juancho Dique”).

La Sala constata la *imposibilidad de evaluar de acuerdo a las reglas probatorias ordinarias el daño material e inmaterial causado*, debido (i) a la cantidad de víctimas, (ii) al carácter masivo de violaciones de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y (iii) al hecho de que en casos como el de los desplazados forzadamente tuvieron que huir de repente sin poder llevarse con ellos documentación alguna relativa a la titularidad de los bienes que tuvieron que dejar atrás u otros que acreditaran su pertenencia de muebles.

Ante esta situación surge la necesidad de tener que establecer *un sistema de reparaciones basado en el concepto de la equidad*, siguiendo la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de las masacres de Pueblo Bello y de Ituango, que constituyen condenas recientes contra Colombia por asesinatos y desapariciones forzadas cometidos por grupos paramilitares en zonas rurales<sup>6</sup>. (Resaltado fuera de texto).

Como viene de verse, cuando en los citados casos no se ha encontrado acreditación específica del monto de los perjuicios, o cuando establecer su cuantía representa dificultades en su demostración, se ha acudido a la solución de tasarlos “en equidad”.

Ya en el ámbito internacional el asunto no ha sido abordado de manera diversa. En tal sentido ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>7</sup>:

La Corte considera que el daño material debe estimarse con base en elementos de prueba que permitan acreditar un perjuicio cierto<sup>8</sup>. En el presente caso, el Tribunal se encuentra imposibilitado para determinar la pérdida de ingresos sufrida por la mayoría de las víctimas. En efecto, *no obran pruebas suficientes* para determinar los ingresos dejados de percibir, las edades ni las actividades a las que se dedicaban la mayoría de las víctimas.

*372. Por esta razón, la Corte otorgará una indemnización en equidad a favor de aquellas víctimas cuya pérdida de ingresos no fue comprobada de manera específica*, sin perjuicio de que dichas personas puedan hacer uso de las vías disponibles en el derecho interno para recibir una indemnización correspondiente. Asimismo, la Corte determinará a favor de tales personas indemnizaciones por concepto de daños inmateriales, así como de otras formas de reparación. (Resaltado fuera de texto).

---

6 Una argumentación similar fue expuesta por el mismo Tribunal en la sentencia de primera instancia dictada en contra del postulado JORGE IVÁN LAVERDE ZAPATA.

7 Caso *19 comerciantes versus Colombia*, fallo del 1º de julio de 2006, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

8 Cfr. caso *Masacre de Pueblo Bello*, párr. 247; caso *Masacre de Mapiripán*, párr. 276, y caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párr. 288.

A manera de ejemplo se encuentra que la misma Corte Interamericana, acudiendo a la equidad, decidió en el caso *Herrera Ulloa versus Costa Rica*<sup>9</sup>, que se ocupaba de la condena penal de varios periodistas por publicar artículos en contra de personajes públicos, tasar los perjuicios inmateriales en US\$20.000, mientras que en el caso *Ricardo Canese versus Paraguay*<sup>10</sup>, con hechos similares al anterior, menos de dos meses más tarde cuantificó dichos perjuicios en US\$35.000, sin que mediara explicación alguna sobre tal diferencia en una y otra decisión.

Igualmente, el mismo Tribunal, con fundamento en la equidad, en el caso *19 comerciantes versus Colombia*<sup>11</sup> tasó el daño material entre US\$55.000 y US\$57.000 por víctima, mientras que en el caso *Masacre de Mapiripán versus Colombia*<sup>12</sup> cuantificó el mismo perjuicio entre US\$35.000 y US\$350.000, y en el caso de la *Masacre de Ituango versus Colombia* dispuso US\$30.000 para las víctimas, US\$10.000 para ascendientes o descendientes y US\$1.500 para los hermanos. A su vez, en el caso *Masacre de La Rochela versus Colombia*<sup>13</sup> cuantificó en US\$100.000 para cada víctima y US\$70.000 para cónyuges, ascendientes y descendientes, y en US\$15.000 para los hermanos de las víctimas.

Algo similar ha ocurrido en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues en el caso *Gergogieva versus Bulgaria*<sup>14</sup> estableció el daño moral en €3.000, mientras que en un asunto similar, caso *Garriguene versus Francia*<sup>15</sup>, lo cuantificó en €4.000, con solo una semana de diferencia.

Sobre los datos informados es pertinente acotar que de tiempo atrás se ha dilucidado que el principio de igualdad de las personas ante la ley no se materializa cuando todas son tratadas de la misma forma, pues un tal proceder corresponde al *igualitarismo*, sin detenerse a constatar las especiales circunstancias de cada uno; por el contrario, se ha dicho que la efectiva realización del derecho a la igualdad se reduce a la máxima “*tratar igual a los iguales y de manera diversa a los diferentes*”.

Es palmario que si de conformidad con el Estado social y democrático de derecho se coloca en el vértice superior de los valores a la persona humana y su eminente dignidad, no se aviene con tal posición que todos los individuos sean tratados de la misma manera, pues se impone verificar las circunstancias personalísimas de cada uno para, ahí sí, proceder a establecer lo merecido en forma particular.

---

9 Fallo del 2 de julio de 2004, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

10 Fallo del 31 de agosto de 2004, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

11 Fallo del 5 de julio de 2004, Fondo, reparaciones y costas.

12 Fallo del 15 de septiembre de 2005, Fondo, reparaciones y costas.

13 Fallo del 11 de mayo de 2007, Fondo, reparaciones y costas.

14 Fallo del 3 de julio de 2008.

15 Fallo del 10 de julio de 2008.

El *igualitarismo* se opone a toda forma de concepción del principio de igualdad, toda vez que desconoce las particularidades propias de cada ser humano, y por el contrario, termina abriendo paso a desigualdades; piénsese por ejemplo en la imposición de un tributo igual para todos, sin atender a su condición de riqueza o pobreza, trabajo o desempleo, número de hijos, obligaciones familiares, etc.

En este orden de ideas, es pertinente también puntualizar que la *equidad no es sinónimo de igualdad*, tanto menos en la forma en que ha sido invocada por autoridades judiciales nacionales e internacionales.

Lo equitativo se orienta a ir más allá de las reglas y marcos legales para encontrar una decisión que se ocupe particularmente de un asunto cuyas especiales características imponen un tratamiento diferente, de modo que desde esta perspectiva la equidad no solo se opone a tratar a todos por igual, sino que se adentra a corregir en el caso concreto las falencias propias del igualitarismo.

### **ALCANCE DEL CONCEPTO DE EQUIDAD**

El artículo 229 de la Constitución consagra “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”. Por su parte, el artículo 29 *ibídem* señala la forma como ese derecho se ejerce, esto es, a través de un debido proceso, que se aplica a “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

La Constitución no establece unas reglas concretas y detalladas acerca de la manera en la que los jueces deben ejercer su función de impartir justicia, pues ello se encuentra reglado en los códigos. Por tal razón, el artículo 230 se limita a declarar que “[l]os jueces, en sus providencias, *sólo están sometidos al imperio de la ley*”, y en su inciso segundo establece que “[l]a *equidad*, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son *criterios auxiliares* de la actividad judicial” (resaltado fuera de texto).

Temas como el de la existencia o inexistencia de tarifa legal probatoria, la apreciación de las pruebas, y las formas propias de cada juicio, son materias abordadas en los códigos.

Con relación a las pruebas, por ejemplo, el artículo 29 de la Constitución se limita a consagrar el derecho del sindicado “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”. Y agrega que es “nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

La Constitución, en síntesis, no determina cómo debe llegar el juez a la convicción suficiente para dictar sentencia, únicamente lo somete “al imperio de la ley”, amén de señalar otros criterios de carácter auxiliar.

Excepcionalmente la Constitución prevé que se puede administrar justicia consultando únicamente la equidad; ello acontece en el caso de los conciliadores o árbitros (inc. 4º art. 116) y con los jueces de paz (art. 247).

Sobre el aspecto abordado ha puntualizado la Corte Constitucional<sup>16</sup>:

Se ha visto que al juez de paz se le encarga dirimir conflictos menores –individuales o comunitarios– mediante *fallos basados en la equidad* y no en motivaciones jurídicas y sometidas únicamente al imperio de la ley. Siendo ello así, entonces *carece de fundamento constitucional pretender que estos servidores puedan tomar una decisión en equidad cuando la naturaleza de la asignación contemplada en las normas demandadas implica necesariamente un juicio de carácter jurídico, en el que, se reitera, será necesario, con base en la máxima “nullum crimen, nulla poena sine lege”, determinar la existencia o no de los tres elementos que hacen parte de todo hecho punible. Tamaño compromiso debe recaer únicamente en aquellas personas que han logrado una debida preparación y conocimiento jurídicos, de forma tal que sus decisiones sean decantadas y, sobre todo, fundamentadas en derecho.* (Resaltado fuera de texto).

En suma, es claro que la equidad tiene el carácter de criterio auxiliar de la actividad judicial (art. 230 CN), mientras que la ley, como tal, es fuente formal e independiente, cuya producción y contenido se sujeta a la Norma Superior.

La equidad como criterio auxiliar se traduce en la necesidad de aplicar el sistema normativo con unos criterios axiológicos y racionales capaces de establecer cuándo el precepto legal de carácter general, abstracto e impersonal que tiene un presupuesto de justicia como elemento ontológico de su existencia, se vuelve injusto en el caso particular, concreto y personal; por ello resulta imperioso tratar el caso individualmente considerado de manera diferente a la generalidad para la cual se encontraba destinada la disposición normativa; esto es, corresponde a la equidad una función derogatoria o correctiva de la ley, por vía de la inaplicación o flexibilización, respectivamente, de la norma general<sup>17</sup>.

La decisión en equidad supone el examen y ponderación de las circunstancias peculiares del caso específico, con el propósito de enmendar las falencias derivadas de la aplicación general de una disposición legal; sobre el particular precisó Aristóteles: “Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera

---

16 Sentencia C-536 del 23 de noviembre de 1995.

17 Ver HERNANDO BARRETO ARDILA. *Derechos humanos. Aproximación a sus fuentes*, Bogotá, ESAP, 1994, p. 58.

ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado”<sup>18</sup>. A su vez, en la misma obra señaló: “Lo equitativo y lo justo es [sic] lo mismo y siendo ambos buenos la única diferencia es que lo primero es mejor aún porque lo equitativo siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal” (resaltado fuera de texto).

Se trata, entonces, no de la ausencia de normatividad aplicable al caso concreto objeto de estudio, sino de crear derecho por vía de adoptar una decisión excepcional y especial, diversa del texto legal, para solucionar la situación que por sus características peculiares resultaría con un tratamiento injusto si se diera aplicación a la normatividad general.

Se resuelve en equidad cuando más allá de lo justo legal o normativo de orden general, se rectifica la ley para conseguir lo justo en el caso particular. Desde luego, la justicia pretendida no es otra que la tutela efectiva de los derechos fundamentales de las personas, en desarrollo de la Normativa Superior.

La equidad ha sido reconocida formalmente en el artículo 230 superior como un criterio auxiliar de la actividad judicial, de modo que se erige en un instrumento vital que brinda a los funcionarios un marco de referencia más amplio que el legal, a cuyo imperio se encuentran sujetas sus providencias, a efecto de que las decisiones puedan corregir en el caso particular la ley de orden general.

No sobra advertir que si la equidad supone el logro de la justicia (protección efectiva de derechos fundamentales) en el ámbito particular e individual dentro de una situación excepcional, especial y peculiar, no puede invocarse cualquier circunstancia exceptiva para inaplicar preceptos o corregir alcances normativos fundándose en la equidad, como no sea para lograr la justicia pretendida por las disposiciones normativas que no concurre en su aplicación al caso específico.

Toda excepción que se haga a la aplicación general de la normatividad por fuera de la invocación de la equidad y de su fin primordial, constituye no ya el logro de la justicia, sino posiblemente arbitrariedad e inseguridad jurídica.

## LA CUANTIFICACIÓN DE LA REPARACIÓN

Es oportuno aquí señalar que la ONU proclamó en 1998 el *Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cuyo antecedente principal fue el *Informe Final del Relator Especial Louis Joinet* de 1992, a quien el año anterior la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas había encargado para su elaboración, documento que integra el blo-

---

18 ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquéa*, Bogotá, Universales, p. 127.

que de constitucionalidad, dado que tanto la Corte como la Comisión Interamericana lo han considerado incorporado a la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>19</sup>.

El *Informe Joinet* recoge cuarenta y dos principios tomados del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, de la costumbre internacional, de las experiencias asumidas en diferentes latitudes y de los principios de derecho que se ocupan de la obligación de los Estados de administrar justicia conforme al derecho internacional, los que en suma se concretan en los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas.

En punto del derecho a la reparación se precisa que implica medidas tanto individuales, como generales y colectivas:

En el plano individual, las víctimas, ya sean víctimas directas, parientes o personas a cargo, deben beneficiarse de un recurso eficaz. [...] Este derecho comprende los tres tipos de medidas siguientes:

a) Medidas de restitución (tendientes a que la víctima pueda volver a la situación anterior a la violación);

b) Medidas de indemnización (perjuicio síquico y moral, así como pérdida de una oportunidad, daños materiales, atentados a la reputación y gastos de asistencia jurídica); y

c) Medidas de readaptación (atención médica que comprenda la atención psicológica y psiquiátrica).

En el ámbito colectivo, el citado conjunto de principios refiere que “las medidas de sentido carácter simbólico, a título de reparación moral, tales como el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales restableciendo a las víctimas su dignidad, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas, los monumentos, permiten asumir mejor el deber de la memoria”.

c. Sobre el derecho a la reparación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reiteró que las víctimas de los crímenes cometidos durante el conflicto armado tienen derecho a la reparación adecuada del daño sufrido, que debe materializarse a través de medidas individuales de restitución, indemnización y rehabilitación, medidas de satis-

---

19 RODRIGO UPRIMNY YEPES y MARÍA PAULA SAFFÓN SANÍN. “Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial”, en *Justicia transicional: teoría y praxis*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 351.

facción de alcance colectivo y garantías de no repetición, todas en conjunto destinadas a restablecer su situación, sin discriminación.

Finalmente, la Comisión incluyó dentro de los aspectos concernientes al derecho a la reparación la necesidad de que existan garantías de no repetición, las cuales requieren la adopción de medidas tendientes a prevenir nuevas violaciones a los derechos humanos. Al respecto sostuvo que estas garantías de no repetición

... exigen la disolución de grupos armados paraestatales; la derogación de normas que favorecen la comisión de violaciones a los derechos humanos o el derecho internacional humanitario; el control efectivo de las Fuerzas Armadas y de seguridad por la autoridad civil; el empleo de tribunales militares exclusivamente para delitos de función; el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; la protección de la labor desarrollada por operadores de justicia, defensores de derechos humanos y periodistas; la capacitación ciudadana y de agentes del Estado en materia de derechos humanos y del cumplimiento de los códigos de conducta y las normas éticas; y la creación y perfeccionamiento de mecanismos de intervención preventiva y resolución de conflictos.

Señalado lo anterior se tiene que la *reparación integral* precisa de una equivalencia entre el daño y la indemnización, se trata de restablecer lo más fidedignamente posible el equilibrio quebrantado por el daño y volver a colocar a la víctima en el lugar donde se encontraría de no haber ocurrido el hecho causante del perjuicio.

Por tanto, de la reparación integral se derivan dos exigencias: la primera, ponderar todos los daños sufridos por la víctima, amén de establecer cómo deben compensarse de manera total; la segunda, que el monto de la reparación no exceda el valor del daño, es decir, la víctima no debe enriquecerse sin justa causa, de modo que corresponde al perpetrador reparar todo el daño y únicamente el daño.

La reparación integral se encuentra reconocida en nuestro medio en el artículo 250 CN, así como en el artículo 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004, y en la Ley 975 de 2005.

Como ya se dijo, en el numeral 6 del artículo 250 superior se dispone que corresponde a la Fiscalía General de la Nación en el ejercicio de sus funciones procurar la reparación integral a los afectados con el delito.

Desde luego y conforme a lo expuesto, no se aviene con las exigencias de la decisión en equidad que, con el pretexto de la dificultad probatoria, se entregue a los funcionarios judiciales un muy amplio margen para cuantificar los perjuicios sin ponderar en concreto medios probatorios.

En efecto, encuentro que la misma Ley de Justicia y Paz dispuso un trámite especial para tasar las indemnizaciones, al establecer en su artículo 23 un “incidente de repara-

ción integral” desarrollado en audiencias, en cuyo desarrollo corresponde a la víctima o a su representante legal o abogado de oficio, expresar de manera concreta la forma de reparación que pretende, e indicar las pruebas que hará valer para fundamentar sus pretensiones, de lo cual se surte traslado al imputado que ha aceptado los cargos, y a continuación se invitará a los intervinientes a conciliar. Si hubiere acuerdo su contenido se incorporará a la decisión que falla el incidente, en caso contrario se dispondrá la práctica de la prueba ofrecida por las partes, se oirá el fundamento de sus respectivas pretensiones y en el mismo será fallado el incidente, que se incorporará a la sentencia condenatoria.

Se trata de una regulación específica de carácter controversial entre la víctima y el postulado, en torno a la cuantificación de la reparación, de modo que la decisión adoptada se sustente en elementos de convicción legal, oportuna y válidamente incorporados.

Es claro que si la voluntad del legislador hubiere sido la de otorgar amplias y discrecionales facultades al fallador para que se pronunciara en torno a la cuantificación de los perjuicios, así lo habría dispuesto, como en efecto ha ocurrido en algunos de nuestros estatuto penales.

Así, por ejemplo, el artículo 106 del Decreto 100 de 1980 disponía respecto de los perjuicios morales subjetivados o *pretium doloris*:

Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente. Si el daño moral ocasionado por el hecho punible *no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización* que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro. (Resaltado fuera de texto).

A su vez, en el artículo 107 *ibídem* se estableció:

Indemnización por daño material no valorable pecuniariamente. Si el daño material derivado del hecho punible no pudiere evaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito, *el juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización*, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro. (Resaltado fuera de texto).

Sobre tal aspecto señaló en su momento la Sala de Casación Penal:

Entendiendo a derechas el artículo 107 del Código Penal, se tiene:

a) El Juez y el Ministerio Público no deben desentenderse, por el hecho de contar con la disposición comentada, de la obligación de procurar la comprobación concreta de los daños, en tal forma que los peritos puedan determinar

en el dictamen su cuantía y razón de ser. Este continúa siendo su compromiso y el cometido general ineludible;

b) Cuando la actividad del juez o del Ministerio Público no consiga este señalado logro, *debe acudir, como solución extrema, a la atribución discrecional que consagra el artículo 107 del Código Penal;*

c) Lo dicho no equivale a que, en todo delito, así éste no se refleje en daño a una persona o cosa, tenga que acudir al artículo 107. Hoy, como ocurría en el Código Penal de 1936, se dan infracciones que carecen de esta repercusión patrimonial y que no toleran, por inexistencia de daño, la constitución de parte civil. En infracciones tales no tiene efecto alguno la citada norma;

d) Las circunstancias que el juez debe atender para ejercer la atribución del artículo 107 y que aparecen en su inciso segundo, deben consultarse en lo pertinente, según la naturaleza del delito y la clase de daño producido. *Debe destacarse, sobre las mismas, que no es necesaria su total concurrencia y que la mención no tiene carácter taxativo sino meramente indicativo o de enunciación;* y,

e) *Existiendo una constitución de parte civil en el proceso, por lo mismo que ésta ha tenido que empezar por demostrar la posibilidad de los perjuicios y su monto, y contando con los medios para hacerlo, no es dable hacer uso del citado artículo 107, máxime cuando la parte civil puede lograr su concreción conforme a lo establecido en el artículo 26 del C. de P.P.<sup>20</sup>. (Resaltado fuera de texto).*

Al declarar la exequibilidad de la citada norma señaló la Corte Constitucional<sup>21</sup>:

*El juez, en consecuencia, no procede arbitrariamente: se basa en hechos y circunstancias probados en el proceso. La manera como él aprecie esos elementos sometidos a su juicio, lo mismo que la interpretación que haga de la ley en el caso particular, corresponde al ámbito propio de su libertad para decidir. Hay que recordar que sólo está sometido al imperio de la ley, tal como él la entienda.*

*No hay que pensar, en conclusión, que la apreciación del juez, cuando ejerce la facultad que la norma acusada le confiere, pueda estar desligada de la realidad procesal. Por el contrario, tiene en ésta su base, como la tiene la sentencia en su integridad.*

Toda la demanda está construida sobre un supuesto inexacto: el de que el artículo 107 ordena al juez fallar sin tener en cuenta las pruebas. *Lo que dice*

20 Sentencia de casación del 20 de septiembre de 1982.

21 Sentencia C-557 del 6 de diciembre de 1994.

*la norma acusada es precisamente lo contrario: que la facultad conferida al fallador, y que éste debe usar prudentemente, está sujeta a la comprobación de unos hechos, de los cuales el inciso segundo enumera algunos, por vía de ejemplo. Lógicamente, el juez jamás puede fallar sin que existan las pruebas.* (Resaltado fuera de texto).

A su vez, en el artículo 97 de la Ley 599 de 2000 se dispone que corresponde al juez establecer una suma equivalente hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales.

Al decidir sobre la demanda de inexecutable presentada contra dicho precepto, puntualizó la Corte Constitucional<sup>22</sup>:

*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.*

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 cuántum sólo puede ser fijado con base en factores subjetivos.*

El límite fijado en la norma acusada no podría ser aplicado a los daños causados por el delito cuyo cuántum haya sido establecido por medios objetivos, porque en esos eventos *el desconocimiento de lo probado llevaría al juez a adoptar una decisión arbitraria.*

Si el límite fijado en el inciso primero del artículo 97 se aplica tanto a los daños valorables pecuniariamente como a los no valorables, *el juez penal tendría que desconocer las pruebas presentadas por la parte civil dentro del proceso penal, a pesar de que éstas señalen un valor superior al límite consagrado la norma.*

Por lo anterior, de la aplicación del método finalista de interpretación es posible concluir que el límite a la indemnización de daños que establece el artículo 97 cuestionado, no es aplicable a todo tipo de daños, *especialmente cuando éstos han sido valorados pecuniariamente con base en criterios objetivos*, pues en esos eventos no se justifica limitar la discrecionalidad del juez, pues esta es mínima, ya que la determinación del valor del daño puede hacerse con base en parámetros ajenos a la subjetividad del juez. (Resaltado fuera de texto).

Si ya se precisó que la decisión en equidad busca corregir la ley justa de manera general cuando se torna injusta en el caso particular, no se procede a ello cuando por las

---

22 Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002.

dificultades probatorias de un asunto determinado se prescinde de los medios de convicción y se faculta a quien decide para que se pronuncie prudencialmente con única sujeción a su discrecionalidad.

Lo expuesto permite concluir que, tratándose de perjuicios demostrados cuya cuantía no cuenta con suficientes elementos de acreditación, en lugar de acudir a la equidad con el fin de dotar al fallador de amplias facultades en su tasación, menester resulta afinar los criterios de ponderación de las pruebas con las que se cuente, todo ello con el fin de evitar imprecisiones y tratamientos desiguales frente a supuestos de hecho semejantes, máxime si, como ya se ha expuesto, la función de la equidad no es esa, sino la de corregir la ley en el caso particular.

Es incuestionable que la especial circunstancia de agravio, profunda lesión, quebranto a la dignidad en formas manifiestamente oprobiosas, colocan a las víctimas, tanto al momento de la ejecución de los actos cometidos contra ellas y sus familiares, como ulteriormente en el curso de los trámites judiciales, en una situación de ostensible desventaja frente al poderío de los aparatos delincuenciales armados organizados, de modo que se impone brindarles toda clase de protección y salvaguarda en procura de reparar, en cuanto ello sea posible, el quebranto de sus derechos.

Para superar los escollos derivados de la imposibilidad de acreditación probatoria o de la insuficiencia de medios de convicción, no es procedente acudir a la decisión en equidad, pero sí es preciso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 superior, materializar el derecho fundamental a la igualdad de las víctimas de violaciones graves y masivas de los derechos humanos, dada su evidente condición de desventaja cuando la criminalidad armada y organizada las sometió en su núcleo familiar a cruentas afrontas a sus derechos, cometido en el cual se impone flexibilizar las reglas de apreciación de las pruebas, no por vía de facultar la discrecionalidad ilimitada, sino de afinar los métodos de ponderación probatoria.

No en vano en el artículo 13 de la Ley 1448 de 2011 se establece el denominado “principio de enfoque diferencial”, según el cual debe reconocerse que “hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y *reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque*” (subrayas fuera de texto).

Entonces, en el referido ejercicio de flexibilización ha sugerido la Sala de Casación Penal<sup>23</sup> acudir, por ejemplo, a los hechos notorios, el juramento estimativo, los modelos baremo o diferenciados, las presunciones y las reglas de la experiencia, entre otros.

---

23 Fallo de segunda instancia del 27 de abril de 2011, rad. 34547.

(a) A los *hechos notorios* que no requieren prueba, reglados en el artículo 177 CPC (aplicable en el proceso penal en virtud de la norma rectora de remisión establecida en el artículo 23 de la Ley 600 de 2000, así como en el artículo 25 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con la complementariedad establecida en el artículo 62 de la Ley 975 de 2005), el cual señala que “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los *hechos notorios* y las afirmaciones o negaciones indefinidas *no requieren prueba*” (subrayas fuera de texto).

(b) Al *juramento estimatorio* reglado en la normativa procesal civil, en aplicación del principio de integración establecido en el estatuto procesal, en concordancia con la norma que sobre complementariedad contiene el artículo 62 de la Ley 975 de 2005.

(c) A los *modelos baremo o diferenciados*, esto es, a partir de la demostración del daño acaecido a ciertas personas, podrá deducirse también y hacerse extensiva tal cuantificación a quienes se encuentren en situaciones similares (*inter pares*) pero no hubieren orientado adecuadamente su labor a acreditar el *quantum* de los perjuicios sufridos. Por ejemplo, identidad de oficios, edades, situación socioeconómica o familiar, etc.

(d) A las *presunciones*, las cuales comportarán la inversión de la carga de la prueba a favor de las víctimas, de modo que será del resorte de los postulados y sus defensores desvirtuar lo que con ellas se da por acreditado. En este sentido el Consejo de Estado<sup>24</sup> ha dicho:

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* [...] [S]e 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*. (Resaltado fuera de texto).

(e) A las *reglas de la experiencia*, las cuales se configuran<sup>25</sup> a través de la observación e identificación de un proceder generalizado y repetitivo frente a circunstancias similares en un contexto temporo-espacial determinado. Por ello, tienen pretensiones de universalidad, que solo se exceptúan frente a condiciones especiales que introduzcan cambios en sus variables con virtud para desencadenar respuestas diversas a las normalmente esperadas y predecibles.

---

24 Sentencia del 7 de febrero de 2002, rad. 21266.

25 Cfr. Sentencia del 28 de septiembre de 2006, rad. 19888.

Así las cosas, las reglas de la experiencia corresponden al postulado “siempre o casi siempre que se presenta A, entonces, sucede B”, motivo por el cual permiten efectuar pronósticos y diagnósticos. Los primeros, referidos a predecir el acontecer que sobrevendrá a la ocurrencia de una causa específica (prospección) y los segundos, predicables de la posibilidad de establecer a partir de la observación de un suceso final su causa eficiente (retrospección).

Tal como se ha planteado, resulta palmario que el especial manejo en la ponderación de las pruebas a favor de las víctimas dando aplicación al principio *pro homine*, no corresponde a una decisión en equidad correctiva de la ley, sino a una determinación en derecho, suficientemente motivada y sustentada en los medios de prueba obrantes en la actuación, valorados en forma flexibilizada.