

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS: APUNTES PARA LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA PENAL

JULIO ANDRÉS SAMPEDRO-ARRUBLA*

RESUMEN

Este artículo surge dentro de la línea de victimología del grupo de investigación “Estudios de Derecho Público” (reconocido en categoría A por Colciencias). Es un artículo de reflexión, que en su primera parte se enfoca en el olvido histórico de las víctimas, para luego abordar los temas referidos al obligatorio cambio de perspectiva en el sistema penal en cuanto a los derechos de éstas, de un modo acorde con la Constitución colombiana y con el derecho internacional de los derechos humanos. Finalmente, se refiere de manera específica a los derechos: al acceso a la justicia y al tratamiento equitativo ante la ley, a la reparación integral y a una indemnización, a la asistencia necesaria para su recuperación y a una futura convivencia pacífica.

Palabras clave: derechos humanos de las víctimas; sistema penal; acceso a la justicia; tratamiento equitativo ante la ley; reparación integral; indemnización; asistencia para las víctimas; futura convivencia pacífica.

*Fecha de recepción: 4 de agosto de 2008
Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2008*

* Director del Departamento de Derecho Procesal y del Centro de Estudios en Criminología y Victimología “Jorge Enrique Gutiérrez Anzola” de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia). Contacto: sampedro@javeriana.edu.co

VICTIM'S HUMAN RIGHTS: BRIEFINGS FOR THE REFORMULATION OF THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

ABSTRACT

This article is a result of the line of victimology of the research team "Estudios de Derecho Público" (acknowledged by Colciencias - "A" category). It is a reflection paper that focuses in its first part in the historical oversight of victims, to further aboard the subjects referred to the necessary change of perspective in the Colombian criminal justice system in reference to victim's rights, in accordance with the Colombian constitution and with the international law of human rights. Finally, it refers in a specifically to those rights: access to justice and fair treatment, restitution and compensation, assistance and peaceful coexistence.

Key words: *Victim's human rights, criminal justice system, access to justice and fair treatment, restitution, compensation, assistance, peaceful coexistence.*

Sumario: I. El olvido de las víctimas.- II. Estado social y democrático de derecho, sistema penal y las víctimas del delito.- III. Los derechos humanos de las víctimas del delito: coordinadas para la reformulación del sistema penal colombiano.- A. Coordinadas en el ámbito constitucional.- B. Coordinadas en el ámbito internacional.- C. Los derechos humanos de las víctimas del delito.- 1. El derecho de acceso a la justicia y al tratamiento equitativo ante la ley.- 2. El derecho a una reparación integral y a una indemnización.- 3. El derecho a la asistencia necesaria para su recuperación.- 4. El derecho a una futura convivencia pacífica.- Bibliografía.

I. EL OLVIDO DE LAS VÍCTIMAS

Al abordar el tema de los derechos humanos de las víctimas del delito surge como necesario punto de referencia el abandono al que han estado sometidas por parte del excluyente sistema penal moderno. Nadie quiere identificarse con los perdedores del drama criminal, pues además de sufrir el impacto del delito, deben enfrentar la indiferencia e insensibilidad del sistema legal y soportar la falta de solidaridad de la propia comunidad. El derecho penal, como sostiene A. García-Pablos, parece hallarse sesgado y unilateralmente dirigido a la persona del infractor, relegando a la víctima a una posición marginal: al ámbito de la prevención social y del derecho civil sustantivo y procesal. El sistema legal, por ejemplo, define con toda precisión el estatus del inculpado, sin que dicho garantismo a favor del presunto responsable tenga como lógico correlato una preocupación semejante por los derechos de las víctimas¹.

El Estado preocupado en perseguir y castigar al delincuente por la vulneración al ordenamiento jurídico ha despersonalizado el conflicto subyacente al delito, apropiándose de él, ha excluido a las víctimas incrementando el daño producido por el delito, despojando de la dimensión humana y pluralista al sistema penal. Los retos que hoy debe enfrentar la administración de justicia, en especial rescatar del olvido el punto de vista de las víctimas², exigen una lectura diferente de sus conceptos básicos que sirva de fundamento a un modelo de justicia penal humanizado, basado en las víctimas, en los otros, un modelo que garantice la pluralidad

- 1 García-Pablos, Antonio, *El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (El penado como víctima del sistema legal)*, 306, en *Cuadernos de Derecho Judicial, La Victimología* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993).
- 2 Afirma Elías Neuman, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 43 (2ª. ed., Edit. Universidad, Buenos Aires, 1984), p. 43, “No puede explicarse el fenómeno criminal sin la presencia de la víctima. Será preciso su análisis e investigación, que revelan en múltiples delitos, la cada vez más tangible interacción con el delincuente, a punto tal que sin ella no puede comprenderse debidamente la conducta de este”.

y aporte soluciones satisfactorias y reales a los conflictos, que permita el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los protagonistas del drama criminal, especialmente a las víctimas, a fin de contribuir a la creación, el mantenimiento y desarrollo de una paz justa en la sociedad.

II. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, SISTEMA PENAL Y LAS VÍCTIMAS DEL DELITO

Al referirse al Estado social y democrático de derecho, G. Peces-Barba afirma que se trata de un modelo que pretende el desarrollo de la condición humana en la vida social, la dignidad del hombre como dinámica de la libertad, desde la libertad inicial o psicológica de la libertad moral o libertad final, a través de la creación de una organización social adecuada a estos objetivos³. En otras palabras, el Estado social y democrático de derecho constituye una forma de organización estatal que, como lo declara el artículo 1.º de la Constitución Política de Colombia, se fundamenta en el respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general, teniendo como una de las finalidades esenciales garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Se trata de un modelo que está por construirse y que supone, en muchos aspectos, un ideal utópico. Tiene una influencia directa en la totalidad del ordenamiento jurídico y muy especialmente en el sistema penal al que le exige el abandono de algunas concepciones tradicionales y orientarse hacia la creación de nuevos esquemas que contribuyan a garantizar la dignidad de las personas y el desarrollo integral de la condición humana en la vida social. Es por ello que el sistema penal se debe reformular como un instrumento en el esfuerzo de los hombres por alcanzar la paz, y para lograr este objetivo es preciso orientar el sistema hacia la solución del conflicto subyacente al delito, dejando de lado aquella idea según la cual el

3 Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*, 63 (Edit. Tecnos, Madrid, 1986).

sistema penal debe tener como finalidad principal la imposición de una pena o simplemente la represión. No es posible medir la eficacia de la administración de justicia por el número de sentencias condenatorias que sean proferidas⁴.

Un sistema penal que pretenda ser coherente con el modelo de Estado social y democrático de derecho debe buscar la humanización del sistema penal, es decir, procurar que este tenga una estructura comprensiva del hombre, y para lograrlo es preciso que se oriente en primer lugar hacia las víctimas, hacia los vencidos, que les reconozca el verdadero protagonismo que tienen en el drama criminal, que tenga como objetivo fundamental, sin descuidar al delincuente, sus derechos y garantías, escuchar, comprender y atender sus necesidades. Por esta razón la consideración de víctima limitada sólo al sujeto pasivo del delito, desconociendo que todo delito genera un número plural de ellas, las pocas alternativas legales para la intervención de las víctimas en el proceso penal, cuando no su absoluta imposibilidad, el desconocimiento de sus derechos y en no pocas ocasiones la burla a sus necesidades con sentencias ineficaces por insolvencia, real o simulada, del victimario, la absolución del delincuente por error judicial o deficiencia en la actuación de los funcionarios, son factores, entre otros, que han hecho del sistema penal un verdadero laberinto para las víctimas en el cual se sienten perdidas, estigmatizadas y olvidadas.

El modelo de Estado social y democrático de derecho es político y constituye una fórmula programática para la sociedad⁵, en la cual

4 Sostiene Luis Francisco De Jorge Mesas, *La eficacia del sistema penal*, 60, en *Cuadernos de Derecho Judicial - Criminología XXIX* (Antonio García-Pablos, dir., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, septiembre de 1994): “*la eficacia del sistema penal no puede ser contemplada solo desde el punto de vista del delincuente (reincidencia etc.) o del delito (aumento o disminución de su número, extensión del campo negro, etc). Si el problema tiene tres términos (o cuatro si se quiere, pero sin olvidar que el delito y victimización están íntimamente unidos), la respuesta, esto es, la acción del sistema de la justicia penal, necesariamente actúa sobre todos ellos, y a todos les afecta. Su eficacia deberá contemplarse desde la total perspectiva del conjunto, y por lo tanto, también desde el punto de vista de la víctima...*”.

5 Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 223-224 (4ª. ed., Edit. Tecnos, 4ª, Madrid, 1991).

los valores sobre los que se funda son un conjunto de propósitos a través de los cuales se debe estructurar el ordenamiento jurídico y mirar las conductas de los ciudadanos y de las autoridades. Se trata de un modelo que se impone unos fines específicos que lo legitiman, cuya realización y defensa obliga al Estado a intervenir para garantizar una vida digna de las personas a través del reconocimiento de una serie de derechos básicos e imprescriptibles⁶. La persona humana y su dignidad constituyen el principio y fin de este modelo de organización estatal; esta afirmación no es simple retórica sin ningún contenido, por el contrario, su reconocimiento conlleva importantes consecuencias para la dinámica de las relaciones sociales, pues supone la estructuración de una forma de organización política que tiene como razón de ser la creación de un medio idóneo para asegurar el desarrollo del ser humano en la vida en sociedad⁷. A partir de esta idea se puede señalar que el ordenamiento jurídico debe tener como centro de atención al hombre y estar identificado por su contenido social, lo que conduce a considerar que los ciudadanos y las autoridades están obligados a asumir un papel activo, a la vez que un compromiso permanente en la promoción de los derechos fundamentales, en la superación de la idea de Estado de derecho como expresión de la legalidad abstracta, que permita considerar al ser humano como a un individuo de carne y hueso, individual o colectivo, sujeto de derechos y responsable frente a sí mismo y a sus semejantes⁸.

Esta reflexión en torno a los postulados básicos que orientan el Estado social y democrático de derecho nos permite tomar como punto de partida un concepto de víctimas del delito comprensivo de todas aquellas personas y todos aquellos grupos que se ven afectados por el hecho criminal y, a partir de allí, aproximarnos a

6 Elías Díaz, *Notas (concretas) sobre legitimidad y justicia*, 145-153, en *El fundamento de los derechos humanos*, (Gregorio Peces-Barba, dir., Colección Universitaria, Debate, Madrid, 1989).

7 Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*, 63 (1ª. reimpr., Edit. Tecnos, Madrid, 1986).

8 Ana Mesutti, *El tiempo como pena y otros escritos*, 115 (Pontificia Universidad Javeriana, Colección Criminología y Victimología No. 2, Bogotá, 1998).

sus derechos fundamentales. El concepto de víctimas del delito, sobre el cual se debe basar el contenido y tratamiento de sus derechos humanos, debe cobijar a los titulares del bien jurídico protegido con la norma, pero no exclusivamente a ellos, pues hay otras personas o grupos que se ven perjudicadas directa o indirectamente con la conducta criminal y que tienen los mismos derechos de quienes han sufrido la agresión directa para ser atendidos en sus necesidades y expectativas con independencia de la relación que tengan con su(s) victimario(s) y del enjuiciamiento, acusación o condena que se produzca en su contra.

En concreto, el concepto de víctimas del delito incluye: *el sujeto pasivo de la infracción*, entendido como aquella(s) persona(s) sobre la(s) cual(es) recae la acción del delincuente; *los perjudicados directos*, que son quienes, sin ser los titulares del bien jurídico protegido, reciben directamente los efectos del delito, como los familiares de la persona asesinada; y *los perjudicados indirectos*, quienes sin ser titulares del bien jurídico ni perjudicados directos, deben soportar las consecuencias indirectas del delito, tales como los familiares o dependientes inmediatos del sujeto pasivo que sufran daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimación.

III. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO: COORDENADAS PARA LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

Partiendo de la base de que el ordenamiento jurídico colombiano ha quedado enmarcado dentro del modelo de Estado social y democrático de derecho, según declaración consignada en los artículos 1.º y 2.º de la Constitución Política de 1991, el objeto de este trabajo es hacer un seguimiento a las líneas de referencia para la actuación de los poderes del Estado y la sociedad en busca de la reformulación del sistema penal desde la perspectiva de las víctimas del delito. En este contexto es posible plantear las coordenadas fundamentales en dos ámbitos que, aunque se examinen por

separado, mantienen una estrecha relación: el constitucional y el internacional.

A. COORDENADAS EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL

Es común que las constituciones que consagran el modelo de Estado social y democrático de derecho aporten las coordenadas básicas para la necesaria cobertura normativa a la acción de los poderes públicos en el ámbito de los derechos humanos, teniendo los de las víctimas como parte de ellos.

Así, el sistema penal, que como se ha dicho debe guardar coherencia con el modelo de Estado, se nutre especialmente de las normas de la Constitución Política que se ocupan de consagrar, regular y hacer efectivos los derechos humanos. En ellas se encuentra el fundamento para la construcción de un nuevo sistema penal que potencialice el papel de las víctimas e incentive los sentimientos de solidaridad de la sociedad con su sufrimiento. En pocas palabras, se trata, a través de la reformulación del sistema penal, de reconocer a las víctimas del delito los derechos que se les ha negado, y entender, de una vez por todas, que la atención a sus expectativas y necesidades es un asunto de derechos humanos. La Constitución Política de Colombia, ofrece el marco necesario para que la acción de los poderes públicos se dirija a la creación y desarrollo de un sistema penal más humano, orientado a la reparación integral de las víctimas con un sentido re-creador.

B. COORDENADAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Aparecen acá, con especial importancia, los instrumentos creados por la comunidad internacional que buscan sentar un respaldo globalizado a favor de condición indiscutible de sujetos de derechos humanos que poseen las víctimas del delito. Entre otros documentos, haremos referencia específica a tres que consideramos fijan las coordenadas fundamentales para la atención de las víctimas

del delito: la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, de las Naciones Unidas (Res. 40/34); la Recomendación (85)11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal (Rec. [85]11), y la Declaración sobre Justicia y Asistencia para las Víctimas (Declaración SIV), de la Sociedad Internacional de Victimología.

Es importante, en este contexto, poner de presente los esfuerzos que se hacen para la puesta en marcha de una Corte Penal Internacional⁹. Su implementación constituye un paso decisivo para superación de la impunidad y la consolidación de la convivencia democrática en el mundo¹⁰. El tema de las víctimas y de sus derechos ha sido objeto principal de discusión, y aunque el reconocimiento de una participación activa en el proceso ha sido controvertido¹¹, es preciso resaltar que se ha conseguido destacar la importancia de su presencia activa en el desarrollo del proceso, el reconocimiento de sus derechos, y la atención a sus necesidades y expectativas.

De acuerdo con los documentos mencionados es posible establecer algunas coordenadas que orientan la visión del sistema penal desde y hacia las víctimas:

- El concepto de víctimas del delito incluye, pero supera, al sujeto pasivo del delito. Las definiciones de víctimas del delito que se proponen desde

9 Hasta el 17 de julio del 2000 el Estatuto de Roma para una Corte Penal Internacional había recibido 98 firmas y 14 ratificaciones (Bélgica, Belize, Canadá, Fiji, Francia, Ghana, Islandia, Italia, Noruega, San Marino, Senegal, Tajikistan, Trinidad y Tobago, y Venezuela). La lista es posible consultarla en internet en la siguiente dirección: www.un.org/law/icc/statute/status.htm

10 Cfr. Mercedes García Arán, Hernán Ormazábal, Juan Carlos Ferré Olivé, José Ramón Serrano Piedecabras y Diego López Garrido, *La impunidad es un insulto a la democracia*, 55-60, en *Papeles de Cuestiones Internacionales* No. 65, 1998. Julio Andrés Sampreda Arrubla, *La Corte Penal Internacional: Aproximación al papel de las víctimas*, 635 y ss., en *Cuadernos de Política Criminal* No. 69 (Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999).

11 La mayor parte de los documentos relativos a las discusiones han sido publicados en la internet y pueden consultarse en la siguiente dirección: www.derechos.org/nizkor/

la Victimología y que son acogidas en el ámbito internacional, guardan mayor coherencia con un modelo de Estado social y democrático de derecho, superan la consideración individual de la víctima y, además de al titular del bien jurídico protegido, alcanzan a otros muchos perjudicados, directos e indirectos, que sufren las consecuencias de la violación de la norma (Res. 40/34, A. 1, 2, 3; Rec. [85]11, consideraciones; Declaración SIV, art. 2).

- La sociedad se ve obligada a respetar y desarrollar los derechos humanos del delincuente, pero, en igualdad de condiciones, debe respetar y desarrollar los de las víctimas, adoptando las medidas necesarias, especialmente, para garantizar la intervención efectiva en el sistema penal (Res. 40/34, consideraciones 4, 5, 7; Rec. [85]11, consideraciones y ordinales D, E, F; Declaración SIV, art. III).
- Es necesario que las víctimas reciban asistencia y compensación integral, no solo económica, sino además psicológica, social, judicial, etc. (Res. 40/34, A, párrs. 8, 12, 14, 15; Rec. [85]11, consideraciones y ordinal G; Declaración SIV, arts. IV, VI).
- La reparación y asistencia a las víctimas debe prestarla en primer lugar el delincuente, pero ante su imposibilidad o insolvencia, la sociedad, el Estado o el organismo internacional correspondiente (Res. 40/34, A, párrs. 12, 13; Declaración SIV, arts. V, VII, VIII). Igualmente se buscará el establecimiento de la “reparación” como una nueva vía en las sanciones penales (Res. 40/34, A., párr. 9; Rec. [85]11, E., párr. 14; Declaración SIV, art. IV).
- Las autoridades deben procurar adoptar las medidas necesarias para la prevención eficaz de la criminalidad y garantizar la convivencia pacífica futura en la sociedad, promoviendo, desde el proceso penal o fuera de él, una eventual reconciliación entre las víctimas y el delincuente (Res. 40/34, A., párrs. 5, 6; Rec. [85]11, consideraciones, y num. II; Declaración SIV, arts. IX, X).

Como queda planteado, se ha llegado, en el ámbito internacional, a un consenso general en la necesidad de considerar a las víctimas del delito como parte principal, junto al victimario y en igualdad de condiciones, de la política criminal de los Estados. Se trata, como dice A. Beristain, de una exigencia social y humana: hoy, el llegar a ser víctima no se considera un incidente individual sino un problema de política social, un problema de derechos fundamentales¹².

12 Antonio Beristain Ipiña, *De leyes penales y de Dios Legislador (Alfa y Omega del control penal humano)*, 220 (EDERSA Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990).

C. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO

Si bien las legislaciones locales no consagran en forma autónoma un catálogo de derechos referidos específicamente a las víctimas del delito, de acuerdo con las coordenadas planteadas, un sistema penal en el marco de un Estado social y democrático de derecho debe reconocer y garantizar el cumplimiento de, al menos, los siguientes derechos humanos en orden a obtener la resolución real del conflicto subyacente al delito.

1. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y AL TRATAMIENTO EQUITATIVO ANTE LA LEY

La función esencial del sistema penal de Administración de Justicia en un Estado social y democrático de derecho debe ser la de atender las necesidades de las víctimas, tratarlas con comprensión y respeto a su dignidad, salvaguardar sus intereses así como aumentar la confianza en la justicia penal y alentar su cooperación; para ello, es preciso diseñar los mecanismos necesarios para suministrarles información suficiente acerca del rol que pueden desempeñar en el proceso, del desarrollo del mismo, del contenido y alcance de las decisiones judiciales, además de garantizar que sus opiniones y solicitudes serán tenidas en cuenta y decididas, sin dilaciones, en las etapas adecuadas de la actuación.

El reconocimiento de este derecho supone que el Estado se comprometa a adoptar medidas tendientes a minimizar las molestias causadas a las víctimas y proteger su intimidad, de tal forma que en todas las fases del proceso las relaciones con el público se desarrollen con la máxima consideración por las víctimas, garantizando la protección contra cualquier información que atente contra su vida privada o su dignidad. Igualmente el Estado debe prestar apoyo económico a organizaciones no gubernamentales que faciliten asistencia jurídica, y a crear organismos públicos que garanticen una eficaz respuesta a las exigencias de representación judicial.

Este derecho, consagrado en la legislación colombiana por la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), supone, además de la garantía de acceso al aparato de justicia, en cualquiera de sus áreas, el amparo de pobreza y la defensa (representación judicial y extrajudicial) gratuita a cargo del Estado para las víctimas del delito, sus familiares, testigos, etc.

2. EL DERECHO A UNA REPARACIÓN INTEGRAL Y A UNA INDEMNIZACIÓN

Uno de los fines del proceso penal debe ser lograr que los delincuentes sean responsables de resarcir a las víctimas, sus familiares y personas a cargo, compensación a la cual está igualmente obligado el Estado ya que si este asume como una de sus funciones sociales la defensa de los ciudadanos, debe ser el responsable de acudir en su auxilio por el daño ocasionado por su falta de defensa.

El Estado debe fomentar la creación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas del delito y en especial del terrorismo, buscar la rehabilitación del medio ambiente, así como la reconstrucción de la infraestructura y la reposición de instalaciones afectadas por los atentados terroristas (voladura de oleoductos, p. ej.).

Igualmente, se debe procurar la inclusión de la “reparación” como sanción penal autónoma en el contexto penal. Esta adquiere un significado y contenido diferente al de reparación civil del daño, aun cuando pueda coincidir parcialmente con éste. La reparación se configura como una institución limítrofe (o híbrida) entre la pena y la responsabilidad civil, que puede llegar a afectar la determinación concreta de ambas, pero que no se identifica con ninguna de ellas¹³.

El fundamento político-criminal de la “reparación” tiene como punto de partida el reconocimiento positivo de la disposición del autor en la asunción de su responsabilidad ante las víctimas y, en su caso, ante la sociedad; por ello su contenido es amplio y puede

13 Cfr. Guadalupe Pérez Sanzberro, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, 19, en Estudios de Derecho Penal (Carlos María Romeo Casabona, dir., Comares, Granada 1999).

coincidir o no con los elementos propios de la responsabilidad civil. La reparación abarca tanto prestaciones materiales como inmateriales, e incluso prestaciones que suponen la dedicación de tiempo o de trabajo en beneficio de las víctimas.

Los efectos político-criminales de la “reparación” como pena autónoma pueden apreciarse, por una parte, desde la prevención especial, pues con ella: se busca enfrentar el delincuente a las víctimas, al delito cometido y a las consecuencias sociales derivadas del mismo; se logra, además, librar al pequeño delincuente de los efectos nocivos y discriminatorios de las penas privativas de la libertad; y, también, el victimario tiene la impresión de ser aceptado de nuevo en la sociedad. Por otra parte, desde la prevención general positiva, pues la “reparación” genera confianza ciudadana al observar la efectividad del derecho penal en la solución real del conflicto subyacente al delito, y produce satisfacción al ver cómo, a través de la “reparación”, se consigue eliminar los efectos nocivos del delito¹⁴.

Es lamentable que quienes se encargaron de redactar el Código Penal colombiano que entró en vigencia en el año 2001, no se hayan ocupado, al menos, de promover el debate acerca de la “reparación” como una nueva vía en el elenco de sanciones penales.

3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA NECESARIA PARA SU RECUPERACIÓN

Las víctimas del delito tienen derecho a recibir una adecuada asistencia médica, psicológica, psiquiátrica y social por parte de organismos del Estado y de organizaciones no gubernamentales que contribuyan al compromiso que la sociedad y cada uno de nosotros debe asumir frente a las víctimas como consecuencia de nuestra propia responsabilidad en el delito. Se trata de fomentar en cada uno de nosotros el sentido de la solidaridad, y de obligarnos a pagar un impuesto de fraternidad a favor de las víctimas.

14 Cfr. Elena Larrauri Pijoán *La reparación*, en 177 y ss., *Penas alternativas a la prisión*, (José Cid Moliné y Elena Larrauri Pijoán, coords., Edit. Bosch, Barcelona, 1997).

Al referirnos a este tema las palabras de R. Mate proporcionan especial claridad:

“La razón moderna ha desarrollado la tesis de que cada uno es responsable de sus actos. Pero también somos responsables de los actos que no hemos cometido. Las desigualdades existentes son productos del hombre, y este mundo lo hicieron nuestros abuelos y nosotros lo heredamos. Decía Walter Benjamín: ‘No nacemos inocentes’. No es que nazcamos culpables, la culpabilidad es personal e intransferible, pero la responsabilidad puede heredarse. Si mi abuelo ha sido un ladrón y heredo su riqueza, no heredo la culpabilidad de mi abuelo pero sí su responsabilidad. Visto desde esta perspectiva política, la justicia consiste en responder a la injusticia del mundo. Esta idea de injusticia no se enseña en las facultades de derecho, pero no hay que olvidar que las teorías de la justicia son cosa de vencedores. Y lo primero que éstos hacen es olvidar el pasado para no responsabilizarse de él. Por eso la justicia mundial ha creado una figura peligrosa: ‘hay que pasar la página’. Esa es la teoría del vencedor. El vencido no se deja engañar con este malabarismo, pues aunque no haya ido a la escuela, sabe, gracias a la memoria, que las desigualdades del presente responden a injusticias pasadas”¹⁵.

En este orden de ideas, el Estado debe proporcionar capacitación al personal de la fuerza pública, de justicia, de salud, organizaciones no gubernamentales, etc. para responder en forma adecuada y eficaz a las necesidades de las víctimas. Además, ha de fomentar la creación de oficinas de asistencia multidisciplinar, de voluntariados y consultorías universitarias, a través de las cuales cada uno de los miembros de la sociedad aceptemos que somos más o menos responsables por la situación de las víctimas y asumamos nuestro compromiso de actualización de las esperanzas pasadas e insatisfechas.

4. EL DERECHO A UNA FUTURA CONVIVENCIA PACÍFICA

El Estado debe adoptar las medidas tendientes a la prevención de la criminalidad, diseñar los mecanismos procesales que

15 *El criminal triunfa cuando asesina y cuando olvidamos*, entrevista de Azriel Bibliowicz a Manuel Reyes Mate en *El Espectador* (Bogotá, 27 de mayo de 2000).

solucionen efectivamente el conflicto subyacente al delito, que eviten la venganza y garanticen la no repetición de los hechos victimizadores.

Se trata de reorientar el sistema penal y particularmente el proceso en función de la persona, lo cual supone entregar el conflicto a sus verdaderos protagonistas (víctimas, victimario, sociedad), confiar en su capacidad para, en mutua colaboración, resolverlo creativamente¹⁶. Como afirma A. Beristain, se trata de insuflar un nuevo espíritu en la justicia penal de mañana; observarla y recrearla desde otra perspectiva: la de las víctimas como protagonistas de la justicia penal y de su inseparable proceso¹⁷.

Por esto, hoy surge con particular importancia la necesidad de realizar una reflexión, ausente, por lo que se sabe, en quienes participaron en la redacción de la reforma colombiana, acerca del diseño de instrumentos que allanen los caminos hacia el encuentro creativo para la resolución del conflicto, bien sea desde el proceso mismo a través de la introducción del principio de oportunidad¹⁸, o por fuera de él, mediante los llamados métodos alternativos, especialmente la mediación¹⁹.

La inclusión del principio de oportunidad en el proceso penal facilita la utilización de métodos alternativos para la solución del conflicto generado por el delito, ofrece una oportunidad a las víctimas para obtener una reparación integral y más rápida de los daños ocasionados, y evita el sufrimiento adicional que les supone enfrentar un juicio, contribuyendo con ello a la obtención de la

16 Como afirma Laín Entralgo, *Teoría y realidad del otro*, ob. cit., 586, en la vida empírica del hombre no hay dilecciones exentas de conflicto, ni conflictos que no tengan algo, por poco que sea, de cooperación.

17 Antonio Beristain, *Criminología y Victimología. Alternativas re-creadoras al delito*, 202 (Leyer, Bogotá, 1998).

18 Definido como la facultad que le asiste al titular de la acción penal para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia que se haya acreditado la existencia de un hecho punible en contra de un autor determinado. Dulce María Santana Vega, *Principio de oportunidad y sistema penal*, 106, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVII, fasc. II, mayo-agosto de 1994 (Madrid, Ministerio de Justicia e Interior).

19 Cfr. Elías Neuman *Mediación y conciliación penal* (Depalma, Buenos Aires, 1997).

misión pacificadora para la que debe estar el derecho penal en un sistema democrático²⁰. Frente a la violencia generada, en muchas ocasiones, por el proceso y la pena, resulta más importante el diseño de un sistema que aporte una solución clara, real y creativa al problema, de tal manera que prescindiendo del uso indiscriminado del aparato formal de administración de justicia, se escuche y atienda a las necesidades e inquietudes de las víctimas, objetivo que puede lograrse mediante la recepción de instrumentos alternativos, como la mediación²¹. Este constituye un instrumento que, a la vez que propicia el diálogo entre víctimas, sociedad y victimario, facilita la reparación creativa del daño y permite a los protagonistas del conflicto fijar un nuevo punto de partida en el que participen todos, no desde el sometimiento, sino desde la aceptación de un anhelo de convivencia futura, de tal manera que las partes involucradas en la experiencia de la mediación ven en ella un tipo de justicia diferente del que esperaban, tienen la sensación de que ellas mismas están creando justicia en vez de, pasivamente, recibirla²².

Para las víctimas, la mediación, supone el reconocimiento del papel activo que tradicionalmente se les ha negado en el proceso y concretamente en la resolución del conflicto. Constituye un espacio adecuado para manifestar las emociones que experimentan desde su situación, una oportunidad para, en determinados casos, enfrentar al victimario, recibir una explicación del hecho realizado y superar los temores generados por el delito.

20 Cfr. Frieder Dünkel, *La conciliación delincente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica del derecho penal en el derecho comparado*, 140, en *Victimología* (Beristain y De la Cuesta, eds., Universidad del País Vasco, 1990).

21 Cfr. Henry Issa El Houry, *Solución alternativa de conflictos penales. Una propuesta de marco teórico*, 65 y ss., en 6 *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* No. 9; Francisco Javier Caballero, *La justicia alternativa*, 93, en *Las víctimas del delito* (Instituto Vasco de Criminología, Universidad del País Vasco, Cuadernos de Extensión Universitaria 23, 1987).

22 Cfr. Tony Peters, *Mediación para la reparación: presentación y discusión de un proyecto de investigación-acción*, 140, en *EGUZGKILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* No. 8 Extraordinario (San Sebastián, diciembre de 1995).

No solo para las víctimas del delito resulta provechoso el proceso de mediación. Para el infractor, constituye un espacio que le permite asumir su responsabilidad: enfrentar directamente el hecho y las consecuencias que se han generado para los “otros” es una ocasión para rectificar, ofrecer una disculpa, explicar su conducta y demostrar su voluntad de colaboración hacia la reparación. Adicionalmente, se le presenta como una oportunidad para reparar su propia imagen y, dependiendo del caso, evitar la persecución penal, los antecedentes criminales y hasta la privación de la libertad. La sociedad, como protagonista que es del conflicto, también se beneficia, entre otras razones, porque se genera un efecto pacificador en las relaciones sociales, un compromiso de la comunidad en la política criminal y el desarrollo de diversas formas para la solución adecuada de las disputas. Igualmente, disminuye el impacto de la delincuencia permitiendo la reparación de los daños, además de reducir los efectos nocivos de las penas privativas de la libertad sobre la comunidad evitando que el delincuente se reintegre a la sociedad siendo más delincuente después de su paso por la cárcel.

En un Estado social y democrático de derecho, como el que pretende ser Colombia, basado en el respeto por la dignidad humana, la justicia y la solidaridad, el reconocimiento de los derechos y la atención a las necesidades de las víctimas del delito y en especial del terrorismo debe ser una prioridad para alcanzar la paz, no podemos permitir que se siga interpretando que los innumerables sacrificios pasados y presentes son el precio del futuro. Nuestra respuesta a esta agobiante realidad colombiana no puede ser otra que la de emprender la creación de realidades contrarias, donde sea posible la reconciliación y la convivencia futura, donde por fin se alcance la paz.

BIBLIOGRAFÍA

- Beristain Ipiña, Antonio, *De leyes penales y de Dios Legislador (Alfa y Omega del control penal humano)* (EDERSA Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990).
- Beristain, Antonio, *Criminología y Victimología. Alternativas re-creadoras al delito* (Leyer, Bogotá, 1998).
- Bibliowicz, Azriel, *El criminal triunfa cuando asesina y cuando olvidamos*, entrevista de Manuel Reyes Mate a *El Espectador* (Bogotá, 27 de mayo de 2000).
- Caballero, Francisco Javier, *La justicia alternativa*, en *Las víctimas del delito* (Instituto Vasco de Criminología, Universidad del País Vasco, Cuadernos de Extensión Universitaria 23, 1987).
- Corte Constitucional, sentencia C-479, 6 de agosto de 1992, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, sentencia T-499, 21 de agosto de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, sentencia T-533, 23 de septiembre de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, sentencia T-542, 25 de septiembre de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, sentencia T-102, 10 de marzo de 1993, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
- De Jorge Mesas, Luis Francisco, *La eficacia del sistema penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial - Criminología XXXIX* (Antonio García Pablos, dir., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, septiembre de 1994).
- Díaz, Elías, *Notas (concretas) sobre legitimidad y justicia*, en *El fundamento de los derechos humanos* (Gregorio Peces-Barba, ed., Colección Universitaria, Debate, Madrid, 1989).
- Dünkel, Frieder, *La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica del derecho penal en el derecho comparado*, en *Victimología* (Beristain y De la Cuesta, eds., Universidad del País Vasco, 1990).
- García-Pablos de Molina, Antonio, *El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La*

denominada victimización terciaria (El penado como víctima del sistema legal), en *Cuadernos de Derecho Judicial, La Victimología* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993).

García Arán, Mercedes; Hernán Ormazábal, Juan Carlos Ferré Olivé, José Ramón Serrano Piedecabras y Diego López Garrido, *La impunidad es un insulto a la democracia*, en *Papeles de Cuestiones Internacionales* No. 65 (1998).

Issa El Khoury, Henry, *Solución alternativa de conflictos penales. Una propuesta de marco teórico*, en *6 Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* No. 9.

Lain Entralgo, Pedro, *Teoría y realidad del otro* (Edit. Alianza, Madrid, 1961).

Larrauri Pijoán, Elena, *La reparación*, en *Penas alternativas a la prisión* (José Cid Moliné/Elena Larrauri Piojan, coords., Edit. Bosch, Barcelona, 1997).

Mate, Reyes, *La razón de los vencidos* (Edit. Anthropos, Barcelona, 1991).

Mate, Reyes, *Heidegger, el judaísmo y sobre la tolerancia compasiva* (Anthropos, Barcelona, 1998).

Mesutti, Ana, *El tiempo como pena y otros escritos* (Pontificia Universidad Javeriana, Colección Criminología y Victimología No. 2, Bogotá, 1998).

Neuman, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales* (2ª. ed., Edit. Universidad, Buenos Aires, 1984).

Neuman, Elías, *Mediación y conciliación penal* (Edit. Depalma, Buenos Aires, 1997).

Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores* (1ª. reimpr., Edit. Tecnos, Madrid, 1986).

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución* (4ª. ed., Edit. Tecnos, Madrid, 1991).

Pérez Sanzberro, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, en *Estudios de derecho penal* (Carlos María Romeo Casabona, dir., Comares, Granada 1999).

Peters, Tony, *Mediación para la reparación: presentación y discusión de un proyecto de investigación-acción*, en *EGUZGKILORE*,

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología N° 8 Extraordinario (San Sebastián, diciembre de 1995).

Sampedro Arrubla, Julio Andrés, *La Corte Penal Internacional: aproximación al papel de las víctimas*, en *Cuadernos de Política Criminal* No. 69 (Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999).

Santana Vega, Dulce María, *Principio de oportunidad y sistema penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVII, fasc. II, mayo-agosto de 1994 (Madrid, Ministerio de Justicia e Interior).