

Sobre el Incidente de Reparación Integral en los delitos sexuales con menores de catorce años

Valeria Usma Vélez ¹

Resumen

El presente ensayo desarrolla un acercamiento a la eficacia del Incidente de Reparación Integral para delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales cometidos contra los menores de catorce años. Para ello, dicha figura procesal se aborda a partir de un enfoque cualitativo, describiendo el marco normativo y jurisprudencial que le rige, para seguidamente desarrollar una serie de falencias y problemáticas de acuerdo a criterios jurídicos y sociológicos sobre eficacia de la norma, y así dar paso a ilustrar la operatividad del mecanismo.

La esquematización propuesta da lugar a encontrar como el Incidente de Reparación carece de una perspectiva diferencial para los menores de catorce años víctimas de punibles sexuales, lo cual limita la eficacia del resarcimiento integral de los daños causados a ellos, contrariándose así no solo la prevalencia constitucional de los derechos de los menores, sino además los fines reparadores en los que se sustenta el incidente, en el marco de una justicia restaurativa

Palabras clave: Incidente de reparación, víctima, delitos sexuales.

¹ Abogada litigante. Estudiante de Especialización en Sistema Procesal Penal de la Universidad de Manizales, Cohorte II. Correo electrónico: valeriau94@gmail.com.

Abstract

This document proposes an approach to the effectiveness of the Full Compensation Incident for crimes against the liberty, integrity and sexual development committed against minors under 14 years old. For this purpose, said procedural figure is addressed to from a qualitative approach, in order to establish the characteristics of the exercise of the full compensation incident, describing the normative and jurisprudential framework that rules it, to then develop a series of shortcomings and problems from it according to legal and sociological criteria on the effectiveness of the law, and thus give way to illustrate the operation of the procedure.

The proposed schematization gives rise to find how the Full Compensation lacks a differential perspective for minors under 14 years old who are victims of sexual offenses, restricting the compensation of the damages caused to them, thus counteracting not only the constitutional prevalence of the rights of minors, but the reparative purposes on which the incident is sustained, within the framework of a restorative justice.

Keywords: Repair incident, victim, sexual offenses.

Introducción

La comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores de catorce años es causa de frecuente controversia, no solo por los casos socialmente impactantes que se presentan ante la opinión pública, sino además por cuenta de la crítica ciudadana sobre las falencias judiciales y legislativas de la política criminal en el control de esta conducta delictiva.

Al debate se suma el auge del populismo punitivo (Bottoms, 1995), constituido a partir de discursos políticos y manifestaciones sociales a favor de la pena de muerte, la instauración de la cadena perpetua y la castración química², entre otros, como métodos de castigo efectivo que se enfocan exclusivamente en el agresor sexual³. Sin embargo, el fomento a la sanción penal que exagera los fines constitucionales y legales de la pena⁴, no aparece la misma intensidad de discurso en lo relacionado a los derechos y garantías de las víctimas de los delitos sexuales, en especial lo concerniente al ámbito material y simbólico que atañe a la reparación integral.

Para Claus Roxin (1999) y Galain (2005), en materia de política criminal el concepto de reparación hace parte de los fines de la pena, y en tal virtud los sistemas penales contemporáneos

² Al momento de presentación del documento fue aprobado en segundo debate por la plenaria del Senado el proyecto de ley que plantea como delitos autónomos los tipos penales de acceso carnal violento sobre menor de edad y acto sexual violento sobre menor de edad, estableciendo el tratamiento voluntario de inhibición hormonal del deseo sexual (castración química). Este proyecto se encuentra acumulado con la iniciativa que modifica el artículo 208 del Código Penal para la protección de las víctimas de delitos sexuales. (Prensa Senado, 2018)

³ Es clave señalar en este respecto que en algunas de las propuestas surgidas a raíz del populismo punitivo, se desconoce la diversidad y composición que involucra la agresión sexual. Al respecto, Kappler (s.f.) indica: “al estudiar la violencia sexual con precisión, no se debe olvidar la enorme complejidad de la violencia sexual regularmente desatendida: la violencia sexual se ejerce contra niñas y niños por parte de hombres y mujeres, contra mujeres por parte de hombres y mujeres y contra hombres por parte de hombres y mujeres, con diferencias significativas entre estos tipos de violencia”

⁴ De acuerdo con Amado, Peña & Viveros (2014) “la pena surge a partir de la concepción de la teoría del delito, la que debe ser respetuosa de las garantías ciudadanas y derechos fundamentales, previstos en la Constitución Política de Colombia, tendientes a la prevención del delito y su contenido material, en efecto, el entendimiento de la pena como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir un significado de carácter imperativo de regulación social de la norma jurídica penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad en contra de la comisión de delitos”

deben abocarse a fomentarla en la medida en que la reparación entraña un esfuerzo compensatorio destinado a una reconciliación entre el infractor de la ley penal y víctima:

El sistema penal debe ofrecer al delincuente la posibilidad de «reparar» su mal acto, por propia voluntad (*freiwillig*), obteniendo de esa forma ciertos beneficios materiales y formales. Y esto tiene sentido porque el delincuente ha demostrado con su acción que los fines de prevención –especial como general– que la pena habría de intentar cumplir, ya han sido cumplidos al momento de proceder a la reparación (sea material o simbólica) (Galain, 2005, p. 193)

Para el caso colombiano, el cuerpo normativo del Procedimiento Penal, fundamentado en el Sistema Oral Acusatorio⁵, el concepto de la reparación integral se instituye a través de un mecanismo incidental tendiente a lograr el restablecimiento de derechos y reparar los daños causados a la víctima de la conducta delictual (Oriol & Fiscalía General de la Nación, 2012).

El carácter de trámite incidental, según la interpretación elaborada por la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal a los artículos 102 a 108 de la ley 906 de 2004, erige a la reparación como un procedimiento de naturaleza accesoria que únicamente tiene lugar a partir de la existencia de una condena penal en firme, el cual, en términos patrimoniales, tiene como fuente el daño ocasionado con el delito “cuya existencia y determinación de responsabilidad ya ha sido declarada en un fallo ejecutoriado” (Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, SP6029-2017. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).

⁵ El sistema penal acusatorio es un “procedimiento judicial para causas penales, establecido por el Constituyente, estructurado sobre los principios de contradicción, intermediación, concentración y publicidad, que propende fundamentalmente a garantizar la materialización de los derechos de los ciudadanos, al tiempo que a la efectividad de la acción penal” (Consejo Superior de la Judicatura, 2005, p.91) .

Desde el ámbito jurisprudencial, la Corte Constitucional ha reconocido la reparación integral como un derecho que le asiste a la víctima en procura del restablecimiento cabal de los intereses y derechos menoscabados con ocasión de la conducta punible perpetrada por el infractor de la ley penal. Dicho órgano colegiado ha señalado igualmente que la reparación integral de los daños sufridos incluso va más allá de la expectativa económica de la víctima, y en este sentido ha denotado que “el incidente de reparación puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial”. (Corte Constitucional, sentencia C-516/07. M.P. Jaime Córdoba Triviño)

Pese a lo descrito, en lo que atañe a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, los fines que constitucional y legalmente pretende la reparación integral, se encuentran limitados en muchas ocasiones por las “dificultades que tienen las víctimas para encontrar una ruta adecuada y de calidad de atención para presentar las denuncias y recibir atención médico-legal” (Cepeda & Ramírez, 2016, p. 1058), entre otras problemáticas, las cuales derivan en una carencia de atención adecuada a las pretensiones de reparación integral con ocasión del daño causado por los crímenes sexuales. En cuanto a las víctimas menores de catorce años respecta, la reparación integral apareja un debate de un espectro más amplio, toda vez que, constitucionalmente, los derechos de los niños prevalecen en el ordenamiento jurídico de conformidad con el artículo 44 superior⁶.

⁶ “Este tratamiento especial de los derechos de los menores de edad responde a un interés jurídico emanado del Constituyente de 1991, que quiso elevar a una instancia de protección superior a estos sujetos en virtud del reconocimiento de su particular situación de sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, y que por tanto, requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado para alcanzar el pleno goce de sus derechos” (Corte Constitucional, Sentencia T-398/17, M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

En este orden de ideas, las víctimas no solo soportan el dolor de sufrir un daño a su libertad, integridad y formación sexual, sino que además deben afrontar una serie de obstáculos y limitaciones institucionales que desencadenan vulneraciones sistemáticas a sus derechos, y que para el caso de los menores de catorce años implica desconocer los derechos a la verdad, justicia y reparación en el marco de la protección constitucional reforzada con la que cuentan.

En adición, el alto índice de agresiones sexuales que registran las estadísticas oficiales permite evidenciar que las herramientas encaminadas a la prevención y defensa ante el menoscabo de los intereses superiores del menor, a partir de medidas simbólicas, colectivas y administrativas que atiendan el principio fundacional de la dignidad humana, carecen aún de una articulación mancomunada entre la institucionalidad y la sociedad. (Cepeda & Ramírez, 2016).

A partir de los presupuestos descritos, este ensayo reflexiona jurídicamente la eficacia del incidente de reparación integral en los delitos sexuales señalados, tomando como base los criterios relacionados con los derechos y el papel de la víctima menor de catorce años en el incidente mencionado, así como las acciones que contemplan una adecuada reparación.

El incidente de reparación integral para las víctimas de delitos sexuales menores de catorce años de edad

Para el abordaje propuesto, se requiere en primer lugar ilustrar la protección constitucional reforzada con la que cuentan los menores de edad. De acuerdo con el artículo 44 superior, la familia, la sociedad y el Estado se encuentran en obligación de “asistir y proteger al niño y a la niña para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”.

En relación al Código de Infancia y Adolescencia “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico” (Ley 1098/2006, Art. 18).

En dicho cuerpo normativo, el maltrato infantil contempla toda forma de abuso físico, explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad, y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona (Art. 18, Código de Infancia y Adolescencia).

Adicionalmente, en cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales e internacionales, la Corte Constitucional ha indicado como criterio esencial para la protección de los derechos e intereses de los menores de edad la prevalencia de estos consagrada en el artículo 44 superior. En cuanto al incidente de reparación integral, la ley 1098 de 2006 contempla la siguiente esquematización en lo tocante a los punibles que afectan a los menores:

- Artículo 195. Facultades del defensor de familia en los procesos penales. En los procesos penales por delitos en los cuales sea víctima un niño, niña o adolescente, el defensor de familia podrá solicitar información sobre el desarrollo de la investigación, para efectos de tomar las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes.
- Artículo 196. Funciones del representante legal de la víctima. Los padres o el representante legal de la persona niños, niñas y adolescentes, están facultados para intervenir en los procesos penales en que se investigue o juzgue un adulto por un delito

en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente como representante de este, en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal y para iniciar el incidente de reparación integral de perjuicios. Los niños y niñas víctimas, tendrán derecho a ser asistidos durante el juicio y el incidente de reparación integral por un abogado (a) calificado que represente sus intereses aún sin el aval de sus padres y designado por el Defensor del Pueblo.

- Artículo 197. Incidente de reparación integral en los procesos en que los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas. En los procesos penales en que se juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente, el incidente de reparación integral de perjuicios se iniciará de oficio si los padres, representantes legales o el defensor de Familia no lo hubieren solicitado dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Cabe aquí señalar una diferencia esencial en cuanto al trámite del mecanismo incidental: al tenor del artículo 102 de la ley 906 de 2004, el incidente procede si de forma previa al fallo condenatorio se había solicitado de forma expresa por la víctima, el fiscal o el Ministerio Público a instancia de ella. Situación que para el caso de los delitos sexuales cometidos en contra de los menores opera de forma diferente, dado que de acuerdo con el artículo 197 de la ley 1098 de 2006, no se requiere una manifestación previa sobre el incidente de reparación integral, dado que el mismo podrá iniciarse oficiosamente si los padres, representantes legales o el defensor de Familia no lo solicitan dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Esta oficiosidad del trámite penal de los delitos cometidos en contra de los menores de catorce años, corresponde al desarrollo del artículo 193, el cual estipula los criterios que deben regir la actividad del juez. De este modo, el funcionario judicial cuenta con una facultad

discrecional para decretar y ordenar la práctica de pruebas de oficio en aras de materializar la verdad, la justicia y la reparación integral, especialmente del menor agredido sexualmente entre otras⁷.

Asimismo, las dudas que tenga el funcionario judicial sobre la ocurrencia del hecho o el grado de responsabilidad del autor o de los partícipes implica que en los delitos sexuales cometidos contra los menores de catorce años vedan al funcionario judicial de aplicar el principio *in dubio pro reo*, cediendo entonces al principio *Pro Infans*, con el fin de adelantar una investigación exhaustiva, conducente y pertinente para llegar a la verdad y lograr la reparación.

Adicionalmente, las autoridades involucradas en la investigación y juzgamiento de conductas que menoscaban la integridad sexual del menor de edad, deben emplear especial diligencia en la investigación de los hechos, la endilgación de responsabilidad penal y la reparación integral de los derechos del menor, de tal suerte que se informe al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Especial atención reviste el principio de igualdad material o diferencial⁸ en el incidente de reparación integral, de tal manera que el operador judicial se encuentra en el deber de desplegar comportamientos “que tomen en cuenta la situación de indefensión del menor, y

⁷ Al respecto, en el marco de los criterios se establece en el numeral cuatro del Art. 193 se aprecia una de las diferencias sustanciales en el marco de los delitos cometidos contra los menores de edad, dado que, en cuanto a las medidas cautelares, el juez podrá decretarlas de oficio y de entrada se aclara que no será necesario prestar caución alguna.

⁸ Del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado (Sentencia C-250/12, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

abstenerse de darle al niño o la niña un trato semejante al que ordinariamente le dispensa a un adulto en la misma situación” (Corte Constitucional, sentencia T-1015/10. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva)

Críticas generales a los incidentes de reparación integral

Todo tipo de proceder por parte del funcionario judicial que tienda a desconocer el entorno de indefensión en el que se halla el menor violentado sexualmente, transgrede delicadamente la Constitución y envuelve una responsabilidad de orden penal y disciplinario al funcionario que lo cometa. Esto implica a la autoridad judicial inhibirse de prácticas lesivas al menor tales como:

Dispensar a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omitir las actividades necesarias para su protección, asumir una actitud pasiva en materia probatoria, proferir frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o intimidarlo o coaccionarlo de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. (Corte Constitucional, sentencia T-554/03. M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Este tipo de conductas se encuentran vedadas no sólo a los operadores judiciales, sino a todos aquellos que de algún modo se relacionen con el menor violentado sexualmente en el trámite del proceso penal, toda vez que los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual generan una profunda afectación para la víctima, dado que la misma, en su condición de menor de catorce años, “carece del desarrollo madurativo, emocional y cognitivo para dar consentimiento a la conducta o acción en la cual es involucrado” (Baita & Moreno, 2015, p. 25, en cita a Sgroi, 1982).

Pese a la vigencia de estos mandatos constitucionales y legales, para un gran sector de la sociedad, la simple idea de un castigo penal se hace suficiente, desconociéndose el principio de

dignidad la víctima y las garantías de resarcimiento de sus derechos. Esta postura no solo entraña un desconocimiento a la víctima como el eje central del interés judicial y del incidente de reparación integral, sino que además reduce la audiencia que la rige como una más dentro del proceso penal, en la cual ya no interesan sus resultados materiales, sino solo dar cumplimiento formal a una etapa procesal, vedándose así su fin fundamental destinado a satisfacer los postulados de verdad, justicia y reparación de forma integral.

Si bien la reparación integral puede ser de orden lucrativo, simbólico o mixto; esta se reduce en la práctica a que la víctima solo sea reparada por medios simbólicos tales como pedir perdón u ofrecer disculpas; lo que hace evidente la existencia de vacíos legislativos en los cuales se pierden las garantías para las víctimas y el espíritu de la norma se torna difuso e insuficiente, y aunque el incidente de reparación integral se enmarca en la justicia restaurativa, la falta de reparación de las víctimas demuestra que es la justicia retributiva la que se materializa en la aplicación del incidente de reparación, pues el acceso a la justicia difícilmente llega hasta la verdad y justicia, y la reparación se pierde ante la falta de coerción normativa para su cumplimiento.

De acuerdo con Díaz (2009), en cita a Alastuey (2000) y Manzanares (2007), otra de las críticas que asiste a la reparación integral es como este mecanismo vincula a terceros obligados a reparar por cuenta de una conducta que no le es endilgable a ellos, toda vez que el verdadero responsable penal, y no el Estado u otros agentes externos, es quién debe dar satisfacción al resarcimiento:

[En el] marco de las sanciones penales, se debe excluir aquella reparación que implica prestaciones materiales que recibe la víctima con independencia de quien las lleva a cabo.

[La] reparación implica obligaciones que sean asumidas por el responsable (...) No

merecen tal denominación las prestaciones del estado, u otras que no procedan directa e indirectamente del victimario real o presunto, ni tampoco las que corran a cargo de un seguro, ni de un responsable civil subsidiario, ya que se produciría una inaceptable injerencia de terceros en la relación jurídico-penal. (Díaz, 2009, p. 89)

Autores como Carnevali (2005), Queralt (1996) y Bovino (2003) destacan una interesante crítica relacionada con la pretensión eficientista que en muchas ocasiones busca satisfacer los operadores judiciales del sistema penal. Así, de acuerdo a sus disertaciones, es posible generar un cuestionamiento al incidente de reparación desde la óptica del infractor penal y la víctima de la conducta punibles en los siguientes términos:

[En la racionalización de] los recursos estatales persecutorios, puede ocurrir que uno de los propósitos más importantes como es reparar a la víctima ceda frente a la realidad acuciante a que se ven enfrentados constantemente los órganos persecutorios y los tribunales como es la de lograr soluciones rápidas a los conflictos. Así, no sería extraño que se ejercieran presiones sobre el imputado para reparar, vulnerando la presunción de inocencia. La víctima pasaría a convertirse en un agente legitimador de un modelo punitivo que busca esencialmente la eficiencia (Carnevali, 2005, p. 39)

Para Roxin (1999), según Galain (2005), la orientación de la reparación en el proceso penal debería figurar como un medio óptimo de entendimiento entre la víctima y el condenado con el fin de dar sentido a la justicia restaurativa en el marco de los fines de la pena y no sólo como un simple mecanismo procesal:

La solución debería provenir de un proceso penal que tienda al consenso siempre que sea posible y no merme ninguna de las garantías del imputado. Sin embargo, en situaciones en las que el propio imputado reconozca su responsabilidad en los hechos (o sepa de sus

pocas posibilidades de ser absuelto) sería del interés de todos los participantes del proceso penal el arribar a una solución de reparación y entendimiento. Tanto el lesionado como el Estado tienen interés en un acuerdo compensatorio entre autor y víctima; así como el autor pretende una atenuación (o librarse) de pena. (Galain, 2005, p.213)

Así las cosas, se observa que desde la perspectiva constitucional y legal y en adición la doctrina penal se destacan barreras que impiden una verdadera reparación de los derechos de las víctimas. Según Roxin (1999), ello obedece a que desde la victimología aún se requieren muchos avances institucionales dispuestos a favor de reestructurar la relación entre sanción y reparación en aras de favorecer de forma oportuna sus derechos menoscabados.

La eficacia de los incidentes de reparación en los punibles sexuales contra menores de catorce años

Como se señaló previamente, pese a que el incidente de reparación integral se enmarca en la justicia restaurativa, la falta de reparación de las víctimas demuestra que es la justicia retributiva la que se materializa allí, toda vez que aún se considera a nivel social que la punición y el castigo es la mejor forma de retribuir el daño ocasionado a la víctima.

Resulta esencial al respecto aclarar entonces como operan estos criterios de justicia retributiva y justicia restaurativa para así dar paso a reseñar la eficacia del incidente de reparación. De acuerdo con Márquez (2007), estos conceptos son consustanciales al derecho penal en tanto que:

La justicia restaurativa es diferente de la justicia penal contemporánea retributiva en muchas maneras. La justicia retributiva se fundamenta en retribuir al delincuente con un castigo, es decir, con la pena, en especial la de privación de la libertad por el mal causado a la víctima con el delito. Es el legislador quien mide el castigo que el criminal debe

compensar, sobre toda a la sociedad, por lo que el infractor hizo a un miembro de la comunidad. En esta justicia el delito es un problema entre el Estado y el delincuente, sin en que ella la víctima, su familia o la comunidad puedan participar activamente aun cuando puedan estar interesados en la búsqueda de la solución generada con el delito. La justicia reparadora se reacomoda mejor en un proceso penal de tendencia acusatoria (Márquez, 2007, pp. 204-205)

Las políticas de justicia restaurativa ostentan varias ventajas en comparación con la retributiva, dado que su aplicación permite utilizar de modo más eficiente el sistema de justicia penal, a partir de la concentración de sus actividades y recursos en delitos gravosos. Sin embargo, es válido complementar esta postura en la medida en que se apele de forma constante por la generación de procesos preventivos, dado que disuadir al infractor de cometer una conducta punible permite mejores resultados en contraste con el proceso de victimización que genera el proceso penal.

Al respecto, cabe advertir las cuestiones críticas que la doctrina propone sobre la procedencia del modelo de justicia restauradora en los casos de delitos sexuales. Según Marco⁹ (2015), quien cita a Cossins (2008), indica:

No se puede concluir que existan pruebas que avalen beneficios inherentes para las víctimas de abuso sexual en los procesos de justicia restaurativa con respecto a otras formas de justicia (...) Los delitos sexuales contra niños deben continuar siendo tratados

⁹ Complementa Marco señalando que “en el caso de delincuencia sexual de menores, incluso si el autor de los hechos es un menor, no parece que, dadas las implicaciones de la intencionalidad del abuso o en su caso, de la agresión, la justicia restaurativa no parece la forma más apropiada para solventar delitos de esta gravedad y donde la víctima ha sido elegida de manera premeditada por el delincuente y con un mayor grado de indefensión que cualquier otro tipo de víctimas más adultas o en otra tipología delictiva en la que sí estaría indicada este tipo de justicia como los delitos contra la propiedad” (2015, p. 426)

por el sistema de justicia penal habida cuenta de su gravedad y también porque así los resultados de este proceso serán iguales para todos además de que se podrá hacer un seguimiento del infractor, cosa que no ocurriría en un proceso de justicia restaurativa (Marco, 2015, pp. 64-65).

Sin embargo, esta exhortación crítica debe acompasarse bajo la perspectiva de la eficacia de la reparación y el incidente instituido para tales efectos en el ordenamiento penal colombiano.

Para el caso del incidente de reparación, desde Bobbio (2002) este precepto puede abordarse a partir de dos cuestiones: cuando la norma es válida sin ser eficaz y cuando una norma es justa sin ser eficaz¹⁰. En este sentido, el autor plantea que una norma es válida cuando la misma hace parte del ordenamiento jurídico en virtud del cumplimiento de las condiciones que rigen su expedición. En otras palabras, una norma es válida cuando esta existe de acuerdo a derecho, esto es, expedida por órgano competente observando el procedimiento establecido para ello.

En relación a la eficacia, hay una cuestión adicional, y es que la validez en este respecto involucra que la norma expedida conforme a derecho debe revestir un carácter idóneo para provocar las consecuencias que se desean con su vigencia. Esto implica que la realización de los propósitos por los cuales se instaura una norma sean lo suficientemente provechosos para que la misma forje el impacto deseado. Desde la sociología, la eficacia normativa se evidencia a partir del grado de efectivo acatamiento de las normas por parte de sus destinatarios.

¹⁰ “La independencia de los problemas en torno a la norma jurídica, esto es, que “la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez” (Bobbio, 2002, p. 22), origina según el autor, seis problemas, a saber: 1) que una norma puede ser justa sin ser válida, 2) que una norma puede ser válida sin ser justa, 3) que una norma puede ser válida sin ser eficaz, 4) que una norma puede ser eficaz sin ser válida, 5) que una norma puede ser justa sin ser eficaz, y 6) que una norma puede ser eficaz sin ser justa.” (Cortés, 2007, p. 347)

Sin embargo, como bien lo menciona Fueyo (1951), el desarrollo conceptual de estos conceptos jurídicos en el marco de la teoría de las normas no debe revestir un carácter absoluto, toda vez que conllevan a un equívoco sobre la significancia normativa:

El error general consiste en elaborar conceptos tales como los de validez y eficacia, con pretensiones más o menos absolutas y sin dejarlos supeditados incluso en su propia virtualidad teórica al criterio que el ordenamiento adopte, o en otros términos, al grado de relevancia jurídica que confiera al sistema de producción (Fueyo, 1951, p.66)

No obstante, atendiendo la observación anterior, cuando en la teoría del derecho se diserta sobre la eficacia normativa se aprecia un elemento común relacionado con el nivel de acatamiento de la conducta prescrita en el instrumento legal. Así entonces, la eficacia:

Se trata del grado de cumplimiento de la norma dentro de la práctica social, Una norma es considerada socialmente eficaz cuando es respetada por sus destinatarios o cuando su violación es efectivamente punida por el Estado. En los dos casos la previsión normativa es respetada, sea de forma espontánea, sea a través de una intervención coercitiva o punitiva del Estado (Martínez, s.f. en cita a Geiger, 1947 y Kelsen, 2000).

Así entonces, conforme a lo planteado en términos de teoría jurídica sobre la eficacia, el incidente de reparación se puede analizar bajo los siguientes aspectos.

(i) Ha afirmado el Comité de los Derechos del Niño mediante la Observación general N° 12 que la eficacia de la atención al menor en el proceso penal debe tener en cuenta la propiciación de espacios y funcionarios que reúnan condiciones óptimas para su atención y direccionamiento¹¹ en virtud de daño y menoscabo a sus derechos.

¹¹ Entre estas condiciones se encuentran: (i) escuchar al menor sin que sienta intimidación u hostilidad; (ii) atender al menor comprendiendo su condición vulnerable; (iii) crear a nivel institucional procedimientos accesibles y adecuados para los niños; (iv) Brindar atención y recaudo suficiente a la información suministrada por el menor sin

En la práctica, estas recomendaciones se encuentran de contera con todo tipo de limitaciones presupuestales, organizacionales e institucionales, supeditando a la víctima a adecuarse al sistema y no al sentido contrario, como realmente debería ser. Esto provoca que la reparación que concurre con ocasión del daño, en el marco del trámite incidental penal, no permita alcanzar un impacto provechoso a la víctima

Lo anterior permite evidenciar adicionalmente que desde las teorías propuestas sobre la eficacia, el incidente de reparación carece de una formulación diferenciada que atienda a las víctimas menores de edad conforme a su desarrollo físico, sensorial y cognitivo, de tal suerte que este mecanismo cuente con un objetivo legítimo para ellas.

(ii) En cuanto a la política de atención estatal diseñada a favor del menor que es víctima de un punible sexual, el incidente de reparación contemplado en el Código de Infancia y Adolescencia debe apelar por un diseño e implementación de un marco jurídico mucho más amplio que permita evidenciar asimismo la eficacia del contenido consagrado en el artículo 44 constitucional. Aun así, no puede hablarse de un auténtico sistema reparador de la violencia sexual de la que son víctimas los menores, toda vez que “tal propósito no alcanza a comprender a la víctima en toda su dimensión”. (Carnevali, 2005, p. 28)

Cabe señalar que en la actualidad las peculiaridades que afectan el trámite incidental en materia de reparación a los menores y por las cuales se debate su eficacia emanan desde la misma esencia de la reparación integral contemplada en el estatuto procesal penal.

desgastarle o re victimizándole; (v), prestarle apoyo apropiado en la ruta de la defensa de sus intereses y derechos ; (vi) capacitar de forma constante al personal que hace parte del procedimiento penal sobre la atención y cuidado al menor.

Así entonces, en primer lugar ha de indicarse un señalamiento al término dispuesto por la norma para acceder al incidente de reparación, toda vez que de acuerdo con la Corte Constitucional, la caducidad dispuesta por el artículo 106 de la ley 906 de 2004¹² es una medida idónea “tanto para el derecho de la víctima a la reparación integral, como para el ejercicio de los derechos de acceso a la justicia, defensa y participación activa del condenado o del tercero civilmente responsable” (Corte Constitucional, sentencia C-250/11, M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo).

La presunta idoneidad del término de caducidad puede controvertirse cuando ocurre el caso en que los actores legitimados para solicitar el incidente de reparación, o en su defecto el juez de forma oficiosa, cuando la víctima es menor de edad, no adelantan dicho mecanismo ya sea por razones fácticas, procesales o de congestión judicial, y conlleva a plantear que la víctima debe entonces acudir a otro tipo de mecanismo con el fin de procurar satisfacer la pretensión de resarcir el daño.

Segundo, en cuanto al papel que desempeña la Fiscalía para los efectos del incidente de reparación, se aprecia que este órgano relega a la víctima por cuanto aprecia que su labor en el marco de la justicia restaurativa debe estar orientada a disponer un comportamiento que permita dar lugar a conciliar las causas penales, desconociéndose así los derechos que la víctima posee a ser indemnizada por los detrimentos ocasionados con el injusto penal y las circunstancias fácticas en las que se encuentra inmersa; lo anterior en contravía incluso de las instrucciones internas que manejan los fiscales en los casos de delitos sexuales:

¹² La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haberse anunciado el fallo de responsabilidad penal.

Respecto al incidente de reparación, el (la) fiscal debe: Solicitar al juez dar inicio al trámite de incidente de reparación integral, luego de proferida la sentencia condenatoria en la audiencia de lectura de fallo, atendiendo a los posibles daños o consecuencias de los hechos. Entre otras, estas consecuencias pueden estar asociadas a: Impactos en la salud física de las víctimas, entre ellos, las lesiones, la discapacidad, infección por el VIH u otras enfermedades y embarazos no deseados. Daños psicológicos, emocionales y comportamentales en las víctimas. Distorsión del proyecto de vida y afectación a su familia o grupo social. Desplazamiento forzado de las víctimas.

Para efectos de la indemnización económica, es recomendable que el (la) fiscal solicite medidas cautelares sobre los bienes del indiciado con el fin de garantizar el pago de la indemnización durante el incidente de reparación. Facilitar a la víctima los EMP, EF y el acervo probatorio recolectado durante la investigación que sea útil a sus pretensiones de reparación. (Fiscalía General de la Nación, 2017, p. 58)

En adición al cuestionamiento anterior, Gil (2013) manifiesta que debido a la carga laboral y la congestión de causas penales, los fiscales terminan ocupándose de lleno en lo que atañe a las instancias adversariales del proceso, donde debe operar la oficialidad de la acción, relegando su deber funcional encaminado a solicitar la reparación de la víctima en virtud del daño ocasionado por el infractor penal:

Aunque, en cumplimiento de la obligación que tiene de buscar la reparación de los daños que se causan como consecuencia del delito, la Fiscalía es uno de los habilitados para solicitar la apertura del incidente, quizás por la excesiva carga de trabajo es inusual que el ente acusador haga uso de esta facultad. Para este menester, cuando tiene como hacerlo,

la víctima termina recurriendo a un abogado, y entonces la protección que de sus derechos manda la Constitución no se materializa debidamente. (Gil, 2013)

Así entonces, la víctima, quien debería ser un eje destacado dentro del proceso penal pasa a ocupar un lugar accidental, limitándose su rol a ser en muchas ocasiones testigo en función de esclarecimiento de los hechos y de medio para el recaudo de elementos probatorios, y cuando esta pretende una reparación económica se le vislumbra de manera secundaria.

En los casos de delitos sexuales cometidos en contra de los menores de catorce años, el daño que estos punibles ocasionan su la integridad física y psicológica implica sendas dificultades a la hora de tasar o ponderar el resarcimiento a los perjuicios morales y emocionales, con el agravante de las secuelas que el abuso sexual puede generar en la víctima. Echeburúa & Corral (2006) manifiestan al respecto que:

Las consecuencias de la victimización a corto plazo son, en general, devastadoras para el funcionamiento psicológico de la víctima, sobre todo cuando el agresor es un miembro de la misma familia y cuando se ha producido una violación. Las consecuencias a largo plazo son más inciertas, si bien hay una cierta correlación entre el abuso sexual sufrido en la infancia y la aparición de alteraciones emocionales o de comportamientos sexuales inadaptados en la vida adulta. No deja de ser significativo que un 25% de los niños abusados sexualmente se conviertan ellos mismos en abusadores cuando llegan a ser adultos. (p. 81)

Desde la doctrina se crítica que el incidente de reparación promueve la revictimización del afectado con la conducta punible, toda vez que le enfrenta a una etapa donde se encuentra forzada a reencontrarse con elementos fácticos y probatorios que pueden generar experiencias traumáticas y desgastantes. Esto implica que en muchas ocasiones la persona afectada no dé

lugar a iniciar el proceso resarcitorio. En ampliación a este respecto Cepeda & Ramírez (2016) señalan:

La crisis de la implementación de la justicia restaurativa, representada en las dificultades que tienen las víctimas para encontrar una ruta adecuada y de calidad de atención para presentar las denuncias y recibir atención médico-legal, el desconocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos, la desconfianza generalizada en el sistema de justicia, las prácticas indebidas en la interacción juez-fiscal-víctima, la exigua asignación de defensores públicos y fiscales, y la falta de formación especializada de los funcionarios judiciales para el conocimiento de los delitos sexuales, hechos que configuran procesos de revictimización.(p. 1058)

Asimismo, se ha señalado la insuficiencia de la reparación a la víctima cuando el ofensor presenta excusas o solicita perdón por su conducta y el daño que le ocasionó. Si bien la suficiencia de reparadora de este medio se encuentra circunscrita a las medidas simbólicas, se revela inocuo su efecto cuando se evidencia el grueso número de perjuicios que puede presentar la víctima menor de edad de un delito sexual, desconociéndose la prevalencia constitucional de los derechos e intereses que le asisten

La reparación de los daños ya no es solamente de carácter material y moral, sino que ahora se puede extender a una reparación simbólica como se colige del inciso 2º Art. 325 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el Art. 3º de la Ley 1312 de 2009) y como lo admite la Corte Constitucional con pedimento de disculpas o perdón como se contempla en el Art. 523 del CPP, y “cualesquiera otras expresiones que contengan la verdad y la justicia, así como las actuaciones que de modo razonable reclame la víctima del sujeto

penalmente responsable, en cuanto forma de cubrir el perjuicio moral y material que ha sufrido”. (Fiscalía General de la Nación, 2017, p.6)

Así las cosas, se encuentra que si bien el incidente de reparación contiene unos fines loables en virtud de los desarrollos legales y jurisprudenciales en la materia, este se encuentra afecto a unas críticas estructurales que deslegitiman su propósito, y a la postre generan consideraciones contradictorias que le restan eficacia, toda vez que aunque la realización de los fines por los cuales se instaura el mecanismo resarcitorio reviste un carácter provechoso, este a su vez misma forja un impacto indeseado en la víctima en virtud de los componentes sustantivos, procesales y fácticos en lo que se soporta.

Conclusiones

Si bien el incidente de reparación integral contemplado en el sistema penal pretende unos fines loables en el marco del derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, en lo que concierne a los delitos contra la integridad, libertad y formación sexual, este mecanismo termina convirtiéndose en una figura que acarrea asimismo limitaciones que coartan el resarcimiento del daño causado a la víctima.

En los casos donde haya ocurrido un delito sexual y por razones procesales o factuales no se cuente con condena del implicado se limita la reparación al menor afectado y como alternativa queda apelar a la prevalencia de los intereses de los niños, niñas y adolescentes que consagra la constitución política con el fin de lograr una atención y ruta adecuada por cuenta de la vulneración a su integridad a través de una vía constitucional.

Se requiere un mayor desarrollo de política criminal y de coordinación de entidades del Estado para procurar la satisfacción de los intereses del menor que es víctima de los punibles sexuales contemplados en la norma, apelando más por los derechos de las víctimas y los

mecanismos de reparación y dejando de lado el discurso del populismo punitivo, el cual ciega a la comunidad social sobre el daño al menor y centra su atención exclusivamente en el infractor.

Los derechos y garantías del menor afectado por una conducta sexual aún requieren ser mandatos que prioricen la labor de los funcionarios judiciales en aras de dar cumplimiento efectivo a sus deberes constitucionales y legales, de tal suerte que se propenda por el respeto de la dignidad humana, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, el aseguramiento de la reparación del menor víctima, la prevalencia del derecho sustancial y el acceso a la justicia.

Tratándose de menores de catorce años víctimas de delitos sexuales el incidente de reparación requiere ser interpretado bajo un criterio diferencial, que permita comprender al menor de catorce años no sólo como una víctima de un punible atentatorio de su sexualidad, sino además como un sujeto que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad en el marco de su desarrollo físico, sensorial y cognitivo. La reparación no debe ser ajena a este criterio diferencial.

Referencias

- Amado, M., Peña, G. & Viveros, Y. (2014). *¿Los fines de la pena, propios de un Estado Social y Democrático de Derecho, se materializan en el proceso penal en Colombia?* (Tesis de Maestría). Corporación Universidad Libre, Bogotá. Recuperado de: <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7529/AmadoDuenasMarioAntonio2014.pdf?sequence=1>
- Baita, S., & Moreno, P. & UNICEF (2015). *Abuso sexual infantil, cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia*. Centro de estudios judiciales del Uruguay. UNICEF, Uruguay. Recuperado de: https://www.unicef.org/uruguay/spanish/Abuso_sexual_infantil_digital.pdf
- Bobbio, N. (2002). Justicia, Validez y Eficacia. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- Bovino, A. & Birgin, H. (2000). *Delitos sexuales y justicia penal*.

- Bottoms, A. E. (1995). The philosophy and politics of punishment and sentencing. En C. Clarkson, & R. Morgan (Edits.), *The Politics of Sentencing Reform* (pp. 17-49). Oxford: Clarendon Press.
- Carnevali R. (2005). Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 1 (XXVI), 27-39.
- Cepeda, E. & Ramírez, C. (2016). Reparación integral de niños víctimas de los delitos sexuales en Colombia. Restricciones y posibilidades a la luz de la jurisprudencia. *Revista chilena de derecho*, 43(3), 1057-1080. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000300012>
- Cortés, E. (2007). Hacia una fundamentación filosófica de la educación en Derechos Humanos. *Magistro*, 1(2), 343-354.
- Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa. (2005). Evaluación de gestión Sistema Penal Acusatorio: primer año de implementación.
- Díaz, L. (2009). La reparación: un rostro diferente en el derecho penal juvenil. Referencia al caso colombiano. *Nuevo foro penal*, (72), 82-108.
- Echeburúa, E., & Corral, P. de. (2006). Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia. *Cuadernos de Medicina Forense*, (43-44), 75-82
- Fiscalía General de la Nación. (2017). *Unidad Temática IV: Trámite y actuación del Incidente de Reparación Integral (IRI)*.
- Fueyo, J. (1951). Legitimidad, validez y eficacia. La significación jurídica y política del sistema de producción de normas. *Revista de Administración Pública*, 2(6), 35-88.
- Galain, P. (2005). ¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, (3), 8.
- Gil, O. (2013). El incidente de reparación integral: una burla a las víctimas del delito. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/penal/el-incidente-de-reparacion-integral-una-burla-las-victimas-del-delito>
- Kappler, K. (s.f.). La otra cara de la sexualidad: Violencia sexual y sus huellas en la vida cotidiana de sus víctimas. Fundación Barcelona Media Universidad Pompeu Fabra (Presidencia). *FES - X Congreso Español de Sociología: Grupo de Trabajo de Sociología de la Sexualidad*. Extraído de: www.fes-sociologia.com/files/congress/10/grupos-trabajo/ponencias/374.pdf

- Márquez, A. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, X (20), 201-212.
- Martínez, A. (s.f.). Unidad III: la función de la sociología jurídica y la eficacia del derecho. Recuperado de: <http://www.arnaldomartinez.net/sociologia/unidad03.pdf>
- Marco, M. (2015). Los agresores sexuales de menores: aspectos criminológicos y tratamiento jurídico penal. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10578/7171>
- ONU – Comité de los Derechos del Niño. (2009). *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*. Naciones Unidas.
- Oriol, P. & Fiscalía General de la Nación. (2007). *Estructura del proceso penal acusatorio*. Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses.
- Queralt, J. (1996). Derecho penal. Parte especial. *Barcelona. Bosch*.
- Roxin, C. (1999). Pena y reparación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 52(1), 5-16.
- Senado de la República. (2018). Avanza proyecto de ley que aplicará a abusadores y violadores de menores la castración química. Recuperado de: <http://www.senado.gov.co/noticiero-del-senado/item/27949-avanza-proyecto-de-ley-que-aplicara-a-abusadores-y-violadores-de-menores-la-castracion-quimica>

Jurisprudencia consultada

Corte Constitucional

Sala Plena. (11/07/2007). Sentencia C-516-07. [M.P. Jaime Córdoba Triviño]

... (06/04/2011). Sentencia C-250/11. [M.P. Mauricio González Cuervo]

Sala 7° de Revisión de Tutelas. (23/03/2017). Sentencia T-398/17. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger]

Sala 9° de Revisión de Tutelas. (10/07/2003). Sentencia T-554/03. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]

... (07/12/2010). Sentencia T-1015/10. [M.P. Luís Ernesto Vargas Silva]

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal. (03/05/2017). Sentencia SP6029-2017. [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero]

Normativa referida

(23/07/2008) Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual. [Ley 1236 de 2008]. DO. 47.059

(08/11/2006). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. DO. 46.446

(31/08/2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. DO. 45.658.

(24/07/2000). Por la cual se expide el Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO. 44.097.