

## Ficha de relatoría

|                                  |  |
|----------------------------------|--|
| 1. Nombre:                       | Sentencia Segunda Instancia  |
| 2. Juez o Tribunal:              | Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal  |
| 3. Numero del Proceso:           | 34547  |
| 4. Fecha:                        | 27 de abril de 2011  |
| 5. Identificación de las partes: | Fiscal 11 de Justicia y Paz,<br>Sala de conocimiento de Justicia y Paz, Tribunal Superior de Bogotá        |
| 6. Magistrada Ponente:           | Postulados: Edwar Cobos Tellez y Uber Enrique Banquez Martínez<br>Dra. María del Rosario González de Lemus |

### LA JUDICATURA NO PUEDE DAR ÓRDENES A LAS ENTIDADES DEL ESTADO, SINO EXHORTARLAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO EN LA SENTENCIA EN MATERIA DE REPARACIÓN COLECTIVA-ALCANCE

“ Para la Sala la respuesta es negativa, porque tal proceder resquebraja el postulado de separación de poderes consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política<sup>1</sup>, fundante y estructural del Estado Democrático de Derecho al que adscribe la misma Carta Fundamental en su artículo primero<sup>2</sup>, por lo que no puede el juez, bajo ninguna circunstancia, arrogarse funciones que constitucionalmente no le son deferidas<sup>3</sup>.

En consecuencia, el procedimiento correcto para conciliar el principio democrático de separación de poderes adoptado en la Constitución Política, los derechos de las víctimas y las facultades de las autoridades judiciales dentro del régimen transicional de justicia y paz, cuando tales medidas de reparación involucran a entidades del Estado de cualquier nivel, esto es, nacional, departamental o municipal, es exhortarlas para su cumplimiento, con lo cual, además, se satisfacen los estándares internacionales en punto del contenido de tales medidas<sup>4</sup>, principalmente desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus últimos fallos.

A propósito de las órdenes dictadas por este Tribunal internacional, cuya competencia aceptó el Estado colombiano por haber suscrito y posteriormente ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos a través de la Ley 16 de 1972, recuérdese que su jurisdicción abarca los Estados partes y, por ende, es natural que los fallos de responsabilidad contengan este tipo de órdenes, situación que, por manera alguna, resulta asimilable a la de los Tribunales y jueces

<sup>1</sup> ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

<sup>2</sup> ARTICULO 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

<sup>3</sup> Sobre el principio de separación de poderes pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-141 de 2010, C-588 de 2009 y C-1040 de 2005.

<sup>4</sup> El derecho a la reparación y sus diferentes componentes están reconocidos en instrumentos internacionales tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 10 y 63); la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 14); la declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 19); la Convención del La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (art. 13); y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I, art. 91).

internos, quienes no pueden invadir órbitas funcionales que constitucionalmente no le son propias.

Sobre la responsabilidad de los Estados partes que se genera por suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos, son claras las siguientes disposiciones contenidas en su texto:

“Artículo 62. (...)

*3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial (...).*

Artículo 68. 1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado...”  
(subrayas fuera de texto).

De lo anterior se infiere que las sentencias dictadas en virtud de la competencia contenciosa<sup>5</sup> de la Corte surten efectos vinculantes para los Estados partes en litigio en cuanto han reconocido o reconozcan dicha jurisdicción, por declaración o convención especial.

Además, como acertadamente lo afirma la representante del Ministerio Público, tampoco es viable equiparar la competencia del juez penal interno con la del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, porque según la Convención la responsabilidad de los Estados es de carácter principal, mientras en el ámbito interno de justicia transicional es subsidiaria frente a las víctimas, como lo enfatizó la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006

Considera la Sala que el Tribunal en este asunto desbordó su competencia al emitir órdenes a dichas entidades, pues su función reparadora en el contexto transicional se agota conminando o exhortando a estas autoridades para el cumplimiento de las medidas, máxime cuando con ellas se comprometen recursos del presupuesto nacional, municipal o departamental, para cuya disposición tampoco goza de facultad constitucional.

### DERECHO A LA REPARACION INTEGRAL-DIMENSION INDIVIDUAL Y COLECTIVA

“ El derecho a la reparación integral, al lado de los derechos a la verdad y justicia, constituyen hoy en día axiomas de carácter fundamental a favor de todas las víctimas de los delitos. Sobre el primero de ellos ha expresado la Corte Constitucional que, conforme al derecho internacional, presenta una dimensión individual y otra colectiva, abarcando desde la primera de esas

<sup>5</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos también cumple una función consultiva no litigiosa, de conformidad con el artículo 62.1 de la Convención para interpretar la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos a través de opiniones consultivas (OC).

perspectivas **todos los daños y perjuicios** sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición, mientras en su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas<sup>6</sup>.

En ese sentido, en el referido fallo se puntualiza:

*“La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación”.*

Esa doble dimensión ostentada por la reparación integral fue precisamente consagrada en la Ley 975 de 2005, en sus artículos 8º, 44, 45, 46, 47, 48 y 49. Para sólo referir a la primera de ellas, obsérvese cómo en la misma se contempla que la indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito, siendo de entender, desde luego, dentro del concepto de integralidad al cual pertenece esa modalidad de reparación, que el resarcimiento debe comprender todos los daños ocasionados con la ilicitud.”

#### DAÑO COLECTIVO Y DAÑO PLURAL-DIFERENCIAS

“Además del daño individual, se encuentra el *daño colectivo* y el daño plural. Aquél, mencionado en el artículo 15 de la Ley 975 de 2005, es padecido por una comunidad, con ocasión del quebranto de un derecho, interés o bien jurídico de carácter comunitario, de modo que las reclamaciones indemnizatorias tienen lugar únicamente en cuanto las personas pertenezcan al conglomerado que soportó el daño. V.g. las graves afectaciones al medio ambiente o el “estado de zozobra o terror a la población” derivado de actos terroristas.

Debe recordarse que si bien el artículo 4º de la Ley 472 de 1998 ofrece un listado de derechos e intereses colectivos, tal relación no es taxativa, pues al señalar inicialmente que se trata “entre otros” de los que a continuación se indican, y al puntualizar finalmente que también tienen tal condición los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia, sin dificultad se concluye que existen otros no mencionados en tal precepto, como ocurre, por ejemplo, con la seguridad pública, como bien jurídico de naturaleza comunitaria, en tratándose del delito de terrorismo.

Por su parte, el daño plural se refiere a la producción de múltiples daños particulares que afectan a varios titulares de derechos involucrados, corresponde a la sumatoria de daños individuales, como cuando la explosión de un artefacto ocasiona de manera sincrónica lesiones personales a diferentes personas, la muerte de otras, y daños a vehículos y edificaciones, caso en el cual las pretensiones indemnizatorias pueden ensayarse individualmente y también las reparaciones tendrán dicho carácter particular. “

#### DERECHO A LA REPARACION-MODALIDADES

El derecho a la reparación comporta las labores de:

- (i) Restitución: *devolver a la víctima a su statu quo ante.*
- (ii) Indemnización: *sufragar el valor material de los perjuicios morales, materiales y de la vida de relación irrogados.*

<sup>6</sup> Cfr. Sentencia C-454 de 2006.

(iii) Rehabilitación: *recuperar a las víctimas de las secuelas físicas y psicológicas derivadas de los delitos cometidos.*

(iv) Satisfacción: *compensación moral orientada a restaurar la dignidad de la víctima y divulgar lo acontecido.*

(v) Garantía de irrepitibilidad: *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.*

(vi) 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.*

(vii) Reparación colectiva: *recuperación psicológica y social de las comunidades victimizadas.*

#### DAÑO INDIVIDUAL-CONCEPTO/ DAÑO INDIVIDUAL-VERTIENTES

“El *daño individual* corresponde al soportado por una persona natural o jurídica, el cual, para ser objeto de indemnización, precisa ser antijurídico y cierto.

Dicho daño puede ser material (patrimonial), cuya acreditación debe fundarse en las pruebas obrantes en la actuación, o inmaterial (extrapatrimonial<sup>7</sup>). “

#### DAÑO MATERIAL-CONCEPTO/ DAÑO MATERIAL-LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE

Por *daño material* se entiende el menoscabo, mengua o avería padecido por la persona en su patrimonio material o económico como consecuencia de un daño antijurídico, esto es, el que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Obviamente, el daño debe ser real, concreto y no simplemente eventual o hipotético<sup>8</sup>; se clasifica en daño emergente y lucro cesante. En tal sentido, el artículo 1613 del Código Civil dispone:

*“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.*

El *daño emergente* representa el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio del lesionado, ponderando para ello el valor de bienes perdidos o su deterioro que afecta el precio, las expensas asumidas para superar las consecuencias

<sup>7</sup> Cfr. Providencia del 4 de febrero de 2009. Rad. 28085.

<sup>8</sup> En este sentido, las sentencias fundamentales sobre la nueva concepción de la víctima (C-228 de 2002 y C-516 de 2007), coinciden en señalar la necesidad de acreditar **un daño concreto** por parte de quien pretende ser reconocido como tal, aún si sólo persigue la verdad y justicia, con mayor razón, cuando lo perseguido es la indemnización de perjuicios. Con base en esas providencias, esta Corporación ha señalado que para acceder al reconocimiento como víctima dentro del proceso penal actual no basta pregonar un daño genérico o potencial; además, es preciso señalar el daño real y concreto causado con el delito, así se persigan exclusivamente los objetivos de justicia y verdad y se prescinda de la reparación pecuniaria. Así se expuso en decisiones del 24 de noviembre de 2010, Rad. 34993; 11 de noviembre de 2009, Rad. 32564; 6 de marzo de 2008, Rad. 28788 y Rad. 26703; 1 de noviembre de 2007, Rad. 26077; 10 de agosto de 2006, Rad. 22289.

del suceso lesivo, etc., cuya acreditación debe obrar en el diligenciamiento.

El *lucro cesante* corresponde a la utilidad, la ganancia o el beneficio que el perjudicado ha dejado de obtener, esto es, el incremento patrimonial que con bastante probabilidad habría percibido de no haberse presentado la conducta dañosa, por ejemplo, los ingresos laborales no percibidos por una lesión en su integridad personal, o la explotación de un bien productivo como consecuencia de una situación de desplazamiento forzado.

Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser actuales o futuros, según hayan tenido lugar hasta el momento en el cual se profiere el fallo o con posterioridad, sin que con ello se tornen inciertos, pues se trata de cuantificar en términos de probabilidad las consecuencias futuras, siempre que sean ciertas, para ello se puede acudir a los cálculos actuariales.”

#### DAÑO MORAL-CONCEPTO/ DAÑO MORAL-MODALIDADES

“Corresponde a los *daños inmateriales*, aquellos que producen en el ser humano afectación de su ámbito interior, emocional, espiritual o afectivo y que, en algunas ocasiones, tienen repercusión en su forma de relacionarse con la sociedad. Conforme a las últimas posturas jurisprudenciales, dichos perjuicios entrañan dos vertientes: daño moral y daño a la vida de relación.”

A su turno, el daño moral tiene dos modalidades: el *daño moral subjetivado* consistente en el dolor, la tristeza, la desazón, la angustia o el temor padecidos por la víctima en su esfera interior como consecuencia de la lesión, supresión o mengua de su bien o derecho. Se trata, entonces, del sufrimiento experimentado por la víctima, el cual afecta su sensibilidad espiritual y se refleja en la dignidad del ser humano; y el *daño moral objetivado*, manifestado en las repercusiones económicas que tales sentimientos pueden generarle, menoscabo cuya cuantía debe ser demostrada por quien lo alega.

El *daño a la vida de relación* (también denominado alteración de las condiciones de existencia<sup>9</sup>) alude a una modificación sustancial en las relaciones sociales y desenvolvimiento de la víctima en comunidad, comprometiendo su desarrollo personal, profesional o familiar, como ocurre con quien sufre una lesión invalidante a consecuencia de la cual debe privarse de ciertas actividades lúdicas o deportivas.

También puede acontecer por un dolor aflictivo tan intenso que varíe notoriamente el comportamiento social de quien lo sufre; desde luego, este daño puede hacerse extensivo a familiares y personas cercanas, como cuando éstas deben asumir cuidados respecto de un padre discapacitado, de quien además ya no reciben la protección, cuidados y comodidades que antes del daño les procuraba. En suma, se trata de un quebranto de la vida en su ámbito exterior, mientras que el daño moral es de carácter interior.

Hoy en día, como ya se dijo, siguiendo la tendencia observada en Europa, la jurisprudencia de nuestro país tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil y Penal ha admitido el *daño a la vida de relación*, como un perjuicio extrapatrimonial distinto del moral, inicialmente denominado perjuicio fisiológico, pero luego, con fundamento en la doctrina italiana expuesta sobre el tema, adquirió la nominación citada para hacer referencia a la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no

producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia.

Sobre el mencionado tema tiene dicho el Consejo de Estado en su Sección Tercera:

*“Aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4º del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que – al margen del perjuicio material que en sí misma implica – produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas...”<sup>10</sup>.*

A su turno, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre el referido daño:

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

*Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar”<sup>11</sup> (subrayas fuera de texto).*

#### EQUIDAD-CRITERIO AUXILIAR DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL/ EQUIDAD-SUPUESTO EN QUE PROCEDE/EQUIDAD-FIN QUE BUSCA LOGRAR/EQUIDAD-SUPUESTO EN QUE PROCEDE SU APLICACIÓN PARA LA CUANTIFICACION DE LAS REPARACIONES

<sup>9</sup> Así en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de diciembre de 2001, caso *Cantoral Benavides*, y en sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 15 de agosto y 18 de octubre de 2007.

<sup>10</sup> Sentencia del 25 de enero de 2001. Rad. 11413.

<sup>11</sup> Sentencia del 13 de mayo de 2008. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01. En el mismo sentido, sentencia del 20 de enero de 2009. Exp. 17001310300519930021501.

“Sobre la temática abordada ha puntualizado la Corte Constitucional<sup>12</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” (subrayas fuera de texto).

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

(...)

“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 de la Constitución Política 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. “

(...)

“Como viene de verse, es claro que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Sala Civil de esta Colegiatura y el Consejo de Estado acuden a la decisión en equidad en aquellos casos en los cuales hay dificultad probatoria, esto es, cuando para la acreditación de ciertos temas, como ocurre con el lucro cesante, no se cuenta con suficientes y aptos elementos de convicción. “

(...)

“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 concurren en su aplicación al caso específico.”

(...)

“Ahora bien, se viene entendiendo tanto por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como del Consejo de Estado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que la decisión en equidad en punto de la cuantificación de las reparaciones corresponde a aquellos casos en los cuales, pese a encontrarse acreditado el daño, no

hay suficiente demostración de su monto, y por ello, tal tasación corresponde efectuarla discrecionalmente al fallador. “

#### **FRENTE A AL IMPOSIBILIDAD DE ACREDITACION PROBATORIA NO ES VIABLE POR PARTE DEL JUZGADOR APLICAR CRITERIOS DE EQUIDAD**

“ Efectuadas las anteriores precisiones, considera la Sala que 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 de la Carta Política, materializar el derecho fundamental a la igualdad de las víctimas, dada su evidente condición de desventaja en casos como el de la especie en que la criminalidad armada y organizada los sometió en su núcleo familiar a cruentas afrontas a sus derechos.

Advierte esta Corporación que en el propósito de hacer efectivo el derecho a la igualdad de las víctimas de violaciones graves y masivas de los derechos humanos, 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. “

#### **HECHO NOTORIO-DEFINICION/ HECHO NOTORIO-ALCANCE**

“ El hecho notorio<sup>13</sup> es aquél que por ser cierto, público, ampliamente conocido y sabido por el juez y el común de los ciudadanos en un tiempo y espacio local, regional o nacional determinado, no requiere para su acreditación de prueba por voluntad del legislador (*notoria non egent probatione*), en cuanto se trata de una realidad objetiva que los funcionarios judiciales deben reconocer, admitir y ponderar en conjunto con las pruebas obrantes en la actuación, salvo que su estructuración no se satisfaga a plenitud.

Es evidente que no se trata de un rumor público, esto es, de un hecho social vago, impreciso e indefinido, comentado de boca en boca sin tener certeza acerca de su fuente primigenia, defectos que lo tornan contrario a la certeza y que por tanto, se impone descartarlo probatoriamente.

Tampoco corresponde al hecho que se ubica dentro del ámbito de conocimiento privado del juez, pues éste no es conocido por la generalidad de la ciudadanía, de modo que carece de notoriedad y por ello, no cuenta con el especial tratamiento legislativo de tenersele como demostrado sin necesidad de un medio probatorio que lo acredite.

Es claro que el hecho notorio como *factum* existe, pero no requiere prueba. Pese a ello, tiene innegable carácter demostrativo, en la medida en que acredita una situación concreta conocida de manera general y pública por la ciudadanía y el juez, siempre que guarde pertinencia de especial carácter en el sentido de la decisión que se adopta. “

#### **LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD-DEFINICION/ LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD-EL MENOSCABO DEBE SER REAL Y SERIO**

“La pérdida de oportunidad o “*de chance*”, como la denomina también la doctrina, se refiere al menoscabo sufrido cuando se frustra una posibilidad que existe como tal. En estos casos, para determinar su ocurrencia, corresponde examinar si la hipótesis objetivamente se habría presentado, de no mediar el hecho lesivo, teniendo en cuenta que su pérdida constituye, precisamente, el daño.

<sup>12</sup> Sentencia C-536 del 23 de noviembre de 1995.

<sup>13</sup> Cfr. Sentencia del 12 de mayo de 2010. Rad. 29799.

En ese orden, el menoscabo debe ser real y serio, de lo contrario no es indemnizable, al no existir un daño cierto, sino la sola eventualidad. “

#### **REPARACION A FAVOR DE LAS VICTIMAS-NO SE SATISFACE UNICAMENTE CON LAS ACCIONES DE NATURALEZA ECONOMICA**

“ Igual concepción se plasma en el inciso primero del artículo 16 del Decreto 3391 de 2006, en donde se enfatiza en esa política de reparación:

*“Las víctimas de los delitos cometidos por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley a quienes se aplique la Ley 975 de 2005, tienen derecho a la reparación del daño sufrido. La reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición, y podrá tener carácter individual, colectiva o simbólica, según lo establecido en la Ley 975 de 2005. En consecuencia, el carácter integral de la reparación no se establecerá en función exclusiva de las acciones de naturaleza económica”* (subrayas fuera de texto). “

#### **REPARACION TRANSFORMADORA-NOCION/ REPARACION TRANSFORMADORA-ALCANCE**

“ Para comprender la noción de reparación transformadora conviene traer a colación lo expuesto por Beristain:

*“...la reparación colectiva no tiene por qué relacionarse siempre de forma específica con el daño ocasionado con la violación y la reconstrucción de la situación previa, ya que si esta era de marginación social, no se trata de volver a las condiciones iniciales. En este sentido, se relaciona más bien con los medios que pueden permitir la recuperación del tejido social y comunitario, y propiciar condiciones para llevar adelante un proyecto de vida digno...”<sup>14</sup>.*

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, sobre el mismo tema, apunta lo siguiente:

*“Así como el Estado tiene la obligación de garantizar la reparación integral de las víctimas a través del establecimiento de mecanismos de reparación tanto material como simbólica, en contextos como el colombiano, el Estado debe procurar que dichas medidas no tengan únicamente un alcance restitutorio, sino que también tengan un potencial transformador de las desigualdades sociales, con miras a garantizar la no repetición de las atrocidades”<sup>15</sup>.*

(...)

“Los objetivos de esa perspectiva reparadora están condensados en el primer documento relacionado:

*“La vocación transformadora de las estrategias de reparación tiene entonces el propósito de modificar las relaciones de subordinación, marginación y exclusión social que se encuentran al origen del conflicto que busca*

<sup>14</sup> BERISTAIN, Carlos Martín. “Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Tomo II. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, C.R.: IIDH, 2008, pg. 527.

<sup>15</sup> UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. Plan Nacional de Desarrollo y reparaciones. Propuesta de un programa nacional masivo de reparaciones administrativas para las víctimas de crímenes atroces en el marco del conflicto armado. Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. Corporación Dejusticia, Bogotá, 2007.

*ser superado y que impiden la construcción de un orden social verdaderamente democrático e incluyente. Como tal, las políticas de reparación deben incluir distintas dimensiones transformativas, en el entendido de que las relaciones de poder que buscan ser superadas son múltiples y heterogéneas. Así, como se mencionó anteriormente, es fundamental que las reparaciones tengan una dimensión transformadora de las relaciones sociales, económicas y políticas que han permitido la exclusión o marginación de la generalidad de las víctimas del acceso a sus derechos y a una ciudadanía plena. Sin embargo, igualmente es importante que las reparaciones tengan una dimensión transformadora de las relaciones de poder que han subordinado o excluido a ciertos tipos de víctimas, tales como las mujeres, los grupos étnicos o los sindicatos, de forma tal que las mismas conduzcan a una reformulación de las situaciones de dominación patriarcal y racial que han alimentado la exclusión y la violencia en Colombia”<sup>16</sup>.*

(...)

*“A diferencia de lo que sucede con las reparaciones de contenido meramente restitutivo, si las políticas de reparación tienen también una dimensión transformadora, puede resultar difícil distinguirlas de las políticas sociales. En efecto, como se mencionó anteriormente, las reparaciones con vocación transformadora buscan no solamente restituir a las víctimas a la situación en la que se encontraban antes de que sus derechos fueran violados, sino mejorar dicha situación con la finalidad específica de transformarla en aquellos aspectos que generan su marginación, exclusión o dominación y que por ende pueden obstaculizar la construcción de un orden social pacífico, democrático e incluyente, que sea sostenible en el largo plazo. Como tal, la vocación transformadora de las reparaciones apunta necesariamente a una serie de cuestiones que usualmente son abordadas por las políticas sociales del Estado, tales como la garantía de la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos, de una ciudadanía incluyente, de una democracia pluralista, de la equidad de género, de la no discriminación por motivos raciales o étnicos, etc.*

*Ahora bien, a pesar de que las políticas de reparación en su dimensión transformadora y las políticas estatales de contenido social pueden coincidir en sus orientaciones y campos de trabajo, la distinción entre ambas existe y es muy importante mantenerla...”<sup>17</sup>* (subrayas fuera de texto).

#### **REPARACION SIMBOLICA-NOCION**

“De acuerdo con el artículo 8° de la Ley 975 de 2005, la reparación simbólica consiste en toda prestación efectuada a favor de las víctimas o de la comunidad en general con el propósito de asegurar la conservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos padecidos, su aceptación pública, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas. “

#### **LA DECLARATORIA DE LA EXTINCION DE DOMINIO DEBE HACER PARTE DE LA SENTENCIA-ALCANCE**

*“Contenido de la sentencia. De acuerdo con los criterios establecidos en la ley, en la sentencia condenatoria se fijarán la pena principal y las accesorias. Adicionalmente se incluirán la pena alternativa prevista en la presente ley, los compromisos de comportamiento por el término que disponga el Tribunal, las obligaciones de reparación moral*

<sup>16</sup> Documento en cita, pg. 9.

<sup>17</sup> Documento en cita, pg. 9.

y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación" (subrayas fuera de texto).

El mismo imperativo aparece en el inciso cuarto del artículo 8° del Decreto reglamentario 4760 de 2005, según el cual:

*"En la sentencia condenatoria la Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial fijará la pena principal y las accesorias que correspondan por los delitos cometidos de acuerdo con las reglas del Código Penal, y adicionalmente incluirá la pena alternativa, los compromisos de comportamiento y su duración, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación. La pena alternativa no podrá ser objeto de subrogación penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias"* (subrayas fuera de texto).

#### **DENTRO DEL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL NO EXISTE PLAZO ALGUNO PARA SOLICITAR EL PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS VICTIMAS**

"Pues bien, en el régimen transicional de justicia y paz el pago de las indemnizaciones económicas a las víctimas, una vez proferido y ejecutoriado el fallo, no depende de los postulados, pues los bienes ofrecidos para tal efecto ingresan a la cuenta del Fondo de Reparación a las Víctimas, como lo indica el inciso segundo del artículo 44 de la Ley 975 de 2005.

Significa lo anterior, entonces, que la filosofía de este sistema difiere del regido por la justicia ordinaria al punto que por expresa prohibición contenida en el parágrafo del artículo 29 *ibídem*, no son procedentes los "subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa", ante lo cual carece de fundamento legal la imposición de un plazo para el pago.

Surge sí, con el fallo debidamente ejecutoriado, la obligación pura y simple para dicha entidad de entregar, en el menor tiempo posible, las indemnizaciones decretadas a las víctimas. En esa medida, se revocará parcialmente el numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia impugnada en cuanto otorgó un término de seis (6) meses al Fondo de Reparación a las Víctimas para el pago de las indemnizaciones. "

#### **LA ACCION DE EXTINCION DE DOMINIO-NATURALEZA JURIDICA/ LA ACCION DE EXTINCION DE DOMINIO-ALCANCE/ LA ACCION DE EXTINCION DE DOMINIO-PROCEDE SOBRE CUALQUIER DERECHO REAL PRINCIPAL O ACCESORIO**

"La naturaleza jurídica de la acción de extinción de dominio permite implementarla respecto de bienes de personas procesadas, y aún respecto de quienes no se encuentran vinculados a un diligenciamiento penal, desde luego, recabando que esta competencia radica en la Unidad Nacional creada en la Fiscalía con tales propósitos.

En efecto, el artículo 4° de la Ley 793 de 2002 que regula la referida acción establece:

*"La acción de extinción de dominio de que trata la presente ley es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. Esta acción es distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, o de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe exentos de culpa.*

*"Procederá la extinción del derecho de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando dichos bienes correspondan a cualquiera de los eventos previsto en el artículo 2°"* (subrayas fuera de texto).

#### **RESTITUCION DE BIENES INMUEBLES-SON COMPETENTES PARA HACERLO TANTO LA FISCALIA COMO LA SALA DE CONOCIMIENTO DE JUSTICIA Y PAZ**

"El Magistrado de Control de Garantías goza de la facultad para ordenar la restitución, si ella también asiste a la Fiscalía, como así se le reconoce en el artículo 22 de la Ley 906 de 2004, citado por el impugnante, cuyo texto es el siguiente:

*"Artículo 22. Restablecimiento del derecho. Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal."*

En virtud de esta normativa queda claro que en el marco del sistema acusatorio, cuando ello sea procedente, la Fiscalía está plenamente autorizada para adoptar las medidas tendientes a que las cosas vuelvan al estado anterior al delito, lo que traducido al contexto de justicia transicional, aplicable por la figura de complementariedad prevista en el artículo 62 de la Ley 975, implicaría que cuenta con la facultad de ordenar medidas de restitución en favor de las víctimas, dentro de las cuales se pueden considerar, obviamente, los actos de devolución de predios usurpados por los miembros de los grupos armados al margen de la ley.

No obstante, restaría por determinar, y ello en atención al antecedente jurisprudencial traído a colación, cuándo puede la Fiscalía proceder *motu proprio* en tal sentido y cuándo los intervinientes facultados deben solicitar al Magistrado de control de garantías la restitución.

Respecto de la primera autoridad si, y sólo si, cuando la restitución es indiscutible y no comporta eventual vulneración de terceros de buena fe. Frente al segundo en el supuesto contrario, esto es, cuando el acto restitutivo no tiene la misma claridad o involucra los derechos que puedan tener terceros de buena fe sobre los bienes, en cuyo caso, como lo precisó la Sala, se deberá dar paso al trámite incidental "en el que se respeten o se sopesen los derechos de terceros de buena fe, se acredite que el desmovilizado confesó en su versión libre el desplazamiento y se acredite la apropiación espuria por medio de títulos fraudulentos de los bienes de los desplazados".

#### **CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN Y LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS MEDIANTE LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD-HACE PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD/ CONJUNTO DE PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN Y LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS MEDIANTE LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD-ALCANCE**

Es oportuno 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 bloque de constitucionalidad, dado que tanto la Corte como la Comisión Interamericana lo han considerado incorporado a la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> 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.

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.

Lo anterior, para precisar que en la jurisprudencia colombiana se dio cabida a tales derechos no reconocidos específicamente en la normativa internacional, pero que se derivan de algunos de sus preceptos, en los cuales se alude a la existencia de un recurso efectivo, la garantía de acceso a la administración de justicia, la obligación de investigar violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario y el deber de cooperar en la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos<sup>19</sup>.”

#### **LAS VÍCTIMAS TIENEN DERECHO DE PARTICIPAR EN EL PROCESO PENAL PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VERDAD, A LA JUSTICIA Y A LA REPARACION-REITERACION DE JURISPRUDENCIA**

“...con la conocida sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, por cuyo medio fue declarado exequible “el inciso primero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia”, providencia sustentada a su vez en el fallo del 14 de marzo de 2001 proferido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos (*Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*), en el cual se declaró que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención Americana y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso, se consolidó en la órbita de la jurisprudencia constitucional colombiana tal replanteamiento de los derechos de las víctimas, circunstancia que a la postre impuso también ajustar la legislación procesal, a lo que se procedió en el artículo 137 del estatuto adjetivo penal de 2004 y ulteriormente en el artículo 4º de la Ley de Justicia y Paz en el 2005.

Inclusive, en el Acto Legislativo 03 de 2002, mediante el cual se modificaron, entre otros, el artículo 250 de la Carta Política, se estableció la protección de las víctimas por parte del juez de garantías, así como la obligación de asistirles y establecer la intervención de aquellas dentro del proceso penal, amén de los mecanismos de justicia restaurativa.

A partir del referido fallo de constitucionalidad quedó claro que el interés de la víctima ya no se encuentra circunscrito únicamente a conseguir la indemnización de perjuicios, pues también comprende el interés en lograr **la justicia y la verdad**. Lo primero, orientado a que la conducta delictiva no quede en la impunidad, se le imponga al responsable la condigna sanción y se ejecute en su forma y términos de cumplimiento. Y lo segundo, para que se determine de manera precisa y exacta la forma como tuvieron ocurrencia los hechos.

Por ello, la intervención de la víctima dentro del proceso penal puede estar determinada por los tres intereses señalados, esto es, por la **verdad, la justicia y la reparación**, o bien por uno cualquiera de ellos, sin que la pretensión ajena al ámbito exclusivamente patrimonial torne ilegítima su condición de sujeto procesal o imposibilite su intervención en el trámite, siempre que tenga los dos o uno u otro de los restantes

<sup>19</sup> Literal (a) del numeral 3º del artículo 2º, párrafo 3º del mismo precepto, párrafo 5º del artículo 9º y párrafo 6º del artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que tratan del recurso efectivo, reclamación e indemnización apropiada. Artículos 1º, 2º, 8º y 25 de la Comisión Americana de Derechos Humanos.

intereses que justifiquen su presencia dentro de la actuación penal.

Al reconocer como derechos de las víctimas no sólo la reparación económica, sino también la verdad y la justicia se hacen efectivas normas constitucionales que se refieren al aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, pues es claro que sin verdad y con impunidad no se consigue ninguno de dichos propósitos. “

#### **INDEMNIZACION-PARA SU PROCEDENCIA SE REQUIERE LA CERTEZA DEL DAÑO/ INDEMNIZACION-NO ES REPARABLE EL PERJUICIO EVENTUAL O HIPOTETICO**

Sobre el particular esta Sala ha señalado:

“Y, es que no se puede atribuir al Tribunal el falso raciocinio por desestimar los anteriores factores económicos señalados por el perito como perjuicios a cargo de los procesados, por cuanto, si bien es cierto, como lo dice el actor, el daño futuro puede ser resarcible, **también es verdad, que sólo lo es, en la medida que el daño objeto de reparación sea cierto y esté acreditado en el proceso**, así lo ha expresado la Sala de Casación Civil de la Corte, en pronunciamiento que por oportuno al caso se precisa recordar: ‘Al respecto la Corte reitera que el daño objeto de reparación debe ser cierto, pero no necesariamente debe ser actual, porque el daño cierto y futuro, como igualmente se ha sostenido, también es indemnizable, tal como ocurre con las lesiones o secuelas que afectan la integridad física personal y exigen una atención médica o quirúrgica. Estas lesiones o secuelas son el daño mismo, por ende cierto. Desde luego que el daño futuro, cierto e indemnizable es tal en tanto sea susceptible de evaluación en el momento en que se formula la pretensión y sea desarrollado de un daño presente. En cambio no es reparable el perjuicio eventual o hipotético, por no ser cierto o haber ‘nacido’ como dice la doctrina dejando a salvo los eventos de pérdida de una probabilidad. De manera que es necesario no confundir el perjuicio futuro cierto con el eventual o hipotético”<sup>20</sup> (subrayas fuera de texto)<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Sentencia del 9 de agosto de 2009. Rad. 4897.

<sup>21</sup> Sentencia del 1º de septiembre de 2004. Rad. 19865.