



**LA VICTIMOLOGÍA EN LA REPARACIÓN INTEGRAL DE DELITOS SEXUALES
EN COLOMBIA: ENFOQUE DESDE EL CAPÍTULO DE VIOLACIÓN.**

MIGUEL MEJÍA RAMÍREZ

**Pregrado en Derecho
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín
2022**



**LA VICTIMOLOGÍA EN LA REPARACIÓN INTEGRAL DE DELITOS SEXUALES
EN COLOMBIA: ENFOQUE DESDE EL CAPÍTULO DE VIOLACIÓN.**

MIGUEL MEJÍA RAMÍREZ

Directora de trabajo de grado:

PhD PAULA ANDREA PÉREZ REYES

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
abogado**

Pregrado en Derecho

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

2022

Declaración de originalidad

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.



Firma del estudiante

Miguel Mejía Ramírez

Sumario

Introducción

1. El papel de la victimología para el reconocimiento del rostro de la víctima
2. La reparación integral y su relación con los delitos sexuales
3. Resignificación del papel de la víctima en el caso de lo establecido en el capítulo de violación de la ley 599 del 2000

Conclusiones

Referencias bibliográficas

LA VICTIMOLOGÍA EN LA REPARACIÓN INTEGRAL DE DELITOS SEXUALES EN COLOMBIA: ENFOQUE DESDE EL CAPÍTULO DE VIOLACIÓN

¡Hay cosas en este mundo que,
por muy sagradas que sean,
no pueden dejarse tal cual son!
Günter Grass.

Resumen:

El presente artículo busca comprender el papel de la victimología en la reparación integral de delitos sexuales en Colombia, partiendo de un enfoque desde el capítulo de violación. El modelo procesal penal vigente presenta un modelo de justicia retributiva que impide a los ofendidos tener una voz en la solución del litigio. En respuesta a esta problemática se trae la victimología, ciencia desde la cual se busca la dignificación de las víctimas en el proceso, además de volver a posar la mirada sobre aquel rostro que interpela buscando comprensión. Este saber encuentra especial relevancia en el ámbito de la reparación integral, a causa de que, se ha establecido que en el espacio de la administración de justicia penal el agredido posee el derecho a ser reparado en su totalidad. De esta manera, la victimología posibilita entender de mejor manera a las víctimas y ayudarles a recibir una reparación más cercana a sus necesidades. En el campo específico de los delitos sexuales, mediante el empleo de ambos se logra un avance para los derechos de los ofendidos. Por esta razón, este artículo consiste en responder a la pregunta ¿Cómo comprender el papel de la victimología en la reparación integral de delitos sexuales en Colombia, desde el enfoque del capítulo de violación?

Palabras clave: victimología, victimización, reparación integral, justicia restaurativa, violación.

INTRODUCCIÓN

Desde el siglo XIX la ciencia penal se ha preocupado por explicar de manera sistemática el fenómeno criminal, es por esto que distintos académicos se han puesto a la labor de estudiar lo que es la conducta del delinciente a través de la criminología, saber que ha permitido un marcado avance dentro de esta ciencia jurídica pero que ha dejado de lado la naturaleza y condición de la víctima. Por ello, diversos catedráticos, como Fattah o Beristaín, han detallado este marcado abandono por el sujeto pasivo del delito y han propugnado por volver a posar la mirada sobre el vulnerado en el ilícito, creando de esta manera la disciplina de la victimología, la cual tiene como principal finalidad el estudio de la víctima, la razón que la llevó a estar en esta posición y las consecuencias que el actuar antijurídico produjeron en ella.

Desde esta perspectiva victimológica se busca comprender la posición de los ofendidos en el delito, para minimizar los efectos del daño y concederle una mejor reparación del sujeto, dado que resulta problemático que se pretenda la reparación del sujeto pasivo cuando durante la totalidad del trámite procesal solo se ha enfocado en el estudio del actuar del sujeto activo y su conducta. Es claro que los raseros de reparación en Colombia se encuentran bastante alejados de las necesidades, puesto que en ellos se pretende una reparación uniforme para todas las víctimas, situación que genera una revictimización. Se desconoce con ello que cada actuar ilícito tiene diferentes características, como lo puede ser el papel del ofendido en el ilícito, y presenta diversas consecuencias en los actores. Además de esta uniformidad, también es importante destacar la gran falencia que presenta la reparación en el país, debido que en contadas ocasiones el vulnerado es solo objeto de una reparación económica, situación que se distancia bastante de la reparación integral, la cual busca una restauración total del sujeto pasivo, dado que este fue objeto de un ataque a su esfera bio-psico-social.

Con el presente trabajo de investigación se espera generar un aporte de índole teórico, en la medida que se pretende poner de manifiesto la imposibilidad del sistema actual de reparación y del proceso penal para cubrir las necesidades de los

vencidos. Así, con ello se plantea una propuesta de estructuración de modelo de reparación encaminado a subsanar la integralidad del sujeto pasivo, específicamente de las víctimas de un delito contra el bien jurídico libertad, integridad y formación sexual. Todo ello gracias a la aplicación de la victimología, que permite estructurar un sistema de justicia coherente con el Estado social de derecho.

Se emplea una metodología cualitativa desde la hermenéutica jurídica en razón que, la investigación se encamina a analizar conceptos como victimología, violencia, acceso carnal, acto sexual y reparación integral, en concordancia con el desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legal que de los mismos se ha hecho.

Para efectos de responder la pregunta transversal en el presente artículo, en primer lugar, se hablará del papel de la victimología para el reconocimiento del rostro de la víctima. Luego en segundo lugar, se abordará el tema de la reparación integral y su relación con los delitos sexuales en Colombia. Para finalmente resignificar el papel de la víctima en el caso de lo establecido en el capítulo de violación de la Ley 599 del 2000.

De esta forma se construye la totalidad del texto en torno a la pregunta de ¿Cómo comprender el papel de la victimología en la reparación integral de delitos sexuales en Colombia, en el caso de enfoque desde el capítulo de violación?

1. EL PAPEL DE LA VICTIMOLOGÍA PARA EL RECONOCIMIENTO DEL ROSTRO DE LA VÍCTIMA.

El primer pilar de la temática abordada en cuestión es la victimología, ciencia que, desde su génesis en la década de 1950, gracias a los aportes de Hans Von Hentig (1957) y Benjamín Mendelsohn(1947), ha enriquecido el derecho penal. El área posee como objeto de análisis a la víctima del delito, quien ha sido privada de su dignidad como resultado del suceso criminal y que se vio afectada en su esfera bio-psico-social. Curiosamente pese a haber pasado una situación ya lo suficientemente traumática, los vulnerados se ven sometidas en gran cantidad de

oportunidades a lo que la doctrina ha optado por denominar victimización secundaria (Márquez ,2011), concepto que alude a el padecimiento en el que se ven inmiscuidos los vencidos del ilícito dentro del proceso penal. Así, como se verá a lo largo del trabajo, la victimología y el procedimiento penal deben estar estrechamente ligados, dado que solo así se conseguirá romper el sufrimiento del ofendido en la administración de justicia y la humanización del proceso (Sampedro, Suel, Quiñones, Coronado, 2014).

De esta forma, para el desarrollo del capítulo se realiza en primer término la explicación del concepto de víctima en Colombia. Luego se observa la evolución del rol que ha jugado el sujeto pasivo en el proceso penal para encontrar las raíces de la victimización secundaria. Siguiendo, se adentra en la victimología como ciencia. Para finalizar se explora las dificultades de las dificultades de participación de las víctimas en el sistema procesal penal del país.

1.1. Concepto de víctima.

Para el cabal entendimiento del presente trabajo, se muestra de vital importancia el esclarecer el concepto de víctima, en razón que al mismo se hace alusión a lo largo del texto. Debe empezarse por destacar que la discusión sobre esta noción está lejos de finalizarse, dado que en la doctrina no existe unanimidad frente a la definición puntual de esta figura. Resulta destacable señalar que la institución no es exclusiva del derecho penal, en vista que, en otras áreas de la ciencia jurídica es posible referenciarla. Aun así, se deja de lado las demás acepciones brindadas por las demás ramas del derecho y se enfoca únicamente en el ámbito penal, el cual es el relevante para el objeto de estudio.

En el área, el debate se ha centrado en si la condición de víctima deviene como consecuencia de sufrir directamente el actuar típico o si la misma está entrelazada simplemente con el padecimiento de un daño provocado por el injusto penal. El Código de Procedimiento Penal expedido en el año 2004 optaba por la teoría según la cual, “se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente

hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto” (Ley 906 de 2004, artículo 132). Luego esta norma fue objeto de control de exequibilidad por la Corte Constitucional, organismo que mediante la sentencia C-516 de 2007 declaró que la expresión “directo”, contenida en la disposición, era contraria a la Constitución Política.

De esta manera, la sentencia del cuerpo colegiado amplió la dimensión del concepto de víctima, posibilitando que sean comprendidos bajo esta figura aquellos que sufrieron como consecuencia del delito, sin importar si es directamente o no. Este nuevo paradigma planteado por el órgano jurisdiccional fue un gran avance en materia de los derechos de las víctimas, dado que, dejó atrás la perspectiva que cimentaba la figura en el mero nexo causal. Además, esta nueva acepción del concepto se presenta en concordancia con lo estipulado por el derecho internacional, el cual como lo dispone la legislación hace parte del bloque de constitucionalidad, en vista que la Resolución 60/147 de 2005 en su artículo 8 dispone:

A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización. (Resolución 60/147 de 2005, artículo 8).

Siendo así, la investigación comparte la concepción de víctima que presenta la Corte Constitucional, en tanto se considera que la misma se acerca de una manera más exacta y respetuosa a la naturaleza de este sujeto procesal. De esta forma se debe entender que a lo largo del texto siempre que se haga alusión a víctima, se está enunciando a todo aquel que ha sufrido un daño por el injusto penal. También,

se aclara que se utilizan sin distinción los términos de perjudicado y de víctima, en razón que pese a ser instituciones distintas no se evidencia una diferenciación significativa de ambas que haga relevante la distinción de ellas.

1.2. El rol de la víctima en el proceso penal.

Entendido el concepto de víctima, se enuncia que el mismo está fuertemente ligado con el ámbito procesal penal. Es en este apartado del derecho donde se ha estipulado que realmente tiene relevancia su naturaleza y condición, en razón que, este espacio fue concebido para que los vencidos hicieran parte de la resolución del problema. Pero esta idea que era el motor del procedimiento ha ido disipándose lentamente con el paso de los siglos y dejando únicamente un sistema de justicia sancionatoria que, termina convirtiéndose en una tortura para los agredidos. Los perjudicados en el actual modelo castigador son colocados en una posición irrelevante para la búsqueda de la resolución del litigio, viéndose así privados de una participación que por esencia deben poseer. Para entender mejor cómo se llegó al estado actual de este interviniente en la actuación judicial, debe analizarse el rol que el mismo ha jugado dentro de la administración de justicia, observando cómo la misma muta con el transcurrir de la historia.

Se debe comenzar con el análisis de la resolución de conflictos en Grecia, cuna del pensamiento occidental. En ella es factible destacar que el concepto de justicia se encontraba marcadamente ligado con la venganza, encargándose la víctima de imponer ella misma el castigo. Así, se entendía que las partes involucradas en el conflicto volvían a estar en posiciones similares cuando se producía las represalias por parte del sujeto pasivo, quien usualmente sometía al victimario a un escarnio similar al que había padecido (Márquez, 2011). Un claro ejemplo de este modelo de justicia se encuentra dentro de la *Ilíada* en el castigo propinado a Héctor a manos de Aquiles o dentro de las mismas tragedias.

Pero este modelo vindicativo de los griegos fue poco a poco erradicado de la sociedad por el inmenso problema que emanaba de su naturaleza. La coyuntura radicaba en las interminables guerras que solían producirse entre las comunidades,

las cuales eran producto de la cadena de delitos. Esta guerra de sangre obligó que se constituyeran instituciones dedicadas a la solución de litigios penales. Este avance hacía un derecho penal más establecido presentó marcadas ventajas para los derechos de los involucrados, como lo podía ser que un tercero fuese quien solventase la discusión y que este fijase la retribución por el delito, estableciendo una garantía fundamental para el condenado, quien se ve ahora sometido al arbitrio de un espectador imparcial.

Este nuevo modelo resultó fructífero, pero trajo consigo una gran problemática al integrar al Estado dentro del litigio, quien rompió el sistema de justicia entre víctima y victimario. Esta ruptura se justificó bajo el entendimiento que el Estado debía hacer también parte de la solución, en vista que era este quien dictaba las normas que eran infringida en el delito, concepción que parece coherente. Pero mediante esta noción el Estado se apoderó del lugar del vencido, quien se vio empujado a una posición secundaria dentro del proceso. Esta cuestión se muestra bastante incomprensible, puesto que era la víctima quien había sufrido como consecuencia del ilícito y quien debía ser parte fundamental en la búsqueda de la resolución. Esta toma de la titularidad de la acción penal por parte del Estado produjo un sistema penal enfocado en la retribución y no en la restauración, modelo que “agudiza aún más las heridas y los conflictos sociales en lugar de ayudar a sanarlos o transformarlos” (Zehr, 2007, p.6).

Así, a través del recuento histórico se logra divisar que la administración de justicia en el proceso penal se ha ido transformando gradualmente, pero que dicha transformación envolvió una pérdida del papel protagónico del perjudicado en la resolución del conflicto. Esto se da como consecuencia de la consolidación de un proceso penal establecido y regulado, donde aquel individuo se vio inevitablemente desplazado del rol que se encontraba ocupando en un inicio para ser colocado en un papel de mero espectador de la aplicación del castigo. De esta forma el modelo de justicia vigente limita la voz de las víctimas en el proceso para darle su participación al Estado.

1.3. Victimología.

Luego de haber analizado y aclarado el concepto de víctima en sus distintos alcances y del rol que ella ha jugado en el proceso penal, se prosigue a profundizar en la ciencia que se encarga del estudio de esta. Como se detalló al inicio del capítulo, la victimología como saber nace de la mano de Mendelsohn (1947) y Von Hentig (1957) con el objetivo de estudiar la figura de la víctima, pero dicha finalidad ha sido abordada desde diversas perspectivas. En un sector encontramos pensadores que conciben esta área del derecho penal llanamente como una rama de la criminología, circunscribiéndola únicamente a entender el actuar delictual. En el otro extremo encontramos quienes piensan que la victimología no se encuentra subordinada a otra ciencia penal, sino que se constituye como un área autónoma que trasciende al momento criminal.

La primera posición es brindada por el alemán, quien centró su visión en la víctima con relación al delincuente. Von Hentig (1957) consideraba que era importante atender a la pareja ofensor y ofendido para un correcto estudio del suceso criminal, puesto que, el doctrinante sostenía que el vulnerado no era un simple espectador en el ilícito, sino que ella jugaba un papel en el injusto, dejando atrás con esta teoría la visión estática que se poseía del afectado. Esta idea fue un gran cambio de paradigma para la época y supuso un avance en el análisis del sujeto pasivo, pero se presenta corta frente al abordaje del ofendido. Este postulado comete el craso error de solo indagar a la víctima frente al victimario, desconociendo así que el vencido posee una naturaleza y una vida independiente de su agresor.

La segunda perspectiva es construida por diversos autores y centra su interés en la víctima, su padecimiento en el ilícito y las consecuencias que sufre debido a él. Este enfoque se muestra distante de la dicotomía propuesta por Von Hentig, puesto que ella, en contraposición, se acerca al sujeto vencido con una finalidad más humana que académica. En esta posición se marca como máxima designio de la ciencia el investigar al perjudicado, no para entender la conducta del infractor de la norma a través del sujeto pasivo, sino para acercarse al dolor que experimenta la persona y conocer de qué forma se puede lograr aliviar este. En palabras del jurista Ezzat Fattah, la victimología bajo este entendimiento posee como fin último el “ayudar y

asistir a las víctimas de delitos, aliviar su penosa situación y afirmar sus derechos” (Fattah, 2014, p.7). Es esta última la visión acogida en este trabajo. Se elige este enfoque en razón que el mismo permite entender de forma más completa al sujeto pasivo, permitiendo así comprender e identificar cuáles son las pretensiones que esta persona posee y cómo se vio afectada por el mismo.

Ahora, es importante resaltar que pese al avance que ha supuesto la victimología desde todas sus vertientes para el derecho penal, la realidad es que el saber se encuentra en una posición de olvido a ojos de los estudiosos. Si se divisa el panorama en Colombia, se podrá advertir que ella resulta un área desconocida para muchos especialistas del derecho, además que, son pocos realmente los juristas que emplean su tiempo en estudiar y desarrollar esta ciencia. Este desconocimiento general termina provocando que la disciplina se estanque y no penetre en el sistema jurídico, que es donde más necesaria se presenta. Como se señalará más adelante en el texto, este abandono debe hacerse a un lado para posibilitar un modelo penal más cercano a los vulnerados, a la par que coherente con el estado social y democrático de derecho, puesto que solo así es posible “promover una nueva dimensión del Proceso Penal que se constituya en la puerta grande para las víctimas del delito” (Sampedro, 2008, p.169).

1.4. Dificultades de las víctimas en el sistema procesal penal.

El sistema procesal brindado por la Ley 906 de 2004 adolece de la misma problemática enunciada con anterioridad, consistente en la falta de protagonismo de la víctima en la resolución del conflicto. Debe recordarse que el Código de Procedimiento Penal vigente se caracteriza por presentar un sistema adversarial de partes, siendo estas únicamente la fiscalía, como titular de la acción penal, y la defensa. Esta característica de legislación procedimental resulta bastante lesiva para los derechos en cabeza de la víctima, pues al ser estas entendidas como intervinientes del proceso, su participación en el mismo se ve mermada significativamente (Sampedro, 2008).

Debe señalarse que la Corte Constitucional mediante sentencias de constitucionalidad ha reconocido los derechos en la de la administración de justicia en cabeza de las víctimas del delito. Dentro de los exámenes realizados por la corporación constitucional se ha señalado que los afectados poseen el derecho a la verdad, justicia y reparación, posición que quedó plasmada en la Sentencia C-228 de 2002 (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002). Estos pronunciamientos de la Corte presentan una tesis valiosa en la búsqueda de un sistema penal incluyente de los sujetos pasivos, pero resulta insuficiente, dado que se sigue produciendo la falencia propia de la Ley 906 consistente en no contemplar a la víctima como parte procesal.

Siendo así, bajo la óptica de nuestro modelo de justicia, se entiende que la víctima debe buscar la garantía de sus derechos mediante la fiscalía, pero surge acá un conflicto en tanto puede ocurrir que las pretensiones de ambos sujetos sean opuestas. Entonces, en aquellos casos en que el perjudicado pretenda la aplicación del principio de oportunidad, buscando una solución más beneficiosa, mientras que la fiscalía aspira a agotar la etapa de juicio oral, prevalecerá el deseo del ente acusador. Es en estas situaciones donde se evidencia el problema del ordenamiento jurídico adoptado, en tanto el mismo genera marcadas arbitrariedades contra el agredido del actuar típico y degenera en la victimización secundaria.

Ahora bien, debe apuntarse ciertamente que en el modelo procedimental de la Ley 906 de 2004 se ha buscado tímidamente solventar la falta de protagonismo de la víctima, en razón que con la entrada en vigor de la Ley 1826 de 2017 se implantó la figura del acusador privado dentro del procedimiento penal abreviado. Esta institución busca asemejar el modelo de justicia penal al civil, eliminando a priori al Estado del conflicto y permitiendo al ofendido a través de su representante ejercer sus derechos. Esta puede ser una buena alternativa para los ofendidos para realmente tener una voz dentro del proceso y no verse subyugado a un rol de intervinientes en apoyo a los deseos de la fiscalía, pero ciertamente encuentra dos grandes problemáticas consistentes en el carente uso de esta figura y su restringido ámbito de aplicación.

Pese a posibilitar el uso del acusador privado en Colombia desde el 2018, la realidad muestra que poca ha sido su utilización como un mecanismo de garantía para las víctimas, dado que la figura parece todavía más un sueño que una realidad. La poca publicidad que se le ha dado al acusador privado degenera en que los procesos surtidos bajo esta modalidad sean realmente pocos en consideración a los tramitados en cabeza del Estado, además que, la figura se muestra bastante inaccesible para la población de menores recursos, quienes son en varias oportunidades los más afectados por el fenómeno criminal, a causa de que se requiere la representación de un abogado. Conjuntamente, debe expresarse que la figura también encuentra un gran límite en su aplicación, debido que la normativa solo la autoriza para los tipos penales consagrados en el Artículo 534 del CPP, dejando por fuera de la órbita de aplicación una amplia gama de ilícitos que necesariamente se van a tener que ver sometidos al control de la acción penal por parte del Estado.

Entendiendo el modelo de justicia de partes y su pequeña excepción con el acusador privado, se destaca que en ambos el padecimiento de la víctima en la etapa judicial se agrava en la medida que, el proceso surtido ante el juez penal solo tiene como finalidad el estudio del sujeto activo del delito, en razón que el mismo fue quien desplegó el actuar contrario al ordenamiento jurídico. Producto de este énfasis exclusivamente en el delincuente, el vencido solo es objeto de análisis dentro de la actuación judicial en lo concerniente a su relación con el criminal y en momento delictivo. De esta forma, el modelo procesal renuncia a entender al sujeto vencido, abandonando la posibilidad de comprender cómo se vio afectada la existencia de esta persona después del ataque que sufrió a su bien jurídico.

Como consecuencia directa de esta falta de atención a la víctima, se termina generando una sentencia, la cual por naturaleza está llamada a dar por finalizado el litigio creado entre los actores, donde llanamente se está imponiendo una pena para el criminal, pero donde no se atiende a las necesidades y requerimientos de los afectados. Esto termina degenerando en un modelo procesal que tiende más hacia el paradigma retributivo del castigo, que, a la adopción de un modelo restaurativo,

donde realmente sean atendidos los daños y dolores producidos por el delito (Sampedro,2008).

Comprendiendo las dificultades que se experimenta en la victimización secundaria, se plantea desde este ensayo un nuevo entendimiento del modelo procesal, partiendo de la victimología para proponer de esta forma “una fundamentación victimológica del sistema democrático de administración de justicia en lo penal, en el que las víctimas se hagan visibles mediante el reconocimiento de sus derechos en el ordenamiento jurídico positivo” (Sampedro, 2008, p.159). Se pretende colocar a la victimología, desde la noción esbozada en el capítulo anterior, como centro del modelo judicial, dado que, solo mediante este saber se puede integrar el sujeto pasivo a la resolución del conflicto y lograr desenlace más favorable para el mismo. Esto se justifica en atención que la victimología al estudiar la víctima posibilita acercarse al dolor y daño sufrido, además de buscar aliviarlos.

2. LA REPARACIÓN INTEGRAL Y SU RELACIÓN CON LOS DELITOS SEXUALES.

El segundo capítulo consiste en el análisis del concepto de reparación integral y su relación con los delitos sexuales. Ambos significantes encuentran una verdadera relevancia frente a la victimología, dado que la reparación integral es un derecho fundamental que ostentan las víctimas, como se explicó anteriormente, mientras que los delitos sexuales tocan la parte erógena del ser humano generando drásticos daños que, al igual que las cicatrices, siempre van a estar presentes. Se estudia la reparación integral desde la óptica de la Corte Constitucional, entendiendo toda su naturaleza y sus características, para luego explicar por qué esta resulta vital específicamente en los delitos sexuales. Se toma para el análisis estos delitos en vista que, los mismos se encuentran entrelazados íntimamente con la órbita sexual de la persona, la cual constituye una parte fundamental del individuo, de su autopercepción y su relación con el mundo. Sumado a esto, los delitos sexuales presentan siempre un sujeto pasivo individual, nunca colectivo, lo cual permite pensar la reparación integral desde una óptica más directa y cercana con el ofendido.

Siguiendo así, el capítulo se desenvolverá en cuatro apartados. En primer término, se observa el concepto de reparación integral para el derecho procesal penal desde las precisiones que del mismo ha hecho la Corte Constitucional. La segunda sección corresponde a la comprensión de la justicia restaurativa dispuesta en la Ley 906 de 2004. Como tercer punto expone brevemente las generalidades de los delitos sexuales de la Ley 599 del 2000. En el último apartado se explica la relación entre la reparación integral, la justicia restaurativa y los delitos sexuales.

2.1. La reparación integral en el derecho procesal penal desde el entendimiento de la Corte Constitucional.

La reparación integral en Colombia ha sido un tema de bastante discusión, pero de poco entendimiento. Se ha pensado siempre en ella y su importancia en el ámbito procedimental penal, más pocas veces se cumple a cabalidad. La Constitución Política de 1991 enunció dentro de las funciones de la Fiscalía General de la Nación el deber de asistir a las víctimas del delito, buscar el restablecimiento de sus derechos y la reparación integral de los afectados, dicho compromiso estatal quedó plasmado en el Artículo 250 en su numeral 6. Se observa entonces que la norma fundamental le consignó la obligación de velar por los ofendidos al ente acusador, situación que es ignorada por la entidad cuyo enfoque se encuentra en el paradigma retributivo.

Conjuntamente a la reparación integral se le ha dado el estatus de derecho fundamental por parte de la Corte Constitucional, esta afirmación se da en la Sentencia C-228 de 2002. Producto de este mandato el numeral C del artículo 11 de la Ley 906 de 2004 tipificó el derecho a la reparación integral como una garantía que ostentan las víctimas dentro del proceso penal. Pese a todas las bondades que esta institución puede presentar a los ofendidos, la realidad indica que se tiene una visión errónea de ella, en vista que, se ha creído falazmente que la reparación integral comporta solamente la compensación monetaria de todos los perjuicios ocasionados.

Comprender la reparación integral únicamente desde la dimensión económica supone atender exclusivamente a un apartado del individuo, dejando a un lado los demás componentes del sujeto y, por consiguiente, ignorando el elemento de integralidad de la figura. Pensar todo este derecho fundamental llanamente desde lo monetario es privar de dignidad a las personas, en tanto se estaría concibiendo a las mismas como meros objetos, olvidando que la esencia de los seres humanos va más allá del dinero. Es claro que al momento del hecho victimizante todas las esferas que integran a la víctima se ven profundamente afectadas, por ende, todas las esferas deben ser subsanadas desde las características de cada una.

La Corte Constitucional se encargó de aclarar el panorama de la reparación integral en el tema procedimental penal, porque se debe recordar que este es un concepto multidimensional del derecho, exponiendo en la Sentencia C-344 de 2017 una definición clara del concepto. En esta jurisprudencia la alta corporación replica el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, argumentando que la reparación integral no se refiere solo a las indemnizaciones pecuniarias, sino que la misma incluye también el derecho a la verdad y la justicia. El cuerpo colegiado señala en la misma decisión que siguiendo la naturaleza de la reparación integral es posible dividirla en dos esferas, por un lado, se encuentra de esta manera las medidas de carácter pecuniario, mientras que en el otro sector se vislumbran las medidas esencialmente no pecuniarias o simbólicas.

Las medidas de carácter pecuniario, como su nombre indica, apuntan a la reparación dineraria y agrupa dos clases de reparación, el daño material y el daño inmaterial. El daño material remite a “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Dacosta Cadogan Vs Barbados), este apartado se enfoca entonces en los daños o pasivos externos en que se vio involucrado el ofendido. El daño inmaterial por su parte comprende en mayor medida la compensación económica por los daños ocasionados a la esfera interna de la persona y de sus familiares, de este modo está entrelazado con el

resarcimiento de los daños, aflicciones y las alteraciones en las condiciones de vida de la persona.

Las medidas de carácter no pecuniario o simbólicas se muestran más interesante en comparación con las anteriormente señaladas, dado que, ellas esbozan actos desplegados por el ofensor para la reparación del ofendido. El órgano constitucional dictamina que estas medidas conservan como principal finalidad la satisfacción de las necesidades, la rehabilitación de los padecimientos psicológicos y la garantía de no repetición de los hechos para evitar futuros daños. Sería imposible enunciar taxativamente las acciones que se reúnen dentro de estas medidas, en vista que todo depende exclusivamente de las necesidades del vencido y de la creatividad de ambas partes, pero por enmarcar algunas a modo ilustrativo, la Corte Constitucional dispuso “los actos públicos de reconocimiento de verdad, la elaboración de documentales audiovisuales sobre las violaciones de derechos humanos detectadas y la creación de un museo para honrar a las víctimas de un caso” (Corte Constitucional, Sentencia C-344 de 2017).

Es importante aclarar que ambas medidas no son excluyentes entre sí, todo lo contrario, como se ha anotado, las dos deben atenderse para realmente conseguir una reparación integral del sujeto pasivo. Se muestra entonces que la reparación integral enunciada como un derecho que las víctimas ostentan dentro del procedimiento penal está constituida por dos órbitas, que deben ser atendidas ambas para realmente cumplir con la integralidad que pretende la normativa y respetar los derechos de los vencidos.

2.2. La justicia restaurativa en la Ley 906 del 2004.

Tocada la materia de la reparación integral y su noción desde la perspectiva de la Corte Constitucional, se da paso al análisis de la justicia restaurativa, la cual es una guía para posibilitar un modelo de justicia cuya resolución de conflicto busque minimizar los efectos del daño. Atendiendo a esto, esta institución se relaciona directamente con la temática anteriormente abordada, en razón que, ambas herramientas son complementarias entre sí. Se debe inicialmente tener lucidez

sobre la figura de la justicia restaurativa en abstracto para luego entrar en profundidad con su delimitación en el Código de Procedimiento Penal, en vista que se han presentado múltiples interpretaciones de la misma y se podría derivar en una confusión sobre su naturaleza.

La justicia restaurativa no alude directamente un modelo en específico de administración de justicia, como se ha concebido idealmente, a causa de que su esencia se encuentra inevitablemente ligada a la cultura en que se da su aplicación. De este modo, la justicia restaurativa se moldea a la sociedad necesitada de ella, convirtiéndose “en una guía no un mapa” (Zehr, 2007, p.14). Esta guía se estructura entonces bajo unos principios generales que se anteponen a los establecidos por la justicia retributiva. La diferencia entre ambos paradigmas radica primordialmente en que el eje central de la justicia restaurativa se encuentra en “las necesidades de las víctimas y la responsabilidad activa del ofensor en la reparación del daño” (Zehr, 2007, p.31), mientras que el de la justicia retributiva se localiza en el castigo a los infractores de la norma.

Este nuevo entendimiento de la justicia trae consigo su propia comprensión del delito, alejada de la frialdad propia de la dogmática penal, dado que, según ella el ilícito es un daño que subsume como consecuencia el deber en cabeza del victimario de reparar el perjuicio. Se enfoca así en la atención de las necesidades y la rehabilitación de todas las personas involucradas en el suceso criminal, abandonando la comprensión del delito como una infracción a las normas dictaminadas por el Estado. De esta forma, la solución del litigio tiene su origen en dialogo activo de los interesados dentro del conflicto, posibilitando así que las mismas personas se expresen libremente sin tenerse que ver sometidas a lo desgastante y lesivo del procedimiento penal ordinario. Este punto presenta una importancia significativa para las víctimas, debido que, en comparación con el modelo sancionador vigente, se disponen espacios para que esta muestre su voz, su pretensión y cómo espera que se enmiende el daño.

Producto de la dialéctica entre las partes se podrían abrir las puertas para la reparación integral, dado que el ofensor podría por sí mismo escuchar al ofendido,

entendiendo sus necesidades y estando en una mejor disposición para atenderlas. Al ser la justicia restaurativa una idea alejada del enfrentamiento, las mismas partes se encuentran en un estado de humildad e igualdad, porque ninguno está subordinado al otro, ambos tienen el deseo de resolver el litigio de la mejor manera posible. Esta actitud conciliadora de los intervinientes posibilita llegar a medidas de carácter simbólico que puedan ayudar a aliviar los dolores de las víctimas, al entendimiento mutuo y a reconocer las propias culpas y pedir perdón por ellas. Así, la justicia restaurativa facilita las medidas de carácter no pecuniario para atender íntegramente al ofendido.

En la Ley 906 de 2004 se consagró en el libro VI explícitamente la justicia restaurativa como una parte del procedimiento penal, dándole a los implicados en el hecho victimizante la posibilidad de llegar a una conclusión más benigna, pero la realidad indica que verdaderamente su aplicación ha sido poca. La normativa estipuló dentro de esta figura a la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación penal. Estas modalidades pueden aparejar dos efectos, en razón que, pueden suplir la acción civil de reparación del delito o extinguir la acción penal en concordancia con el principio de oportunidad. De esta manera, la conciliación preprocesal cumple la labor de extinguir la acción penal, la conciliación en el incidente de reparación integral, al presentarse luego de la sentencia está encaminada exclusivamente a sustituir la acción civil, mientras la mediación penal puede extinguir la acción sancionatoria si se cumplen unos requisitos o garantizar la reparación del delito (Corte Suprema de Justicia, Auto 2671 de 2020).

Claramente el ordenamiento jurídico ostenta una buena intención al permitir acudir a la herramienta de la justicia restaurativa, incentivando así a las mismas partes, ofensor y ofendido, a resolver de manera pacífica el litigio sin necesidad de llegar a una sentencia proferida por el juez de conocimiento o a acompañar el proceso penal con la justicia restaurativa para la reparación de los daños. Aun así, pocas veces se acude a esta institución en el país y se opta por acudir al clásico modelo retributivo que, como se vio en el primer capítulo del texto, degenera en la falta de atención a

la víctima, su nula participación en el proceso y una sentencia que impone una pena para el agresor, pero que no atiende las necesidades de los agredidos.

Es triste la carente aplicación de la justicia restaurativa en Colombia, puesto que con ella se podrían solucionar los problemas de participación y atención de los perjudicados en la Ley 906 de 2004, especialmente con el mecanismo de la mediación. La mediación penal es un programa con una marcada fuerza simbólica, en razón que este consiste en “un encuentro dirigido entre las víctimas, los ofensores y quizás otros miembros de la comunidad” (Zehr, 2007, p.12). Este encuentro se convierte en una imagen de magnífica belleza, debido que en el cuadro los involucrados en el hecho victimizante se observan, atendiendo a los rostros y miradas que reflejan un mar de sentimientos, así, los seres que antes se veían como enemigos ahora simplemente se encuentran dialogando, reconociendo culpas y perdonando. Producto de este acercamiento los vencidos pueden conocer la información que desean, cuya ignorancia tanto los había atormentado, y los vencedores pueden reparar, pues verían de primera mano el daño que generaron.

2.3. Los delitos sexuales de la Ley 599 del 2000.

Se denomina en este ensayo como delitos sexuales a la totalidad de tipos penales contenidos en el título IV del libro II del Código Penal. Para un correcto análisis entonces de estos ilícitos, se debe comenzar haciendo un estudio del bien jurídico tutelado, el cual corresponde a la libertad, integridad y formación sexual. Se vislumbra que el legislador abandonó el arcaico concepto de honor sexual expresado en la Ley 100 de 1980, dejando en su lugar tres términos que, corresponden al objeto defendido con las normas penales incluidas en el referido título. Se consigna así explícitamente en la Ley 599 del 2000 que se salvaguarda conjuntamente la libertad sexual, la integridad sexual y la formación sexual. Aun así, al discurrir sobre la totalidad de conceptos, se considera que la noción de libertad sexual logra englobar los restantes elementos, debido que, estos son exclusivamente un desarrollo del primero, por lo cual se abordan los delitos sexuales tomando como bien jurídico global la libertad sexual.

Debe apuntarse que este bien protegido por el legislador encuentra su génesis en el derecho constitucional a la libertad individual. Siendo así, el bien jurídico aludido es desarrollo del derecho fundamental consignado en el Artículo 28 de la Constitución Política, pero con un enfoque puramente en el ámbito sexual del individuo. Este énfasis únicamente en el campo erótico de la persona es la principal diferencia con el bien jurídico de la libertad individual, consignado en el título tercero del Código Penal, en tanto este último tiene un *telos* encaminado a la protección de la libertad en abstracto. Se considera con esto, que es un error creer que la libertad, integridad y formación sexual constituye un derecho desligado totalmente de la libertad individual, dado que como se anotó, son instituciones dependientes una de la otra.

Ahora, debe atenderse que el presente trabajo opta por acoger la tesis según la cual el bien jurídico es amparado en su esfera negativa y no en la positiva, pese a no ser la opinión compartida por la Corte Suprema de Justicia, órgano que considera que el bien jurídico tutelado salvaguarda “el derecho que se tiene para disponer del cuerpo en el ámbito erótico sexual como a bien tenga” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 20413 de 2008). Bajo este entendido, se considera que la norma penal pretende evitar que los sujetos salvaguardados por el derecho se vean inmiscuidos en una situación sexual no deseada (Escobar, 2013). Esta aclaración parece ser irrelevante y ser fruto exclusivamente de la discusión teórica de la academia, pero la realidad es que es importante reparar en la misma. La posición acogida permite entender mejor el ámbito de protección de la norma y posibilita comprender de manera más certera cuál es el daño que se genera en el bien jurídico de la víctima al momento del ilícito. De esta manera, se parte de la interpretación que en el momento delictivo el agredido se ve afectado en su libertad de no verse sometido a conductas sexuales que él no desea.

Siendo así, se logra vislumbrar esencialmente que estos delitos comportan eminentemente un carácter violento, en el sentido de mayor amplitud de la palabra, en tanto se somete al ofendido a un contexto sexual no consentido o frente al cual no se podía consentir. De este modo, se genera un atropello a la propia capacidad

que tienen los individuos de tomar decisiones y se les priva de la dignidad de elegir, despertando con ello, en muchas ocasiones, el sentimiento de pérdida de control de la propia existencia en las víctimas. Conjuntamente, esta violencia que enmarca los delitos sexuales también apareja en los perjudicados una serie de cicatrices que pese al discurrir del tiempo no se desaparecen, solo se disminuyen. Estas marcas no solo residen permanentemente en la parte física de la persona, como lo pueden ser aquellas heridas en las zonas íntimas, sino igualmente en lo moral del sujeto.

Las cicatrices dejadas por el hecho lesivo son cada una esencialmente distinta a la otra, en vista que cada ataque deja una marca específica en un sector del individuo. La existencia de la víctima se plagará entonces de antiguos dolores que solo pueden ser sanados con un proceso largo y complejo, dado que al ser lo erótico una parte fundamental de lo humano y de la propia percepción, el daño que se produce es un menoscabo que retumba con ecos en toda la vida del afectado, dejando secuelas en su propia percepción, su relación con el mundo y su interacción con los demás. Estas cicatrices deben ser cada una afrontadas de manera separada, atendiendo a la gravedad del perjuicio que se haya sufrido y cómo este se exterioriza, puesto que cada sujeto sufre de una forma única.

2.4. La unión entre los delitos sexuales, la reparación integral y la justicia restaurativa.

Los delitos sexuales son ilícitos que, como se divisa por su naturaleza violenta, producen fuertes consecuencias en el ofendido y marcan profundamente la existencia de estas, por ello debe pensarse significativamente la reparación integral frente a ellos. Probablemente los delitos sexuales sean los injustos penales más necesitados de la reparación integral, porque a diferencia de otros ilícitos como lo son los tipificados en el bien jurídico de vida e integridad personal, la víctima directa del ataque sigue presente con todos los rezagos de sufrimiento ocasionados por el hecho victimizante. Esta reparación integral debe acoplarse entonces a un resarcimiento más allá de lo económico para realmente cumplir a cabalidad la finalidad del concepto, dado que, como se explicó con antelación, la reparación

integral comprende conjuntamente el ámbito pecuniario o monetario y el no pecuniario o simbólico.

De este modo, el sujeto pasivo posee en un primer término el derecho a la reparación pecuniaria, la cual agrupa la compensación civil por el delito. Siendo así, el ofendido ostenta el derecho a una indemnización dineraria por todas las consecuencias materiales cuantificables que sufrió en el acto lesivo. En el caso específico de los delitos sexuales puede ser, por ejemplo, una compensación como consecuencia de la destrucción de las prendas de la víctima al momento del ilícito. Además, al vencido y sus familiares también se les garantiza la reparación económica de los perjuicios inmateriales que sufrieron en razón al delito, como lo puede ser una compensación por el dolor sufrido o por las afectaciones a las condiciones de vida. Esta última resulta relevante ponerla de presente en los delitos sexuales, en vista que la esfera interna se ve fuertemente afectada por el hecho victimizante y por medio de este mecanismo el impacto puede ser menor, dado que, al recibir una compensación pecuniaria, el agredido puede emplear lo recibido en elementos que ayuden a tratar su dolor.

En un segundo término, el ofendido ostenta el derecho igualmente a una reparación simbólica o no pecuniaria como consecuencia del ilícito. Estas medidas simbólicas son vitales en los tipos penales contenidos en el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, porque exclusivamente un resarcir desde lo financiero realmente no está ayudando al vencido, solo está acentuando los perjuicios. Es claro que en los delitos sexuales es imposible retrotraer los daños padecidos, puesto que ya se ha consumado el perjuicio al cuerpo del otro que es lo sagrado, pero sí se puede por medio de ciertos actos del agresor minimizar los efectos del menoscabo. Probablemente luego de un delito sexual el agredido encuentre más importante conocer la verdad de lo sucedido o que, el ofensor reconozca su propia culpa y realice una disculpa pública, antes que el mero hecho de recibir una destacable cantidad de dinero, en vista que luego del injusto penal su vida entró en un declive que lo económico no logra rescatar.

Todas estas medidas encaminadas a la reparación integral pueden ser tramitadas de manera más certera con los mecanismos dispuestos por la justicia restaurativa, en razón que, como se explicó en apartados anteriores, ambos conceptos se encuentran íntimamente ligados entre sí. La aplicación de la justicia restaurativa en delitos sexuales puede resultar disonante e incluso utópica, pero la realidad enseña que esta puede encontrar un fuerte campo de acogida en estos tipos penales, permitiendo así una verdadera atención a la víctima. Abandonar el paradigma retributivo para dar paso al restaurativo permite evitar el conflicto producto del procedimiento punitivo, cuya naturaleza es bastante lesiva, para posibilitar que los mismos involucrados sean quienes acuerden libremente la forma de reparar los daños ocasionados.

Es una obviedad que reunir en un mismo espacio a ofensor y ofendido es una decisión no absuelta de peligro, en vista que ambas partes pueden ser objeto de ataques provenientes del otro sector, por ello se debe garantizar un espacio vigilado donde los involucrados se encuentren seguros para dialogar. De este modo, pese a los miedos e incertidumbres que pueda generar la justicia restaurativa en los delitos sexuales, no se puede abandonar esta idea, porque hacerla a un lado supondría desistir de la reparación integral, la participación de la víctima en minimización del daño y las medidas simbólicas.

3. RESIGNIFICACIÓN DEL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL CASO DE LO ESTABLECIDO EN EL CAPÍTULO DE VIOLACIÓN DE LA LEY 599 DEL 2000.

El tercer apartado presenta una resignificación del rol del ofendido dentro del procedimiento penal, específicamente desde el primer capítulo del título cuarto de la Ley 599 del 2000, consistente en la violación. Ciertamente las conductas penales contenidas en este capítulo presentan una naturaleza compleja, en vista que, al ser injustos enmarcados dentro del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, en todos ellos se somete al vulnerado a un contexto sexual no deseado o frente al cual no se podía consentir. Ahora, pese a compartir este elemento común, cada tipo penal posee sus propias características dogmáticas que lo diferencian, por lo cual, cada uno, en atención a esto, afecta de manera distinta a la víctima. En

razón a estas particularidades, el sistema judicial debe acercarse a los ofendidos de manera diversa, entendiendo que el sufrimiento y las necesidades por el hecho victimizante son diferentes según la conducta desplegada.

En este nuevo entendimiento del papel procesal de las víctimas de estos ilícitos, se toma entonces la victimología como eje central, dado que solo con una perspectiva victimológica se pueden comprender las necesidades de los agredidos, sus dolores y garantizar sus derechos. De este modo, con la victimología el agredido es entendido de manera íntegra, tomando con ello un rol activo dentro del proceso, posición que favorece que su voz sea escuchada, facilitando así una reparación integral que minimice los efectos del daño. Siendo así, es necesario comprender los elementos estructurales de los delitos dispuestos en este capítulo del Código Penal, para, con el apoyo de la victimología, atender cabalmente al vencido en el hecho lesivo.

En concordancia, el capítulo se desenvuelve en dos fragmentos. En un primer momento, se analiza desde la dogmática los tipos penales que integran el primer capítulo, que alude a la violación. Para finalizar se aborda la resignificación del papel de la víctima desde el capítulo de violación.

3.1. De la violación.

El capítulo objeto de análisis alude a los delitos enlistados dentro de la violación, los cuales se encuentran consagrados entre el artículo 205 y el 207. El legislador dispuso en este apartado tres conductas antijurídicas consistentes en el acceso carnal violento, el acto sexual violento y el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. Estas tres modalidades implican para su consumación un contacto erótico entre agresor y agredido. Este contacto que puede consistir en un acceso o penetración con el miembro viril por vía vaginal, anal u oral o por intermedio de otras partes del cuerpo u objetos por vía anal o vaginal. Sumado a esto, el contacto puede producirse conjuntamente con un acto erógeno distinto a la penetración.

De este modo, para la configuración del acceso carnal resulta esencial la penetración por parte del sujeto activo al sujeto pasivo, pero esta intromisión puede darse, como lo señala el artículo 212 de la Ley 599 del 2000, con el miembro viril por la cavidad anal, vaginal o bucal, o con alguna otra parte de parte del cuerpo humano u otro objeto ajeno por vía vaginal o anal. Se divisa con ello que el legislador optó por abandonar la añeja concepción que circunscribía el acceso carnal únicamente a la penetración realizada por el hombre con sus genitales y se acogió a una posición más amplia frente al tema, lo cual permitió verificar que no existe una única modalidad de acceso carnal, sino que esta acción puede ser acometida desde diversas formas.

A diferencia del acceso carnal, los actos sexuales se estructuran simplemente con cualquier otra conducta dolosa de connotación sexual distinta a la penetración, de forma que, como ha sido definida por la doctrina, la misma “consiste en una actividad síquica o físicamente libidinosa distinta al ayuntamiento carnal” (Escobar, 2013, p.260). Ciertamente es imposible dar una definición precisa de las acciones incluidas dentro de este concepto, dado que, por su propia naturaleza toda significación específica se quedaría corta, por ello se brinda un criterio general. De esta manera en esta institución se encuentran conductas tan disímiles entre sí como lo puede ser el tocamiento genital con cualquier parte del cuerpo o la práctica de actividades sexuales frente a la víctima.

Ahora, entendido el contacto entre agredido y agresor, se señala que el mismo es acompañado en los tipos penales de este capítulo por el concepto de violencia, a excepción del acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. Es vital ahondar en este significante, dado que, es necesario que él se presente para que se configure el acceso carnal violento y el acto sexual violento. De esta forma, el legislador estableció el carácter fundamental de la violencia para la adecuación típica, por ello, para evitar imprecisiones, su definición fue expresamente consagrada en el Código Penal en el artículo 212A. Si se observa el referido enunciado normativo, se puede colegir que la violencia es interpretada

como la imposibilidad de la víctima de brindar de manera libre su consentimiento, sea por fuerza ejercida contra ella o por intimidación y amenazas.

La fuerza como mecanismo dirigido a posibilitar la consumación de la conducta punible, refiere al “despliegue de energía del agente sobre la víctima para quebrantar su oposición” (Escobar, 2013, p.63). Tomando como fundamento esto, se ha pensado erróneamente por la doctrina, incluso por Edgar Escobar, que únicamente puede existir fuerza cuando existe una resistencia que se quiebra por el agresor. Este falaz entendimiento parte de la clásica dicotomía entre fuerza y resistencia, pero la realidad es que, como se precisó por parte de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 5395 del 2015, es factible predicar la existencia de fuerza en la conducta sin la necesidad de resistencia. Un claro ejemplo de ello se divisa en el acceso carnal violento, en el cual la víctima es sometida por el criminal, mientras que ella simplemente es espectadora de lo que sucede paralizada por el pavor que le produce el acontecimiento. De esta manera, la alta corporación explica frente a esto que:

En los momentos de conmoción psíquica como el que debía sufrir la menor ofendida, si bien en casos se pueden producir reacciones motoras de defensa como movimientos bruscos, gritos, etc., también suele suceder lo contrario, esto es, que se inhiba la síquis y la persona quede, no solo transitoriamente, paralizada, incapaz para hacer frente a su agresor. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 5395 de 2015).

La intimidación, por su parte, refiere a la violencia moral desplegada por el sujeto activo hacia el sujeto pasivo, de tal forma que mediante esta modalidad se “trata de lograr que la víctima acepte la situación como algo irremediable o como el mal menor” (Escobar, 2013, p.63). De este modo, en estas situaciones el victimario amenaza al perjudicado con un mal futuro consistente en lesionar alguno de sus derechos fundamentales o de sus allegados en caso de no acceder a su pretensión, aprovechando el miedo generado en el agredido para acometer la conducta. Siendo así, el vulnerado accede al deseo sexual del ofensor, pero este consentimiento es únicamente fruto de esta modalidad de violencia.

Ilustrado el concepto de violencia, se recalca entonces que este es un elemento objetivo del tipo para los actos sexuales violentos y el acceso carnal violento, sin importar si la misma proviene de la fuerza o la intimidación, no así para el comportamiento contemplado en el artículo 207. Este último ilícito se caracteriza por la ausencia de violencia propiamente dicha, en vista que el comportamiento sancionado consiste en colocar a la víctima en un estado de indefensión frente al ataque del sujeto activo, situación que impide dar cualquier tipo consentimiento frente al contexto sexual. De esta manera, el actuar reprochado consiste en generar un estado en el perjudicado que le posibilite aceptar o negar libremente el acto sexual o el acceso carnal y aprovecharse del mismo.

La jurisprudencia ha interpretado que la indefensión se configura en aquellos casos en que dolosamente se ha puesto a la persona “i) en incapacidad de resistir, ii) en estado de inconsciencia o iii) en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 229 de 2022). En estas acciones enunciadas la posibilidad de elegir libremente como desea gozar su libertad sexual se ve anulada y toda elección recae exclusivamente en el victimario, quien, al colocar al sujeto en esta posición de desprotección, toma el control de lo que sucede. Bajo este entendido entonces, en este tipo penal se ubican aquellos contactos eróticos entre sujeto activo y pasivo que se producen gracias a los engaños o a el suministro de sustancias que nublen total o parcialmente la capacidad cognitiva y volitiva.

De este modo, se logra divisar que cada uno de los injustos penales incluidos en el capítulo de la violación posee sus propias características y elementos objetivos, por ende, las conductas enunciadas en este apartado divergen ampliamente entre sí. Producto de esta disimilitud se sostiene que sería un pensamiento erróneo concebir en la práctica estos tipos penales como iguales, incluso en aquellos casos en que sea el mismo delito, debido que, se vislumbran marcados criterios diferenciadores como el medio por el cual se consumó el acceso, el acto sexual desplegado, la modalidad de violencia empleada o la forma en que la víctima fue colocada en situación de indefensión.

3.2. Resignificación del papel de la víctima desde el capítulo de violación.

Todos los tipos penales contenidos en el capítulo de la violación, como se ha logrado vislumbrar, poseen sus propias peculiaridades, las cuales inciden directamente en la víctima, reflejándose en el dolor que ésta padece y las necesidades que conserva como consecuencia del hecho del hecho victimizante. Siendo así, cada perjudicado se convierte en mundo, una mónada como lo llama Leibniz, escapando a la uniformidad del sistema, en razón que cada uno vivió una situación diferente cuyo paso generó una ruptura de su existencia, existencia que al estar formada por las propias vivencias es única.

Ahora, estas singulares afectaciones de la víctima nunca son oídas por el modelo judicial vigente, cuyo paradigma se enfoca únicamente en sancionar al agresor y no en ayudar a los agredidos. Este énfasis en lo retributivo revictimiza a los ofendidos durante todo el trasegar procesal, culminando el procedimiento con la falsa búsqueda de una reparación integral como consecuencia del ilícito. De este modo, el modelo procesal aspira al finalizar, lograr una reparación integral del perjudicado, pero esta expectativa se queda meramente en el deseo, dado que, al no darle a las víctimas un rol importante durante litigio, se desconoce el sufrimiento y necesidades de ésta. Por ende, esta reparación carece de toda capacidad de atención real al sujeto afectado, siendo, por consiguiente, un resarcimiento meramente económico que parte de criterios preestablecidos y uniformes.

Producto de estas falencias, el sistema judicial debe dar un giro hacia la victimología y el modelo restaurativo, en vista que, con ellos la víctima toma el protagonismo que necesita, permitiendo así que dentro del proceso sea escuchada y entendido el daño que el hecho antijurídico generó en su esfera bio-psico-social. Bajo la óptica de ambos conceptos la reparación integral puede atender a las particularidades específicas de cada sujeto pasivo, situación que, como lo deja en claro la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de Campo Algodonero, debe ser la regla general de la reparación integral.

En los tipos penales contenidos en el capítulo de la violación, la victimología y la justicia restaurativa se muestran como necesidades absolutas, en razón que son ilícitos que generan una afectación en la esfera sexual del sujeto, la cual es fundamental en apartados como la relación con los demás, el mundo y la autopercepción; además que, en ellos se está privando al sujeto pasivo de toda capacidad de elección libre sobre su sexualidad, situación que genera en muchos casos la sensación de pérdida de control sobre la propia vida, la desconfianza hacia el otro individuo y el pavor a todo acto erógeno. Siendo así, solo con ellas se puede dignificar a las víctimas, permitiendo que sus necesidades sean atendidas y todo ese dolor que les generó el ataque a su libertad sexual sea escuchado y reparado desde las particularidades del hecho lesivo y de su propia vida.

Frente al acceso carnal violento la victimología permitiría entender cómo el acto delictivo afectó al perjudicado, tomando en consideración todas las particularidades que llevó dicho suceso y la afectación que las mismas generaron a toda la esfera personal, social y afectiva del agredido. De este modo, se analizaría la modalidad de violencia empleada frente a la víctima, si el ofendido presentó resistencia o si por el contrario se quedó paralizado por el miedo, la forma en la que se realizó la penetración y las consecuencias posteriores que sufrió el sujeto pasivo en su existencia como consecuencia del ataque a su bien jurídico.

Es claro que la reparación integral no puede ser igual en un acceso carnal violento perpetrado por vía anal y cometido mediante la utilización de fuerza, en la cual la víctima se paralizó producto del pavor que le genera el acontecimiento, que frente a un acceso carnal violento perpetrado por vía bucal y cometido mediante la intimidación al sujeto pasivo. Ambas modalidades, pese a ser la misma conducta prohibida, se muestran diametralmente opuestas y por consiguiente generan daños de distinta naturaleza en el agredido y diferentes necesidades. Entendiendo entonces la totalidad de cada una de las características que revistieron el hecho lesivo, se abandonaría la uniformidad que el sistema pretende imponer a las víctimas, permitiendo que todos estos factores se vieran efectivamente reflejados en la reparación integral.

En lo relativo a los actos sexuales violentos la victimología podría jugar un papel fundamental, debido que, como sucede en el acceso carnal violento, con ella podemos comprender todas las aristas que se presentaron al momento del hecho victimizante. Acá se encuentra nuevamente el concepto de violencia, frente al cual la ciencia victimológica puede representar la misma importancia que en el acceso carnal violento, pero con la diferencia que en este tipo penal se ve acompañada por actos distintos a la penetración. Estos actos comprenden una amplia gama de conductas con connotación sexual, todas ellas disimiles entre sí, provocando un daño distinto con cada una, daño que experimenta el sujeto. Esta arista no puede ser desconocida por el modelo judicial y por ende debe tenerse presente para la reparación integral del sujeto.

Además, se presenta una característica importante a diferencia del acceso carnal violento y es que, producto de la misma naturaleza del ilícito, la conducta muchas veces se consume en lugares abiertos al público como lo puede ser el transporte público, establecimientos de comercio o centros deportivos. De esta manera la víctima es abordada por el sujeto activo a través de actos sorpresivos y es atacada violentamente en su órbita sexual, quedando así en una situación estupefacción e inseguridad ante la velocidad del suceso acaecido, que posteriormente puede degenerar en una falta de confianza que afecte su relación con el mundo y su auto percepción. En este sentido entonces, la victimología podría adentrarse en estas situaciones para aliviar los daños de los afectados.

Respecto al tipo penal de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir la victimología, como se ha resaltado en los anteriores injustos penales, posibilita comprender la multiplicidad de particularidades que rodearon el hecho victimizante y cómo ellas perjudicaron al ofendido y su existencia. En esta conducta, como se evidenció, no se presenta ninguna clase de violencia, puesto que, el obrar antijurídico consiste en colocar a la víctima en una posición de indefensión que posibilita el ataque al bien salvaguardado, el cual se puede producir por medio de tres modalidades como se explicó con antelación. Al ser estas tres

modalidades ampliamente diferentes, cada una conlleva una afectación diversa a la víctima.

Producto de esta situación de indefensión el agredido no tiene la posibilidad de manifestar su consentimiento libre frente al contexto sexual, quedando relegada la situación erótica únicamente al deseo del agresor. Como consecuencia de esto, luego del contacto erógeno el ofendido puede sentir que perdió toda capacidad de decisión sobre su propio cuerpo y su vida, viendo afectada drásticamente su autoestima y por consiguiente toda su vida. Esta cicatriz debe ser entendida a cabalidad, comprendiendo como ella se refleja en la existencia de la persona y posteriormente debe ser subsanada, ayudando a que el individuo lentamente supere el suceso traumático y se vuelva a percibir como soberano de su existencia.

Junto a la victimología, la justicia restaurativa puede ser también una gran herramienta en estos tipos penales, dado que, con instituciones como la mediación penal se pueden llegar a acuerdos entre ofensor y ofendido que permitan buscar la reparación integral desde medidas pecuniarias y simbólicas en compañía de la verdad, justicia y reparación. De este modo, los involucrados pueden acordar acciones restaurativas como lo puede ser el reconocimiento de la verdad, el perdón público, la creación de cualquier tipo de objeto que retrate lo sucedido o cualquier otra conducta que las partes dispongan.

Sumado a esto, la mediación puede abrir espacios para que el agredido pueda expresar el dolor que su parte interior guarda, a la par que permitir que el agresor manifieste su arrepentimiento por lo sucedido y garantice la no repetición de los hechos, parte que es fundamental en todos los delitos sexuales, en vista que, un gran porcentaje de ellos son cometidos por personas que son del núcleo cercano del individuo como lo son el social, laboral o familiar (Duque, Diez, Arrieta, 2019). Con estas acciones se logra una minimización de los efectos del daño que posibilitan una resolución del litigio más pacífica y satisfactoria para ambas partes.

Ahora, se podría pensar que la Ley 906 del 2004 limitó bastante la aplicación de la justicia restaurativa frente a los tipos penales contenidos en el capítulo de la

violación, en razón que, el artículo 524 del cuerpo normativo dispuso como condición para la extinción de la acción sancionatoria como consecuencia de la mediación penal, que la conducta perseguida tuviera una pena mínima no superior a cinco años, situación que no se cumple en ninguno de los delitos contenidos dentro de la violación. Esta crítica presenta un punto válido, pero realmente desconoce la teleología del modelo restaurativo, puesto que, la institución la institución no está centrada en terminar la acción penal, sino verdaderamente en resarcir aquellos daños generados en el hecho victimizante.

Siendo así, victimología y justicia restaurativa deben ser pilares fundamentales del modelo procedimental penal en los delitos contenidos en el capítulo de la violación, puesto que estas instituciones son vitales para volver a posar el rostro sobre el vencido en el hecho victimizante, abriendo la puerta a un acercamiento al dolor y las necesidades, permitiendo con ello una reparación integral desde las medidas simbólicas y pecuniarias que abandona la generalización impuesta por el sistema.

CONCLUSIONES

Se muestra que La Ley 906 del 2004 contempló un modelo procesal penal de partes que relegó a las víctimas a un rol secundario dentro de la resolución del litigio, pese a la posterior inclusión de figuras como el acusador privado, revictimizando nuevamente a los ofendidos al no permitir que su voz y su dolor sean escuchados. Esta falta de atención al agredido genera entonces un sistema de justicia que ha perdido su propia esencia y se convierte llanamente en un sistema sancionador, más no reparador, en tanto solo se impone una retribución al agredido como consecuencia de haber obrado en contra del ordenamiento jurídico, olvidando que hay un rostro cuya existencia se vio fragmentada al padecer el hecho victimizante.

Se evidencia de este modo que el modelo procesal desconoce realmente cómo se vio afectada la esfera bio-psico-social del sujeto pasivo, concluyendo el trasegar ante el juez con un resarcimiento meramente económico y que parte de criterios uniformes que desconocen las diferencias entre las víctimas. Siendo así, se está privando a los perjudicados de una reparación integral, derecho fundamental que

ostentan y que para cumplir con su teleología debe reunir conjuntamente la reparación pecuniaria y la reparación simbólica. De esta manera, se plantea un giro desde la victimología para el sistema de justicia penal, en vista que, con esta ciencia se puede lograr que el ofendido sea escuchado y comprendido desde sus necesidades y dolores, reivindicando los derechos que le asisten por su condición de vulnerabilidad. Conjuntamente, la victimología debe apoyarse de la justicia restaurativa, debido que, la misma se muestra como una guía para que los mismos intervinientes minimicen los efectos del daño mediante el diálogo y la participación activa, permitiendo que el dolor y el perdón se encuentren en el mismo sitio.

Se vislumbra entonces que en el campo de los delitos sexuales y específicamente en los tipos penales contenidos en el capítulo de la violación, la victimología y la justicia restaurativa son instituciones fundamentales, dado que, ellas comportan una naturaleza violenta y diversa. De esta forma, la víctima debe ser atendida en sus cicatrices internas y externas desde los propios daños que sufrió como consecuencia del ilícito, tomando en consideración todas las particularidades del momento delictivo y la afectación que sufrió en su existencia como consecuencia de este.

REFERENCIAS

Doctrinales

Escobar, E. (2013). Los delitos Sexuales. Bogotá D.C: Leyer Editores.

Fattah, E. (2014). Victimología: Pasado, presente y futuro. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16 (2), 1-33.

Márquez, A. (2011) La victimología como estudio: redescubrimiento de la víctima para el proceso penal. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, 14 (27), 27-42.

Duque, A., Diez, M., y Arrieta, E. (2019). Delitos sexuales en contra de menores de edad en Colombia: caracterización criminológica y político-criminal. *Revista Criminalidad*, 62, 247-274.

Sampedro, J., Suel, V., Quiñones, C., y Coronado, J. (2014). Proyecto de atención a víctimas de violencia sexual en el consultorio jurídico de la Pontificia Universidad Javeriana. *Vniversitas*, 129, 275-315.

Sampedro, J. (2008). Los Derechos Humanos de las víctimas: Apuntes para la reformulación del sistema penal. *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. ildi Bogotá (Colombia)*, 12, 353-372, Edición Especial 2008.

Zehr, H. (2007). *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. Estados Unidos: Good Books.

Normativa

Colombia. Congreso de la República. (2004). Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004).

ONU. (2005). Resolución, 60/147, Organización de las Naciones Unidas.

Jurisprudenciales

Corte Constitucional. (2007). Bogotá, D.C. Sentencia C- 516 de 2007. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (2002). Bogotá, D.C. Sentencia C-228 de 2002. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. (2017). Bogotá, D.C. Sentencia C-344 de 2017. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). San José. Caso Dacosta Vs Barbados. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y Costas. Sentencia 24 de septiembre de 2009.

Corte Suprema de Justicia (2020). Bogotá, D.C. Auto 2671 de 2020. Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa.

Corte Suprema de Justicia (2008). Bogotá, D.C. Sentencia 20413 de 2008. Magistrado Ponente: Julio Enrique Soacha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia (2015). Bogotá, D.C. Sentencia 5395 de 2015. Magistrada Ponente: María Del Rosario González Muñoz.

Corte Suprema de Justicia (2022). Bogotá, D.C. Sentencia 229 de 2022. Magistrado Ponente: Gerson Chaverra Castro.