

PARTE I:

ÁREA DE JUSTICIA

Alejandro Aponte Cardona, Director

Equipo:

Diana Dajer Barguil, Monitora
Carlos A. Mejía Walker, Gestor

Dinámica de la reparación en el proceso penal especial de Justicia y Paz.

Elementos para discernir un sistema general de reparaciones en el marco de la justicia transicional en Colombia

Contenido

I. Introducción

II. Criterios tradicionales en materia de reparación: el daño y la responsabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano y en el derecho internacional

I. El daño y la reparación

I.1. La transformación de diversos aspectos sobre el daño en la lógica transicional

I.1.1. Hacia una sistematización del concepto de daño colectivo

I.1.1.1. La construcción del daño colectivo como una experiencia práctica

I.1.1.2. Aspectos especialmente problemáticos respecto de la noción de daño colectivo

I.1.2. La reparación de los daños causados por violaciones masivas de derechos humanos

I.1.2.1. Medidas asistencialistas y medidas de reparación integral

I.1.2.2. La reparación transformadora como posible solución a los dilemas que genera la reparación integral

I.1.3. La flexibilización probatoria del daño en el contexto de la justicia transicional

I.1.3.1. La regla general: la víctima debe demostrar el daño

I.1.3.2. ¿La justicia transicional como marco de excepción en materia probatoria?

I.1.3.3. Criterios para la apreciación probatoria de los daños en contextos de justicia transicional

I.2. La evolución del derecho a la reparación integral en el derecho constitucional colombiano

I.2.1. El derecho a la reparación integral en la Constitución Política de Colombia

I.2.2. El derecho a la reparación integral en la jurisprudencia constitucional

I.2.3. El derecho a la restitución como derecho fundamental

2. La víctima como sujeto del derecho a la reparación integral

2.1. La concepción de víctima y sus derechos en el proceso penal

2.1.1. Consideraciones sobre las nociones de parte civil, víctima y perjudicado por el delito

2.1.2. Determinación de la calidad de víctima a partir de las condiciones de existencia del daño

2.2. Los derechos de las víctimas más allá de la mera reparación pecuniaria

2.3. La víctima en el proceso de Justicia y Paz

2.4. La víctima en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras

3. El derecho a la reparación integral en el derecho internacional

3.1. Evolución del derecho internacional en materia de reparación: la reparación más allá de la restitución

3.2. La reparación de las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

III. Hacia una coherencia entre los mecanismos de reparación integral

1. Desarrollo legal del deber de reparar y el derecho a la reparación integral en el sistema de Justicia y Paz
2. Sobre la álgida discusión alrededor de la restitución de los bienes en Justicia y Paz
3. El incidente de reparación integral regulado en la Ley 975 de 2005
4. La reparación individual por vía administrativa
5. La reparación integral en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras

IV. Reflexión en torno a aspectos especialmente críticos relacionados con la reparación

1. Una coincidencia perversa: las víctimas y los entornos más vulnerables
2. La posible *criminalización de la reparación*: reclutamiento ilegal y trata de personas como ejemplos
3. El efecto contraproducente de pensar la reparación en lógica penal y criminalizante
4. Conflicto armado interno y sentido de realidad
5. La necesaria autorrestricción del Sistema Interamericano en función del principio de realidad
6. Conflicto armado interno y Sistema Interamericano: ajustes normativos a realidades fácticas
7. Aportes conjuntos al cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

V. Una conclusión final: recuperación de las víctimas para la sociedad y el derecho

I. Introducción

La reparación integral de las víctimas del conflicto armado en Colombia y de la violencia política y social degradada, constituye uno de los grandes retos a los que se enfrenta el Estado con ocasión de la expedición de Ley de Justicia y Paz. Por esta razón, el Área de Justicia del Observatorio de DDR y Ley de Justicia y Paz del Centro Internacional de Toledo para la Paz, dedica su cuarto informe al análisis de diferentes aspectos, hoy en día críticos, frente a la garantía del referido derecho en el marco de la Ley 975 de 2005 y el contexto más amplio de la justicia transicional. Es decir, desde el ámbito específico de Justicia y Paz, el documento amplía su análisis a temas generales y especialmente críticos relacionados con la reparación.

Como en todos los informes, el punto de partida es la observación *in situ* de las audiencias, en este caso particular, de aquella más específica que da trámite al incidente de reparación, pero se amplía al análisis de los más diversos aportes que, en lógica transicional, han tenido lugar en el país a propósito de la reparación. De igual forma, como es habitual, se adelanta una reconstrucción normativa y jurisprudencial respecto del tema que nos ocupa y se liga dicha reconstrucción con un propósito que anima el escrito: el hecho de discernir variables y herramientas en función de la construcción de un sistema coherente de reparación, en vez de la dispersión de mecanismos y de vías para hacerla efectiva.

Antes de la expedición de la Ley 975 de 2005, la legislación aplicable a los procesos de negociación con los grupos armados organizados al margen de la ley regulaba, principalmente, lo concerniente a los beneficios jurídicos para todos aquellos que decidieren acogerse o adelantar tales iniciativas de paz, contemplando así las condiciones y requisitos necesarios para la extinción de la pena y de la acción penal, y señalando las políticas y acciones para la reintegración de los excombatientes a la vida civil.

La normatividad expedida para tales efectos no incluía de manera expresa e integral, tal y como lo hace la Ley de Justicia y Paz, asuntos transversales a una iniciativa de negociación del conflicto armado, como es la garantía de la triada de derechos de las víctimas: verdad, justicia y reparación. Hasta entonces las figuras predominantemente aplicables –y objeto de regulación–, eran la amnistía y el indulto como aspectos estructurales de dichas normas.

No obstante lo anterior, y sin desconocer la importancia de la implementación del proceso de Justicia y Paz, la Ley 975 de 2005 no es una sin antecedentes en Colombia. Así, si bien la norma avanza en la inclusión de las víctimas como intervinientes activos dentro del proceso, esta concepción de la víctima como sujeto procesal, con el correspondiente reconocimiento de unos derechos que le son propios, no es una inclusión original del procedimiento penal especial de Justicia y Paz. Por ejemplo, desde el año 2002, la Corte Constitucional se había pronunciado en Colombia, en sentencia n° C-228, en el sentido de reconocerle a las víctimas, además del derecho a la reparación económica, los derechos a la verdad y a la justicia en cada caso concreto.

Los anteriores aspectos fueron desarrollados de manera más profunda con la adopción de un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. En el marco normativo enunciado, se considera a la víctima como un interviniente activo dentro del proceso penal, con unas pretensiones claramente establecidas, las cuales giran alrededor de la garantía de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Por tanto, en la consideración de la víctima en los términos que hoy lo propone la Ley 975 de 2005, han intervenido, previo a su expedición, la Corte Constitucional y el cambio de estatuto procesal penal en lo ordinario, así como la suscripción por parte del Estado colombiano de una serie de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Además, ha habido un tránsito en la concepción misma de este sujeto de derechos: de sujeto pasivo a perjudicado y, más allá, a víctima; más recientemente aún, hacia una concepción de sujetos colectivos como víctimas.

Ahora bien, más allá de las anteriores constataciones, no puede desconocerse que la Ley 975 de 2005, junto con sus decretos reglamentarios, representa hoy el eje estructural del proceso de justicia transicional colombiano, alrededor del cual –y con los debidos matices–, Estado, víctimas, excombatientes desmovilizados y sociedad en

general, han centrado toda su atención y expectativas, con el propósito de contar con una vía legal e institucional que permita apostar por una posible paz, así como la garantía de los derechos de las víctimas, respecto de los cuales la reparación integral constituye un verdadero reto.

Lo anterior, claro está, haciendo un necesario reconocimiento a los más de seis años de esfuerzos jurídicos e institucionales para intentar satisfacer los derechos de las víctimas de la confrontación armada en el marco del proceso de Justicia y Paz, en donde la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, las salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y todas aquellas entidades responsables de direccionar el proceso de Justicia y Paz en Colombia, han concentrado todos sus esfuerzos para adelantar un proceso bastante complejo como el propuesto en la referida normatividad, en un contexto no menos difícil, donde el conflicto armado aún persiste.

Esfuerzos institucionales y legales éstos, que habrán de ser complementados y enriquecidos en los próximos años con la implementación de la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. Iniciativa jurídica creada con el propósito principal, ya no de resolver la situación jurídica de quienes dejan, han dejado o dejarán las armas, sino de reparar los daños y perjuicios de quienes han sido afectados por las mismas: las víctimas.

Un hecho insoslayable que ha evidenciado el Área de Justicia, en su ejercicio de observación, es que las diferentes disposiciones en materia de reparación contenidas en el marco más amplio de la justicia transicional en Colombia y enunciadas hasta el momento, se encuentran hoy frente a un reto particular: la necesaria armonización de los diferentes esfuerzos en materia de resarcimiento de las víctimas –legales, institucionales, administrativos, entre otros–, con el propósito de crear una verdadera política pública en materia de reparación integral.¹

La experiencia en materia de satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas, a través de los diferentes mecanismos para tal efecto contenidos en la Ley 975 de 2005, ha demostrado que urge una actuación mancomunada y coherente frente a las diversas disposiciones y vías para dar efectividad a este derecho, con el fin de encaminar los diferentes esfuerzos hacia una satisfacción más justa, eficiente e integral del mismo, que sea realmente, valga la redundancia, *reparadora* para las víctimas.

Lo anterior se une a un fenómeno transversal al proceso de Justicia y Paz, que debe ser estudiado y analizado con el fin de aprovechar los beneficios que pueda conllevar y minimizar sus posibles inconvenientes: las reglas tradicionales en materia de reparación, daño y responsabilidad en Colombia, tanto del derecho interno como aquellas con una vocación más de derecho internacional, han adquirido un sentido propio, las más de las veces complejo y caótico, al ser aplicadas en el marco de Justicia y Paz. Tanto el derecho constitucional como el civil, el penal y el administrativo en materia de reparación y responsabilidad, han adquirido una interdisciplinariedad propia, desbordando sus límites tradicionales, hasta alcanzar una lógica particular en el contexto transicional, nunca antes dimensionada por los operadores jurídicos nacionales.

¹ De hecho, la percepción sobre la necesidad de crear una política pública en materia de reparación de las víctimas es un consenso generalizado en Colombia: “son tres los consensos en materia de reparaciones en los que se ha avanzado en el debate colombiano. En primer lugar, el consenso más básico se relaciona con el deber ético y jurídico de la satisfacción plena del derecho a la reparación. En segundo lugar, existe acuerdo en que para garantizar la reparación efectiva es necesario hacer uso de vías judiciales y administrativas. Finalmente existe consenso en la necesidad de una política pública destinada a la restitución de los bienes y tierras que han sido arrebatadas por los actores armados (...). Así las cosas, la cuestión ya se trasladó de la mera discusión sobre si debe o no implementarse una política de reparaciones, a la discusión sobre el diseño, planeación e implementación de una verdadera política pública de reparación masiva”. Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (editores), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ y Dejusticia, Bogotá, 2009, p. 18 y 19.

A ello se suman, por su parte, retos externos a los propios mecanismos de reparación, que la ponen en riesgo y, por lo tanto, es necesario afrontarlos en un contexto de política pública de la reparación integral. La garantía de seguridad de las víctimas, luego de la restitución de sus tierras y durante su retorno, la falta de claridad de las distintas vías legales que éstas pueden ejercer con el propósito de exigir judicial o administrativamente su derecho a la reparación, entre otros, son algunos de los problemas fundamentales, muchos de los cuales son propios del caso *sui generis* y heterodoxo que es Colombia en el contexto general de países donde se realizan procesos de justicia transicional: como se señaló anteriormente, la persistencia del conflicto armado limita la satisfacción de los derechos de las víctimas, crea nuevos hechos victimizantes y anula las garantías de repetición de los hechos.² Es aquí donde más se debe trabajar: usando una pauta hobessiana, hay que construir paz formal como presupuesto mínimo para prohijar, sin retórica, acciones verdaderas de paz material.

En este orden de ideas, se pone de manifiesto la necesidad de crear un *sistema general de reparación integral en el marco de la justicia transicional en Colombia*, dotado particularmente de las características de coherencia interna y externa que, con buen criterio, algunos autores atribuyen como deseables en los programas de reparación integral de las víctimas. Así, un programa de reparaciones debe ser internamente coherente, en el sentido de ser un programa complejo, que distribuye diversos beneficios de manera integral, de manera que se complementen unos con otros. Por su parte, un programa de reparaciones es externamente coherente cuando guarda una estrecha relación con los otros mecanismos transicionales, como lo son los procesos penales y las formas de esclarecer la verdad.³

Sin embargo, como ha constatado el Área en el ejercicio de observación y seguimiento de diferentes audiencias de restitución de bienes y reparación integral llevadas a cabo en el marco del proceso de Justicia y Paz, a pesar de los esfuerzos de diferentes instituciones y operadores para garantizar este derecho, las medidas tendientes a la reparación de las víctimas carecen de coherencia interna y externa.⁴ De hecho, las más de las veces ni siquiera está claro cómo funcionan las diversas vías tendientes a la reparación, o cuáles son sus dimensiones reales en la dinámica cotidiana –este es el caso, por ejemplo, de la reparación del daño colectivo–, al tiempo que su implementación conlleva numerosos retos, especialmente por la ocurrencia de nuevas situaciones victimizantes y casos dramáticos, para citar un ejemplo, de despojo de tierras.

De igual forma, no deja de ser problemático en la práctica, el que la mayoría de reparaciones en Justicia y Paz deben realizarse en contextos masivos, a causa de la macrocriminalidad que subyace al conflicto armado, donde, además, las más de las veces las víctimas de los delitos son personas que pertenecen a sectores tradicionalmente marginados de la sociedad, situación que entraña retos particulares. Así, por ejemplo, algunos autores han puesto de presente que “el principio de reparación integral genera paradojas y dilemas difíciles en sociedades que intentan saldar cuentas frente a violaciones graves y masivas a los derechos humanos, ocurridas en regímenes autoritarios o durante conflictos armados. Estas sociedades enfrentan también usualmente profundas desigualdades sociales y económicas y una pobreza extrema muy extendida. El ideal de reparación integral se torna problemático en ese contexto pues implica, al menos en ciertos casos, conflictos difíciles entre la justicia correctiva y la justicia

² Una explicación detallada del contexto colombiano como un caso heterodoxo de justicia transicional, se encuentra en el siguiente texto: Alejandro Aponte, “Colombia: un caso *sui generis* en el marco de la justicia de transición”, en: Jessica Almqvist y Carlos Espósito (coordinadores), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates No. 199, Madrid, 2009, pp. 87-114. El volumen ampliado y actualizado, con nuevos aportes de diversas tradiciones y países, estará disponible en idioma inglés a finales del presente año.

³ Pablo de Greiff, “Justicia y reparaciones”, en: Catalina Díaz (editora), *Reparaciones para las víctimas de la violencia política: estudios de caso y análisis comparado*, Serie Justicia Transicional, ICTJ, Bogotá, 2008, p. 333.

⁴ Ello, a pesar de que la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras dispone como principios generales de la misma, en sus artículos 11 y 12, la coherencia interna y la coherencia externa. Es importante, en la práctica, armonizar estos principios de la Ley 1448 de 2011 con los esfuerzos tendientes a la garantía de los derechos de las víctimas, entre ellos la reparación, en el contexto de la Ley 975 de 2005.

distributiva”.⁵ Por lo tanto, han surgido nociones para subsanar estas paradojas o nudos ciegos, como el concepto de *reparación transformadora*, incluida en el artículo 25 de la Ley 1448 de 2011. Es, de suyo, un hecho que ha sido ventilado por el Área de Justicia desde sus primeros informes: la desafortunada coincidencia entre el ser víctimas y provenir al mismo tiempo de los ámbitos más marginados y abandonados por el Estado.

En el marco señalado, en el presente informe el Área de Justicia estudia diversos elementos fundamentales hoy de cara a la garantía del derecho a la reparación integral de las víctimas, no sólo dentro del contexto más limitado y acotado del proceso penal especial de Justicia y Paz, sino en el marco de Justicia y Paz como sistema, así como en el contexto de otros mecanismos de justicia transicional en Colombia, como lo es, por ejemplo, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Ello, con el objetivo de poner de presente y analizar diferentes aspectos que deberían estar comprendidos por un sistema general de reparación integral en Colombia, con coherencia interna y externa.

La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras avanza en la concepción de la reparación integral en Colombia como sistema, al crear el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, constituido por el conjunto de entidades públicas del nivel gubernamental y estatal en los órdenes nacional y territoriales y las demás organizaciones públicas o privadas, encargadas de formular o ejecutar los planes, programas, proyectos y acciones específicas, tendientes a la atención y reparación integral de las víctimas de que trata la Ley 1448 de 2011. Sin embargo, en la creación de dicho sistema es importante considerar las diferentes acciones tendientes a la reparación contenidas en otros mecanismos de justicia transicional en Colombia, como lo son los comprendidos en la Ley 975 de 2005.

Son esfuerzos que ameritan armonización e integración normativa, con el objetivo de evitar futuros conflictos en la práctica, los cuales deberían ser considerados en la elaboración del Plan Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, al cual hace referencia el artículo 161 de la Ley 1448 de 2011, con el fin, entre otros, de lograr los objetivos de las entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Es necesario pensar en términos de sistema, tanto en función de mecanismos de justicia transicional en general, como respecto de las diversas formas que hoy conviven de reparación.

En función de los objetivos planteados, el informe se divide en tres secciones interrelacionadas, a saber: (i) un primer capítulo en el que se estudian y problematizan las reglas tradicionales en materia de reparación, daño y responsabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano y en el derecho internacional, con el objetivo de analizar de qué forma han cambiado bajo la Ley 975 de 2005, así como aquellos factores que implican retos particulares para los operadores jurídicos en la actualidad; (ii) un segundo capítulo en el cual se reflexiona sobre los diferentes mecanismos de reparación integral contenidos en el contexto de la justicia transicional en Colombia, tanto aquellos contenidos en la Ley de Justicia y Paz, como las rupturas y novedades que trae consigo la expedición de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras; y (iii) por último, un tercer capítulo donde se examinan ciertos aspectos que en la actualidad suscitan arduos debates alrededor del derecho a la reparación integral, con el propósito de realizar observaciones y propuestas para reducir tensiones percibidas en los mismos.

II. Criterios tradicionales en materia de reparación: el daño y la responsabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano y en el derecho internacional

La implementación en la práctica del derecho a la reparación integral en Justicia y Paz, ha demostrado que este aspecto es, por excelencia, interdisciplinario. En su garantía han confluído, para citar algunos casos, reglas propias tanto del derecho civil, como del penal, el administrativo y el internacional. Así, por ejemplo, en un caso de restitución de tierras por desplazamiento forzado, lo más común es que criterios por lo general aislados en contextos ajenos al conflicto armado y donde no opera un derecho penal ligado a la persecución penal de crímenes internacionales –en el contexto de guerra y derecho colombiano–, se mezclen, no obstante, entre sí,

⁵ Rodrigo Uprimny y Diana Esther Guzmán, “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, en: *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 17, Bogotá, 2010, p. 235.

nociones como la buena fe exenta de culpa, la posesión, las características dogmáticas del delito de desplazamiento forzado –en tanto crimen internacional–, los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en materia de reparación de las víctimas y la responsabilidad subsidiaria del Estado como garante del derecho a la reparación integral. Son criterios que convergen al momento de decidir cuál es la mejor forma de reparar a la víctima y restituir propiedades despojadas a los mismos.

La convergencia de estos elementos se mezcla en un contexto donde es particular, no sólo la tensión entre guerra y derecho, sino también y al mismo tiempo, entre guerra y paz, entre guerra y política. Por ello, es fácil entrever la dificultad práctica de llevar a cabo acciones de reparación en medio de estas tensiones. Este hecho impone nuevos desafíos al derecho tradicional en materia de reparación y daños, desde las diferentes disciplinas jurídicas, a la hora de resolver este tipo de situaciones de manera tal que se garantice el derecho a la reparación integral de la forma más eficiente y justa posible, disminuyendo la inseguridad jurídica y la existencia de criterios disímiles para resolver los problemas que provoca.

Estas dificultades, por su parte, se unen a disyuntivas particulares, generadas por el contexto masivo y de macrocriminalidad de la justicia transicional en Colombia, que trascienden los límites tradicionales de lo que ha sido el derecho a la reparación por daños desde las diferentes disciplinas jurídicas. En estos contextos la pregunta fundamental no es sólo cómo restituir a la víctima al estado en el que se encontraba antes de daño, sino cómo crear las condiciones necesarias para que comunidades enteras, afectadas por homicidios, desplazamientos, y desapariciones forzadas masivas, entre otros delitos, puedan ejercer ciudadanía plena, reparando lo que ha sido denominado daño colectivo. Además, tal como se ha anunciado, uno de los grandes problemas subyacentes a esta cuestión, radica en que en la mayoría de las ocasiones, las víctimas de la macrocriminalidad enunciada anteriormente, son personas pertenecientes a sectores tradicionalmente marginados en la sociedad, con una muy limitada garantía de derechos de segunda, tercera e incluso primera generación por parte del Estado. Por lo tanto, surge la pregunta fundamental sobre qué tan deseable es restituir a esas víctimas al estado anterior cuando el mismo era precario.

Precisamente en la respuesta a esa pregunta radican las grandes discusiones actuales en torno a la garantía del derecho a la reparación de las víctimas, que trascienden las concepciones jurídicas tradicionales. Por tanto, a continuación se estudiarán algunas reglas usuales en materia de reparación, daño y responsabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano y en el derecho internacional, para analizar de qué forma han cambiado bajo la Ley 975 de 2005 y el contexto general de la justicia transicional en Colombia, con el fin de evidenciar ciertos aspectos cuya solución implica retos particulares para los operadores jurídicos en la actualidad, así como para la conciencia jurídica colombiana, en general, en materia de garantía al derecho a la reparación integral. Para tal efecto, este primer análisis se realizará a la luz de tres aspectos jurídicos distintos pero interrelacionados: (i) la forma como han cambiado los conceptos tradicionales de daño y reparación; (ii) las variaciones que se han presentado en la concepción de la víctima y sus derechos en el ámbito del proceso penal; y (iii) el uso de criterios de derecho internacional en materia de reparación integral en el derecho interno.

I. El daño y la reparación

Para iniciar el estudio del derecho a la reparación de las víctimas en el contexto de la justicia transicional, es pertinente, en primer lugar, analizar los principales planteamientos que sobre los conceptos de daño y reparación se han propuesto tradicionalmente desde el derecho penal, el derecho civil, el derecho administrativo y el derecho constitucional. Estas reglas jurídicas, normalmente aplicadas en procesos ordinarios, han sido reevaluadas hasta adquirir nuevas dimensiones en el contexto del conflicto armado colombiano. Así, no sólo han surgido nuevas reglas en materia de reparación con ocasión de la expedición de leyes como la 975 de 2005 o la 1448 de 2011, sino que antiguas normas, ajenas al contexto transicional, han sido reinterpretadas hasta adquirir nuevos sentidos bajo la óptica de la justicia transicional.

Así, por ejemplo, en materia penal, la comisión de un hecho punible cuya realización implique daños o perjuicios a terceros, origina tradicionalmente, no sólo consecuencias de orden punitivo, sino también civil, por lo que, en

principio, y siempre y cuando ello fuere posible, toda persona que ejecute una conducta típica, antijurídica y culpable, debe restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento previo a la realización de la misma, así como resarcir los daños o perjuicios que se hubieren ocasionado.⁶

De ahí las afirmaciones contenidas en los artículos 94 del Código Penal y 2341 del Código Civil, en el sentido de que “la conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella” y “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. Estas dos normas ponen de manifiesto que cuando se infringe la ley penal, no sólo se afectan los bienes jurídicos tutelados en cada caso concreto, sino que, además, puede producirse un daño que afecta a una persona o, incluso, a un número plural de las mismas.⁷

De igual forma, el daño en el contexto expuesto se puede entender como un efecto jurídico del delito, que comporta la doble connotación de ser público o social y particular. Así, por lo primero se entiende el perjuicio que “se produce al lesionar el bien o interés jurídico protegido por el Estado y que explica su intervención poniendo en marcha el aparato punitivo, imponiendo las sanciones a quien ha infringido el orden jurídico, pues el delito es siempre un hecho que perjudica a la comunidad”. Por su parte, el “daño particular que se produce con la lesión del bien jurídico, conocido como daño civil, da lugar a la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el ilícito, estableciéndose por el ordenamiento jurídico la obligación para el sujeto activo de reparar los daños tanto morales como materiales”.⁸

Ahora bien, una primera dificultad que adquiere este concepto tradicional de reparación de los daños causados como consecuencia de un delito, es que, como se señaló anteriormente, en contextos de justicia transicional la reparación de graves violaciones a derechos humanos no hace referencia general a casos aislados, donde la garantía de este derecho es relativamente sencilla, en el sentido de que no impone retos particulares para el Estado. Bajo la óptica transicional, se parte del supuesto de que se pretende reparar casos masivos, muchas veces complejos, que además atienden a concursos de delitos y numerosos daños que trascienden lo individual. Sin embargo, esta situación también puede ser una oportunidad para corregir situaciones subyacentes de discriminación y marginalidad de las víctimas, en el sentido de que “en los períodos de transición las reparaciones buscan, en última instancia, como lo hacen la mayor parte de las medidas transicionales, contribuir (modestamente) a la reconstitución o constitución de una nueva comunidad política”.⁹

El caso del desplazamiento forzado es emblemático: una acción concreta, por ejemplo una masacre adelantada por hombres con rostros cubiertos, casi invisibles, genera, en pocas horas y días, desplazamientos masivos y las víctimas se dispersan. Así, se trata, como lo ha sugerido el director del Área de Justicia en trabajos previos, de un típico delito que produce víctimas sin victimarios; es decir, víctimas con carácter masivo, sin sujetos activos fácilmente localizables. En este contexto, así como deben ser ampliadas pautas dogmáticas penales tradicionales – como el dolo directo o la noción misma de sujeto pasivo–, conceptos clásicos del derecho administrativo deben sufrir el mismo proceso, para adecuarse a la realidad de la macrocriminalidad, de la producción masiva y sistemática de miles de víctimas.¹⁰

⁶ Fernando Velásquez, *Manual de derecho penal. Parte general*, Editorial Temis, Bogotá, 2002. p. 619. En igual sentido, puede verse: Doris Arias Madrigal, *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, en: <http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones/view>, p. 4.

⁷ Fernando Velásquez, *Op. Cit.*, pp. 620-621. Para un estudio detallado sobre la relación entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal en Colombia, se sugiere consultar: Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Legis, Bogotá, 2007.

⁸ Corte Constitucional, sentencia n° C-1149 del 31 de octubre de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁹ Pablo de Greiff, “Justicia y reparaciones”, en: Catalina Díaz (editora), *Reparaciones para las víctimas de la violencia política: estudios de caso y análisis comparado*, Serie Justicia Transicional, ICTJ, Bogotá, 2008, p. 307.

¹⁰ Para mayor información sobre los retos para las normas jurídicas tradicionales que ha implicado la persecución penal del delito de desplazamiento forzado en Colombia, ver: Alejandro Aponte: *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Reglas, principios de interpretación y fórmulas de imputación*, Monográfico n° 1, Observatorio Internacional de DDR y Ley

En este orden de ideas, si la reparación se utiliza de forma adecuada, comprendiendo el fin último de este derecho como uno que, más allá de lo individual, puede facilitar la transición de la sociedad hacia una forma más auténtica de democracia y la plena ciudadanía de sus individuos, la masividad como reto de la reparación podría, a futuro, ser uno de sus beneficios.¹¹ Una manera como se podría aprovechar el papel estatal como garante final del derecho a la reparación de las víctimas en Justicia y Paz, es comprender los cambios que actualmente se presentan en esta área del derecho de cara a la práctica, de tal forma que la interdisciplinariedad de la materia se convierta en una fortaleza útil, en lugar de ser una compleja dificultad.

En este orden de ideas, en el presente capítulo el Área de Justicia estudia algunos de esos cambios fundamentales que en materia de reparación integral se han producido en Colombia con ocasión de la Ley 975 de 2005, así como por violaciones masivas a derechos humanos que han variado los límites tradicionales de diversas disciplinas jurídicas. Lo anterior, específicamente a partir de dos aspectos particularmente relevantes: (i) la reestructuración de diversos aspectos tradicionales relacionados con el daño en la lógica transicional colombiana; y (ii) los cambios presentados dentro del ámbito del derecho a la reparación integral en el derecho constitucional.

I.1. La transformación de diversos aspectos sobre el daño en la lógica transicional

Uno de los cambios más trascendentales que actualmente se están presentando dentro del derecho tradicional de la responsabilidad por daños en Colombia, con ocasión del proceso de justicia transicional que vive el país, está directamente relacionado con la regulación tradicional con respecto al daño mismo a ser reparado. En este sentido, a continuación se abordarán tres aspectos críticos que ameritan análisis y solución de cara a la práctica del proceso de Justicia y Paz, con el fin de garantizar de una manera más adecuada y efectiva el derecho a la reparación de las víctimas, a saber: (i) la transformación de los diversos tipos de daños regulados en el ordenamiento jurídico, para darle una mayor importancia al daño colectivo; (ii) la reparación de daños causados por violaciones masivas de derechos humanos; y (iii) la flexibilización en materia probatoria del daño.

Sin embargo, antes de explicar las anteriores cuestiones, es fundamental primero establecer algunos aspectos tradicionales sobre aquello que se ha entendido en Colombia por daño, con el fin de contrastar sus variaciones y cambios con ocasión de la expedición y vigencia de la Ley 975 de 2005. De esta forma, como señaló el Área en anteriores ocasiones, recogiendo los planteamientos más relevantes sobre la materia, se suele entender por daño, “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”, lo que sugiere ‘la alteración negativa de un estado de cosas existente’. A su vez, hay varias premisas básicas que se predicán del reconocimiento del daño en un proceso de responsabilidad, a saber: (i) el daño es el primer elemento a estudiar en un proceso de responsabilidad; (ii) el daño es un requisito necesario pero por sí mismo insuficiente para declarar la responsabilidad; (iii) el daño debe ser probado por quien lo sufre; (iv) el daño debe ser indemnizado plenamente; y (v) la indemnización del daño no depende de la acción procesal utilizada para obtener la reparación del mismo”.¹²

de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2009; y Alejandro Aponte, *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Fundación Konrad-Adenauer, Bogotá, 2010.

¹¹ Así, por ejemplo, autores como Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, han puesto de presente que “en el tema de la reparación de violaciones masivas y protuberantes de los derechos humanos en sociedades con profundas desigualdades, es necesario mirar a las reparaciones no sólo como una forma de justicia correctiva, que busca enfrentar el sufrimiento ocasionado a las víctimas y a sus familiares por los hechos atroces, sino también como una oportunidad de impulsar una transformación democrática de las sociedades, a fin de superar situaciones de exclusión y desigualdad que, como en el caso colombiano, pudieron alimentar la crisis humanitaria y la victimización desproporcionada de los sectores más vulnerables y que en todo caso resultan contrarias a principios básicos de justicia distributiva”. Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (editores), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ y DeJusticia, Bogotá, 2009, p. 24.

¹² Alejandro Aponte Cardona (director del Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico n° 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 324. Para un estudio sobre el daño y su regulación en Colombia, se recomienda consultar el trabajo de Juan Carlos Henao, *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 84.

Ahora bien, la jurisprudencia colombiana ha distinguido entre tres tipos de daños, con el fin de distinguir el mecanismo apropiado por el cual se pretende demandar su reparación:¹³

“Entonces, nos encontramos ante la presencia de tres (3) tipos de daño que es conveniente diferenciar, porque ante ellos, los mecanismos de protección son distintos: El **daño individual** afecta derechos patrimoniales, extrapatrimoniales y fundamentales de un solo individuo identificado o identificable; el **daño de grupo** afecta a una porción de individuos que forman parte de una comunidad determinada o determinable; y el **daño colectivo** no afecta directamente a un individuo o a un grupo de individuos, pero sí a una comunidad determinada o determinable. Estas tres clases de daño pueden darse de manera conjunta o separadamente”.¹⁴

I.1.1. Hacia una sistematización del concepto de daño colectivo

En la óptica transicional, un primer elemento que ha variado sustancialmente de cara a la concepción ordinaria de los diferentes tipos de daños en el ordenamiento jurídico colombiano, ha sido la noción y las implicaciones prácticas del daño colectivo. Tanto es ello, que a la fecha de redacción del presente informe no hay claridad sobre la respuesta a diversas preguntas que suscita esta noción en el proceso de Justicia y Paz. Así, como señaló el Área de Justicia en anteriores informes, algunos de estos interrogantes son, para citar unos ejemplos: ¿qué es el daño colectivo?, ¿cómo se prueba y a quién le corresponde probarlo?, ¿cuáles son sus componentes?, ¿a quién o a quiénes se extiende la obligación de reparar el daño colectivo?, ¿qué son las medidas de reparación colectiva?¹⁵

Con respecto a qué es el daño colectivo, en el derecho civil y constitucional se ha entendido que “son derechos colectivos los relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicas, la moralidad administrativa, el ambiente y la libre competencia económica; también lo son los enunciados en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998 y los definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados internacionales celebrados por Colombia, según lo dispuesto en el inciso penúltimo de esa misma norma”.¹⁶

Lo anterior, toda vez que el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia estableció un mandato al legislador de regular “las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”, mientras que el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, se encargó de señalar, en una lista no taxativa, cuáles son los derechos e intereses colectivos, indicando que éstos son, entre otros, los relacionados con el goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa y los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional ratificados por Colombia.¹⁷

Sin embargo, en el proceso penal de Justicia y Paz, esta concepción de lo que es el daño colectivo ha tenido variaciones sustanciales, puesto que, en términos generales, “existen al menos dos vías de aproximación a la

¹³ Corte Suprema de Justicia (CSJ), Sala de Casación Penal, sentencia del 17 de marzo de 2009, radicado n° 30978, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia n° T-325 del 2 de mayo de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁵ Alejandro Aponte Cardona (director del Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico n° 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 323.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de julio de 2003, radicado n° 25000-23-27-000-2000-0111-01(Ap-0111), Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

¹⁷ El constituyente de 1991 protegió estos derechos e intereses a través del concepto de “derechos difusos”, el cual hace referencia al interés de un grupo indeterminado de personas; es decir, a una categoría abierta que se llena de contenido a medida en que la tecnología y la ciencia avanzan y cambian, lo que hace imposible encontrar una categoría taxativa de derechos e intereses colectivos protegidos legalmente. Para mayor información sobre el concepto de derechos difusos se sugiere consultar: Jorge Enrique Martínez Bautista y Lucely Diez Bernal, *Acciones Populares, El Ministerio Público en la defensa del medio ambiente*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1999, p. 34.

definición de daño colectivo, a saber: como perjuicio a un interés o derecho colectivo, y como afectación a una determinada colectividad; es decir, el daño colectivo ha sido definido en clave del interés o derecho vulnerado y en clave del sujeto víctima”.¹⁸

Otros autores también han efectuado una distinción sobre la forma de aproximarse al concepto de daño colectivo, pero desde otra perspectiva. Así:

“En la doctrina es usual hacer una distinción referente al daño colectivo: una cosa es el daño colectivamente causado, y otra el colectivamente padecido; el primero hace referencia a los casos en que el daño es causado por hechos atribuibles a grupos de personas en los cuales puede identificarse o no al individuo autor del hecho dañoso y, por consiguiente, del daño; es un fenómeno que tiene que ver con la imputación del daño a grupos que, de alguna manera, tiene relevancia en la Ley 975 de 2005. El segundo, que por el momento nos interesa, es el daño que padece una colectividad, una comunidad, como consecuencia de la lesión o menoscabo de un derecho, de un interés o de un bien jurídico colectivo”.¹⁹

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, 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”.²⁰

En este sentido, el artículo 5 de la Ley 975 de 2005 define como víctima a “la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley”.²¹

Nótese, por consiguiente, que la Ley 975 de 2005 establece dos clases de víctimas desde la óptica expuesta: las individuales y las colectivas. Por tanto, “lo que debe tenerse en cuenta para esta clasificación no es el número de víctimas o personas que se afectan con el daño o que sufren perjuicios, sino el tipo de bien jurídico tutelado que se ha afectado como producto de la acción delictiva del GAOML”.²² Sin embargo, como han demostrado algunos estudios especializados, recogiendo experiencia comparada sobre este aspecto, una forma apropiada de determinar medidas más consistentes de reparación colectiva en Colombia, podría ser a partir de la definición de quiénes son consideradas víctimas colectivas, lo que sería más, quizá, una decisión política.²³ (Sobre el concepto de la colectividad como víctima se volverá más adelante en el presente informe, específicamente en el capítulo destinado a la forma como ha variado la concepción tradicional de víctima en el ordenamiento jurídico colombiano con ocasión de las leyes 975 de 2005 y 1448 de 2011).

En conclusión, como ha señalado el Área en anteriores informes “es posible atender a dos perspectivas del daño colectivo, distinguiendo el daño colectivamente causado de aquel colectivamente padecido. Así, la primera

¹⁸ Diego González Medina, *Apuntes sobre la reparación judicial en el marco de la Ley de Justicia y Paz*, en: Diego González, Fernando Perdomo y Cielo Mariño, *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ, 2009, p. 65.

¹⁹ Claudia López (coordinadora), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ, 2010, p. 116.

²⁰ CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de abril de 2011, radicado n° 34547, M.P. María del Rosario González de Lemos.

²¹ Artículo 5 de la Ley 975 de 2005.

²² Claudia López (coordinadora), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ, 2010, p. 42.

²³ Catalina Díaz, “La reparación colectiva: problemas conceptuales en perspectiva comparada”, en: Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (editores), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ y DeJusticia, Bogotá, 2009, pp. 145-192.

vertiente se relaciona con los daños causados por hechos atribuibles a grupos de personas, en los cuales puede identificarse o no al individuo autor del daño y se hace alusión a la imputación del daño a grupos armados. Por otra parte, la segunda perspectiva hace referencia al daño que padece una colectividad como consecuencia de la lesión o menoscabo de un derecho, de un interés o de un bien jurídico colectivo. Es importante no confundir ambas perspectivas”.²⁴

I.I.I.I. La construcción del daño colectivo como una experiencia práctica

Valga resaltar en este punto que la elaboración del concepto de daño colectivo en Colombia ha sido un proceso construido desde la práctica, de diálogo entre el Estado y diferentes comunidades, donde se ha propiciado un reconocimiento de las mismas nunca antes experimentado en Colombia, al tiempo que se han determinado diversos daños causados por la ruptura del tejido social como consecuencia del conflicto armado colombiano. Así, como señaló un interviniente en un conversatorio sobre daño colectivo llevado a cabo en Valledupar en el mes de noviembre de 2010:

“La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, con el diseño y ejecución de proyectos pilotos de reparación colectiva, consideró que los sujetos de reparaciones en el ámbito colectivo no son sólo aquellas que tienen un componente étnico, sino que había posibilidades de que las comunidades campesinas, por su factor de cohesión y de identidad cultural pudieran considerarse como un sujeto colectivo por encima de cada uno de los miembros y que ese sujeto colectivo podría ser objeto de reparación, como es el caso de la comunidad del corregimiento de Mampuján, pues de los estudios realizados y del contacto con las víctimas, se determinó que el 100% de los integrantes de esta comunidad fue objeto de desplazamiento forzado y tenía de alguna manera, identidad cultural y religiosa, ya que la gran mayoría de sus habitantes pertenecía a la Iglesia Cristiana Menonita, por lo que se comportaron como un colectivo cohesionado. Entonces, en principio, se puede decir que hay comunidades fácilmente determinables que son sujetos de reparaciones colectivas, o sujetos de derechos colectivos como los grupos étnicos, los sindicatos, gremios, asociaciones que hayan sido objeto de alguna clase de persecución sistemática, previamente constituidos y que fueran distinguibles, frente a las cuales se ejerció una violencia sistemática en contra de sus miembros.

Sin embargo, el proceso de justicia y paz ha reinterpretado el concepto anterior de la afectación de derechos colectivos y básicamente de la carencia de derechos de una comunidad poblacional, por la falta de institucionalidad y presencia del Estado en la misma, no de un sujeto colectivo específicamente, para incluirse como una situación objeto de reparaciones en el ámbito de lo colectivo, ello hasta que el gobierno expida un programa de reparaciones que atienda las finalidades previstas en el artículo 49 de la Ley 975 del 2005, pues lo que se busca es contar con una serie de medidas de reparación que tiendan a la recuperación de la confianza en las instituciones por parte de la sociedad, concentrada en pueblos y regiones”.²⁵

Es importante señalar, por su parte, que la Ley 1448 de 2011 avanza en la regulación de lo que se entiende por daño colectivo y reparación colectiva. Lo anterior, al disponer, en su artículo 151, que dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la misma, “la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, tomando en consideración las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, y a través del Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, deberá implementar un Programa de Reparación Colectiva que tenga en cuenta cualquiera de los siguientes eventos: a) El daño ocasionado por la violación de los derechos colectivos; b) La violación grave y manifiesta de los derechos

²⁴ Alejandro Aponte Cardona (director del Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico n° 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 334.

²⁵ Miguel Antonio Carvajal, “Incidente de reparación colectiva”, en: *Conversatorio sobre daño colectivo*, Conversatorios de Justicia y Paz, compilación de memorias, MAPP-OEA, GIZ y CNRR, Bogotá, 2011, pp. 179 y ss.

individuales de los miembros de los colectivos; c) El impacto colectivo de la violación de derechos individuales”.²⁶ La experiencia de la implementación de la Ley 975 de 2005 en materia de reparación del daño colectivo será fundamental al diseñar y ejecutar el Programa de Reparación Colectiva.

De igual forma, el artículo 152 de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, hace referencia explícita a qué se entiende por sujetos de reparación colectiva, al indicar que, para efectos de la aplicación de dicha ley, serán sujetos de la reparación colectiva los grupos y organizaciones sociales y políticos, las comunidades determinadas a partir de un reconocimiento jurídico, político o social que se haga del colectivo, o en razón de la cultura, la zona o el territorio en el que habitan, o un propósito común.²⁷ Sin duda, aun cuando la Ley 1448 de 2011 avanza al señalar qué se entiende por sujeto de reparación colectiva, la definición de sujeto colectivo dada por esta ley es ambigua y abstracta, lo que será un verdadero reto para la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas al elaborar el Programa de Reparación Colectiva.

No obstante, al momento de redacción del presente informe se perciben importantes esfuerzos encaminados a darle consistencia a dicho programa, especialmente por parte de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, que a través de un documento titulado Programa Institucional de Reparación Colectiva, presentó recomendaciones precisamente para que sean consideradas por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas en la creación del mismo. Así, las observaciones realizadas por la CNRR se dividen en: “i) recomendaciones sobre el contenido, alcance y enfoque de la reparación colectiva; ii) recomendaciones generales para la implementación del Programa Institucional de Reparaciones Colectivas; iii) recomendaciones procedimentales para el diseño de los planes de reparación colectiva específicas para cada comunidad, grupo o pueblo del universo del Programa Institucional de Reparaciones Colectivas”.²⁸

1.1.1.2. Aspectos especialmente problemáticos respecto de la noción de daño colectivo

La concepción actual sobre daño colectivo en Colombia que, por lo demás, parte de una interpretación respecto de una noción que no se encuentra claramente reglamentada, impone numerosos retos para los operadores jurídicos al momento de determinar los daños colectivos de cara a la práctica del proceso penal de Justicia y Paz. Así, por ejemplo, el primero de ellos radica en que, en ausencia de una regulación sobre el daño colectivo, la Corte Suprema de Justicia ha determinado, jurisprudencialmente, que el escrito de acusación que presenta la Fiscalía dentro de los procesos de Justicia y Paz, debe cumplir con los requisitos previstos por el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, y además, con una serie de requisitos especiales, entre los cuales resalta la obligatoriedad de establecer:

“4. Una relación clara y sucinta de los daños que la organización armada al margen de la ley colectivamente haya causado, circunscritos a los cometidos dentro del marco temporal y espacial en

²⁶ Artículo 151 de la Ley 1448 de 2011.

²⁷ Artículo 152 de la Ley 975 de 2005. En este punto es importante agregar que en la caracterización del daño colectivo en Colombia ha sido fundamental el reconocimiento constitucional de que, más allá de individuos que fueron vulnerados en sus derechos, “existen sujetos colectivos de derecho que son unidades sociales, económicas, políticas, culturales, frente a las cuales el Estado tiene obligación de darles un trato diferencial. De manera que así como cualquier persona tiene derecho a un nombre o a una personalidad distinta, o a la integridad de su cuerpo, el pueblo Kankuamo o Arhuaco tiene derecho a la integridad de su cuerpo, tiene derecho a un nombre distinto o a una personalidad distinta”. Esther Sánchez, “Conversatorio sobre daño colectivo”, en: *Conversatorios de Justicia y Paz, compilación de memorias*, MAPP-OEA, GIZ y CNRR, Bogotá, 2011, pp. 182.

²⁸ Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *Programa Institucional de Reparación Colectiva*, Resumen Ejecutivo, Bogotá, 2011, p. 4. En este sentido, por ejemplo, el Programa Institucional de Reparación Colectiva creado por la CNRR avanza en la definición de las violaciones que dan lugar a la reparación colectiva, señalando que serán aquellas que impliquen violación de derechos colectivos, violación de derechos de sujetos colectivos constitucionalmente protegidos, violación sistemática y/o generalizada de derechos individuales con impacto en un sujeto colectivo y violación de derechos individuales con impacto en un colectivo. El Programa Institucional de Reparación Colectiva fue entregado formalmente por la CNRR al gobierno nacional el 12 de septiembre de 2011.

donde el desmovilizado desarrolló su militancia, con identificación puntual de cada una de las víctimas (tanto las individuales como las colectivas)”.²⁹

Esta providencia, por su parte, ha suscitado arduas “discusiones, no sólo por los problemas jurídicos que plantea respecto de la identificación del daño colectivo, sino porque exige a la Fiscalía realizar una ardua tarea de configuración del daño colectivamente padecido, lo cual, en gran medida rebasa la etapa en la que debe presentar el escrito de acusación, así como las exigencias procesales que un proceso de justicia transicional debe tener en la práctica, para ser efectivo dado el tiempo y los costos disponibles”.³⁰

De igual forma, esta exigencia ha causado que gran parte del tiempo destinado a los incidentes de reparación que se han efectuado hasta el momento en Justicia y Paz, se dedique a la discusión sobre el daño colectivo, pero sin un esquema claro sobre los lineamientos que debe contener este componente, que permita que el juez determine medidas de reparación colectiva que en realidad reconstruyan el tejido social de las comunidades. Por tanto, esfuerzos como los realizados por el artículo 151 de la Ley 1448 de 2011, al ordenar la implementación de un Programa de Reparación Colectiva, podrían ser particularmente útiles si contribuyen a remediar estas dificultades que se han percibido en el proceso de Justicia y Paz con respecto a la reparación del daño colectivo. Precisamente a propósito de este tipo de conflictos se vuelve particularmente relevante la creación de un gran sistema de reparación integral en Colombia, que articule los esfuerzos de la Ley 975 de 2005 con los avances de la Ley 1448 de 2011 en materia de reparación a las víctimas en Colombia.

En forma general se debe advertir que la experiencia práctica de lo que han sido los incidentes de reparación integral respecto del daño colectivo, muestran la necesidad de reglamentar en todo caso esta cuestión:

“La Procuraduría General de la Nación no había tenido ninguna experiencia en representación de víctimas colectivas, hasta que la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, determinó que dentro de la formulación de cargos, la Fiscalía General de la Nación debería incluir una valoración de lo que podría constituirse como daño colectivo, por lo que se empezó a pensar sobre la necesidad de asumir la representación de ese colectivo que se pretendía reparar dentro del trámite del proceso de Justicia y Paz. Si bien esto sucedió en el año 2008, con las primeras decisiones de la Corte Suprema de Justicia en el caso Wilson Salazar Carrascal, la verdad es que en la práctica sólo se comenzó a desarrollar meses antes de que se iniciara el incidente de reparación integral dentro del proceso adelantado contra Edward Cobos Téllez alias Diego Vecino y Enrique Banquez Martínez alias Juancho Dique, en ese momento se tomó la decisión, con fundamento en algunas normas del Código de Procedimiento Penal que establecen la función del Ministerio Público dentro del Proceso Penal, como representante de la sociedad, de hacer la representación de lo que se podría determinar como el daño al colectivo o la reparación colectiva específicamente”.³¹

Así, se percibe cómo en Justicia y Paz el concepto de daño colectivo ha adquirido mayor primacía que en los procesos ordinarios, no sólo por el reconocimiento en la Ley 975 de 2005 de la necesidad de reparar el daño colectivo a través de medidas de reparación colectiva, sino también, y principalmente, por la importancia que han adquirido dentro del contexto de la Ley de Justicia y Paz las colectividades como víctimas:

“Es importante comentar en este espacio que la CNRR viene adelantando 8 pilotos de reparación colectiva con diferentes comunidades y esos ensayos han encontrado que cada comunidad construye y establece una manera concreta de reparación las cuales deberían ser tenidas en cuenta por parte de la

²⁹ CSJ, Sala de Casación Penal, auto del 28 de mayo de 2008, radicado n° 29560, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

³⁰ Alejandro Aponte Cardona (director del Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico n° 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 336.

³¹ Miguel Antonio Carvajal, “Conversatorio sobre daño colectivo”, en: *Conversatorios de Justicia y Paz, compilación de memorias*, MAPP-OEA, GIZ y CNRR, Bogotá, 2011, pp. 179 y ss.

Fiscalía para que sirvan de insumo y se empiece a socializar con otras comunidades que también tienen derecho de hacer sus reclamaciones colectivas (...) y no simplemente se establezca como víctima a personas individuales y se abra esa gran puerta, de reconocer daños colectivos y reparaciones colectivas”.³²

No obstante, el que no haya una claridad sobre qué es específicamente el daño colectivo, quién debe probarlo y cómo, si se debe discutir audiencia por audiencia o en un espacio diferente, donde se pueda determinar a nivel macro la forma de reparar adecuadamente esos daños, en la práctica puede implicar que el daño colectivo no sea determinado de forma correcta, al tiempo que no se implementen medidas adecuadas para su reparación. Por tanto, se pone de presente la necesidad de que estas dificultades percibidas en el contexto de la Ley 975 de 2005 sean subsanadas, preferiblemente en armonía con los avances contenidos por la Ley 1448 de 2011 en materia de reparación colectiva, con el fin de evitar duplicidad de recursos y esfuerzos, así como de darle coherencia externa e interna a la reparación integral de las víctimas en Colombia.

El debate alrededor de la reparación del daño colectivo en Colombia es fundamental para la reconstrucción del tejido social de las comunidades a través de una presencia estatal que permita que las mismas confíen en la institucionalidad y se creen garantías de no repetición de las violaciones a derechos humanos padecidas. Sin embargo, para que ello ocurra es fundamental que los principales debates alrededor del daño colectivo sean zanjados a través de criterios legales claros, completos y coherentes, que asignen responsabilidades y competencias de la forma más eficiente posible y creen mecanismos adecuados de comunicación interinstitucional. De igual forma, de cara a la reforma que se avecina a la Ley 975 de 2005 en Colombia, es fundamental cuestionar si el incidente de reparación integral de Justicia y Paz es el espacio apropiado para discutir la reparación del daño colectivo, así como si sería más apropiado y eficiente abordar las medidas de reparación colectiva desde el Programa de Reparación Colectiva creado por la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.

1.1.2. La reparación de los daños causados por violaciones masivas de derechos humanos

El contexto de violaciones masivas de derechos humanos que ha generado el conflicto armado colombiano, ha impulsado a los operadores jurídicos nacionales a idear nuevas medidas de reparación que sean eficientes, justas y realizables en la práctica, con el fin de no crear falsas expectativas en las víctimas, que conlleven nuevas situaciones victimizantes. No obstante, es aún un reto para el Estado, no sólo el restituir a las víctimas a la situación en la que se encontraban antes de que el daño fuere causado, sino también, y fundamentalmente, crear las condiciones necesarias para que la gran mayoría de estas personas –que son poblaciones que tradicionalmente han padecido contextos de desigualdad y de un Estado ausente–, recuperen su confianza en el mismo y puedan disfrutar de los derechos básicos que un Estado social de derecho debe garantizar a sus ciudadanos.

1.1.2.1. Medidas asistencialistas y medidas de reparación integral

La reparación en el contexto colombiano ha adquirido una connotación particularmente paradójica, pues como ha señalado el Área de Justicia en anteriores informes, en la práctica ha sido patente la confusión entre medidas de reparación y “políticas públicas propias de construcción de un Estado ausente, a las que todos los habitantes de Colombia tienen derecho”.³³ En este mismo sentido, autores ya citados, han advertido que, “los casos estudiados, la experiencia internacional y el balance de lo que han significado las políticas de reparación implementadas a la fecha demuestran los enormes retos que genera la implementación de un programa de reparaciones masivas en el contexto de un conflicto armado persistente. (...) La política de reparación entonces debe ser implementada de la

³² Regulo Madero, “Conversatorio sobre daño colectivo”, en: *Conversatorios de Justicia y Paz, compilación de memorias*, MAPP-OEA, GIZ y CNRR, Bogotá, 2011, p. 54.

³³ Alejandro Aponte Cardona (director del Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico n° 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 207.

mano de otras medidas de prevención, protección, y asistencia humanitaria a víctimas, lo cual resulta costoso e institucional y operativamente complejo. Además, puede derivar en la confusión o traslape de unas medidas con otras, como ha ocurrido en Colombia con la ayuda humanitaria y las medidas de reparación. Aquí, de nuevo, resulta trascendental ahondar en la separación conceptual de las medidas, pero buscando la implementación articulada de las mismas”.³⁴

Esta tendencia ha sido constante, no sólo en el derecho nacional, sino también en experiencias comparadas de reparación a violaciones masivas de derechos humanos:

“La tendencia a ofrecer medidas o planes ordinarios de inversión social como reparaciones colectivas es usual en contextos de violencia masiva y sistemática donde la mayoría de las víctimas –individuales y colectivas– han sido además excluidas de los procesos de desarrollo y sometidas a la pobreza. Como lo explican Pablo de Greiff y Naomi Roth-Arriaza, hay razones fuertes para que los gobiernos pretendan presentar planes o acciones ordinarias de desarrollo como reparación: a) los planes o acciones de inversión social pueden presentarse como formas de resolver las causas estructurales del conflicto; b) los programas de inversión social pueden presentarse como formas de ‘reparar’ a extensas regiones o comunidades; y c) a través de acciones de inversión social se puede alegar que los fines de justicia y desarrollo son susceptibles de alcanzarse simultáneamente”.³⁵

El problema con esta confusión en la práctica de las medidas asistencialistas con aquellas destinadas a la reparación integral es que, como advierten el ICTJ y Aprodeh, “las medidas de desarrollo son demasiado incluyentes (no están dirigidas específicamente a las víctimas) y normalmente se concentran en necesidades básicas y urgentes, lo cual hace que los beneficiarios las perciban, correctamente, como asunto de derecho y no como una respuesta a su situación de víctimas”.³⁶ De igual forma, “los programas o acciones de inversión social no se dirigen específicamente a promover el respeto por los individuos, particularmente en contextos de ciudadanía fragmentada donde no son valorados como tales, sino como miembros de grupos tradicionalmente marginados”.³⁷

Por su parte, esta confusión también implica problemas particularmente críticos para el proceso penal de Justicia y Paz, puesto que ha generado que el juez adquiera una especie de competencia *ad hoc* de creador de políticas públicas, tanto reparadoras como asistencialistas, lo cual no es el medio más idóneo y eficiente para subsanar desigualdades estructurales subyacentes al conflicto colombiano, así como para reparar violaciones masivas de derechos humanos. (Sobre este aspecto sustancial, que tiene que ver con los límites del derecho penal en función de la reparación, se volverá al final del documento).

Es constante la confusión en la práctica de ambas medidas dentro de los incidentes de reparación integral en Justicia y Paz. Así, por ejemplo, a propósito de la presentación del daño colectivo causado en la comunidad de Pueblo Bello, expuesta por una fiscal muy activa y diligente en el marco de un incidente de reparación integral llevado a cabo en agosto de 2011 dentro del proceso contra Andrés Mauricio Torres León, alias “Z1”, del Frente Mártires del Cesar, se expusieron los resultados de una encuesta realizada a víctimas de dicho municipio.³⁸ Una de

³⁴ Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (editores), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ y DeJusticia, Bogotá, 2009, p. 23.

³⁵ Catalina Díaz, “La reparación colectiva: problemas conceptuales en perspectiva comparada”, en: Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (editores), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ y DeJusticia, Bogotá, 2009, p. 181.

³⁶ *Ibidem*, p. 182.

³⁷ *Ibidem*, p. 182.

³⁸ El método de realización de encuestas a la población para percibir sus expectativas en torno a la reparación integral se podría percibir como una forma que podría darle un nuevo significado en la práctica a la sugerencia de algunos analistas de promover los mecanismos de justicia transicional “desde abajo”, es decir, a partir de las experiencias locales y de las comunidades, escuchando sus expectativas y promoviendo la construcción local de paz. Para mayor información sobre estas propuestas se sugiere consultar los siguientes textos: “Entrevista con el profesor Harry Mika”, en: Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (editores), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ y DeJusticia,

las preguntas de la encuesta estaba destinada a que las víctimas respondieran de qué forma les gustaría que fuera reparado el daño colectivo, siendo algunas de las opciones la construcción de un establecimiento educativo o la creación de un puesto de salud. El 40% de las personas respondieron la primera opción. Estas medidas, más que formas de reparar el daño colectivo, son obligaciones de un Estado social de derecho.

1.1.2.2. La reparación transformadora como posible solución a los dilemas que genera la reparación integral

La reparación integral de violaciones masivas a derechos humanos a poblaciones tradicionalmente marginadas, genera disyuntivas diferentes a la confusión de las medidas destinadas a la reparación con las medidas destinadas a la asistencia del Estado. Así, como han puesto de presente varios analistas de Dejusticia:

“En contextos de transición y en sociedades desiguales, el ideal de reparación integral de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos conduce a un dilema difícil. Las víctimas tienen derecho a la restitución plena o, al menos, a una reparación proporcional al daño sufrido; pero este ideal parece difícilmente alcanzable en contextos transicionales, no solo debido a las restricciones económicas e institucionales, sino también por cuanto una implementación estricta de ese principio puede contradecir ideales de justicia distributiva y vulnerar los deberes estatales frente a la población de escasos recursos, si se trata de sociedades con alta desigualdad y pobreza extendida”.³⁹

En este sentido, como un posible puente entre la política social y los programas de reparación, los autores citados han propuesto la implementación de un concepto denominado reparación transformadora, a modo de “estrategia para reducir las tensiones entre la justicia distributiva y la justicia correctiva en esos contextos”.⁴⁰ Por consiguiente:

“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 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”.⁴¹

Lo más interesante de la propuesta en alusión, es que la misma ha trascendido el plano teórico, al punto de tener repercusiones prácticas dentro del proceso de Justicia y Paz y, más recientemente, en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Así, en primer lugar, en el marco de la implementación de la Ley 975 de 2005, la idea de garantizar reparaciones transformadoras fue discutida en la sentencia de segunda instancia, proferida por la Corte

Bogotá, 2009, pp. 227-246; y Rodrigo Uprimny y Diana Esther Guzmán, “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, en: *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 17, Bogotá, 2010, pp. 262-275.

³⁹ Rodrigo Uprimny y Diana Esther Guzmán, “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, en: *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 17, Bogotá, 2010, pp. 247-248.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 248.

⁴¹ Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, *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*, Dejusticia, Bogotá, 2007, p. 10.

Suprema de Justicia, dentro del proceso parcial contra Edwar Cobos Téllez, alias “Diego Vecino”, y Uber Enrique Bánquez Martínez, alias “Juancho Dique”.

En la ocasión en referencia, la Sala de Casación Penal respondió a las inquietudes de algunos intervinientes, quienes llamaron la atención sobre la necesidad de acoger el concepto transformador “como componente del daño colectivo causado, en el entendido de que su reconocimiento no debía limitarse a restituir a las comunidades victimizadas al estado y condiciones de pobreza, olvido y desamparo en que se encontraban antes de la perpetración de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que padecieron, sino a unas mejores que rescataran plenamente su dignidad lacerada y su estatus democrático en la sociedad”.⁴² En la providencia, la Sala indicó que,

“no se puede desconocer que muchas de las medidas de reparación ordenadas por el Tribunal tienen esa connotación y que constituyen un enorme avance en la materia. En efecto, así se puede predicar de las medidas de reparación colectiva contenidas en el acápite VIII.16 del fallo, las cuales, entre otras cosas, germinaron de los ejercicios y trabajos realizados por el Procurador en representación del daño colectivo y la CNRR en articulación con las víctimas, desplazándose, como ya se dijo, hasta sus actuales lugares de asentamiento y a aquellos donde fueron perpetradas las conductas.

Así, por ejemplo, es viable concluir de las múltiples medidas encaminadas a la reconstrucción de los corregimientos de San Cayetano y Mampuján, consistentes en el levantamiento o reparación de escuelas, escenarios deportivos, vías de acceso, provisión de servicios públicos esenciales (agua, luz, alcantarillado y comunicaciones), instalaciones para la promoción de eventos culturales y lúdicos, capacitación en áreas técnicas vinculadas con la actividad agrícola y de seguridad alimentaria, entre otras, que se corresponden, a no dudarlo, con una visión transformadora de dichas colectividades si en cuenta se tienen las carencias que en ese orden padecían las comunidades afectadas antes de ser victimizadas por el grupo armado organizado al margen de la ley al que pertenecían los postulados y por razón de los hechos a los cuales se contrae esta actuación y, además, porque están orientadas a rescatar su dignidad personal y colectiva a través de la reconstrucción de su tejido social, pero, sobre todo, a propiciar su retorno”.⁴³

Ahora bien, la Sala en este punto también reconoció que, eminentemente, “las medidas de reparación del daño colectivo y más aún cuando tienen el componente transformador aludido, tienden a confundirse con las políticas de desarrollo que debe implementar el Estado para combatir los graves problemas socio-económicos que agobian tanto al país en general como a sus regiones en particular (desigualdad, pobreza, etc.)”.⁴⁴ Sin embargo, estableciendo un límite claro sobre el ámbito donde se debe discutir cuál es la forma más óptima de integrar el enfoque transformador a las reparaciones en Justicia y Paz, la Corte Suprema indicó, tajantemente que “el mejor escenario para su discusión y corrección no es, definitivamente, el proceso de justicia y paz, sino que ello ha de formar parte de una estrategia macro impulsada por el Gobierno”.⁴⁵

Por tanto, la Corte concluyó que “es claro que la reparación por vía judicial dentro del contexto transicional debe tener una visión transformadora respecto de daños originados o causalmente vinculados con las graves violaciones de derechos humanos a que fueron sometidas las víctimas, pero también lo es que el juez penal no debe apersonarse de las políticas sociales de desarrollo cuya competencia es gubernamental”. Lo anterior, toda vez que, como bien señala el artículo 49 de la Ley 974 de 2005, es el gobierno quien tiene la competencia de implementar un *programa institucional de reparación*.

En este sentido, se vuelve cada vez más evidente la necesidad de crear un sistema general de reparación integral en Colombia, con coherencia interna y externa, donde se subsanen las disyuntivas entre medidas asistenciales y

⁴² CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de abril de 2011, radicado n° 34547, M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

medidas destinadas a la reparación, así como las paradojas que plantea la reparación integral en el contexto de justicia transicional colombiano. No es suficiente con que, como se señaló anteriormente, la Ley 1448 de 2011 establezca como principios la coherencia interna y la coherencia externa, determine que la reparación debe ser transformadora y cree un Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas; es importante que estos importantes avances de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras se integren con los esfuerzos en materia de reparación contemplados en la Ley 975 de 2005 y se resuelvan las falencias percibidas en esta última a través de un gran sistema general de reparación integral para la justicia transicional en Colombia.

En este mismo sentido, algunos autores comparten los análisis “acerca de la importancia de la coherencia interna y externa de los programas de reparación para otorgarles mayor legitimidad; el aporte de un enfoque transformador a ese análisis es la idea de que los programas de reparación también deberían tener una suerte de ‘coherencia externa ampliada’, en el siguiente sentido: los Estados deberían hacer un esfuerzo deliberado por armonizar los esfuerzos de reparación con las estrategias de desarrollo y con la política social para reducir la pobreza y la desigualdad”.⁴⁶

Sin embargo, como se verá más adelante, los esfuerzos en materia de coherencia externa e interna que requiere crear un verdadero sistema en materia de reparación integral en Colombia, trascienden el enfoque transformador, al punto de que, en la medida de lo posible, el mismo adelante y comprenda soluciones integrales y claras, a todos los retos que desde diferentes ópticas impone en la práctica la garantía del derecho a la reparación integral, no sólo en Justicia y Paz, sino en el contexto más amplio de la justicia transicional.

Un gran avance en la implementación de esta coherencia interna y externa que requiere el sistema de reparación integral colombiano es la inclusión de estos principios en los artículos 11 y 12 de la Ley 1448 de 2011;⁴⁷ no obstante, en la dinámica cotidiana se debe avanzar hacia una coherencia interna y externa que trascienda el ámbito de dicha ley, hasta integrar todos los mecanismos tendientes a la garantía de los derechos de las víctimas en el contexto de justicia transicional colombiano, especialmente el derecho a la reparación.

Otro gran avance que contiene la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, que podría significar un importante esfuerzo en la garantía plena del derecho a la reparación integral, es el hecho de consagrar en su artículo 25 el derecho a la *reparación transformadora* de las víctimas, indicando que aquellas “tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido”. De igual forma, la Ley 1448 de 2011 no se limita a incluir la palabra *transformadora* en el artículo 25, sino que le otorga consecuencias concretas, al indicar en los párrafos subsiguientes:

“Parágrafo 1o. Las medidas de asistencia adicionales consagradas en la presente ley propenden por la reparación integral de las víctimas y se consideran complementarias a las medidas de reparación al aumentar su impacto en la población beneficiaria. Por lo tanto, se reconoce el efecto reparador de las medidas de asistencia establecidas en la presente ley, en la medida en que consagren acciones adicionales a las desarrolladas en el marco de la política social del Gobierno Nacional para la población vulnerable, incluyan criterios de priorización, así como características y elementos particulares que responden a las necesidades específicas de las víctimas.

⁴⁶ Rodrigo Uprimny y Diana Esther Guzmán, “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, en: *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 17, Bogotá, 2010, p. 262.

⁴⁷ El artículo 11 de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras dispone: “Artículo 11. Coherencia externa. Lo dispuesto en esta ley procura complementar y armonizar los distintos esfuerzos del Estado para garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, y allanar el camino hacia la paz y la reconciliación nacional”. Por su parte, el artículo 12 de la ley en referencia consagra: “Artículo 12. Coherencia Interna. Lo dispuesto en esta ley, procura complementar y armonizar las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, con miras a allanar el camino hacia la paz y la reconciliación nacional”.

No obstante este efecto reparador de las medidas de asistencia, estas no sustituyen o reemplazan a las medidas de reparación. Por lo tanto, el costo o las erogaciones en las que incurra el Estado en la prestación de los servicios de asistencia, en ningún caso serán descontados de la indemnización administrativa o judicial a que tienen derecho las víctimas.

Parágrafo 2o. La ayuda humanitaria definida en los términos de la presente ley no constituye reparación y en consecuencia tampoco será descontada de la indemnización administrativa o judicial a que tienen derecho las víctimas”.⁴⁸

Como se ve, el enfoque transformador de la reparación es una tendencia con incidencias prácticas fundamentales en la superación de los daños individuales y colectivos causados como consecuencia de violaciones masivas de derechos humanos en Colombia, la cual debería ser parte fundamental de un sistema omnicomprensivo, integral y coherente de reparación integral en Colombia.

1.1.3. La flexibilización probatoria del daño en el contexto de la justicia transicional

Un aspecto particularmente debatido dentro del derecho a la reparación de las víctimas en Justicia y Paz, que ha propiciado una variación de las reglas jurídicas utilizadas comúnmente en los procesos ordinarios, hace alusión a aquello que podemos denominar como *flexibilidad probatoria del daño*. Así, debido a las circunstancias de comisión masiva de delitos, a que muchos de éstos sucedieron hace un tiempo relativamente lejano, a que muchas víctimas no cuentan con las pruebas suficientes para probar distintos tipos de daño –como el daño emergente con ocasión de los gastos funerarios–, ha surgido un álgido debate sobre la pertinencia de cierto tipo de pruebas en el proceso, así como la conveniencia de flexibilizar los criterios en materia probatoria e, incluso, en algún momento se decidió prescindir de las pruebas para fallar en equidad.

1.1.3.1. La regla general: la víctima debe demostrar el daño

La discusión en materia probatoria del daño, radica en que, como principio general en derecho, la víctima debe probar “la existencia del perjuicio del cual reclama indemnización”, salvo algunas excepciones.⁴⁹ Ahora bien, en Justicia y Paz, así como en contextos de graves violaciones de derechos humanos, la práctica cuestiona este principio general, pues en una gran mayoría de casos, las víctimas no pueden probar ese daño por las condiciones que rodearon la comisión de los delitos.⁵⁰

De hecho, en este contexto no ha sido extraño preguntarse si rige la necesidad de la prueba. Así, en discusiones sobre esta cuestión, algunos operadores han manifestado:

“Las decisiones judiciales deben fundamentarse en las pruebas: legal, regular y oportunamente allegadas al proceso, que cumplan igualmente con los principios de oportunidad, pertinencia, libertad, publicidad, contradicción, comunidad, intermediación, apreciación en conjunto, etc. Ahora bien, resulta pertinente preguntarnos si en los procesos de justicia transicional ¿rige la necesidad de la prueba? La respuesta es afirmativa, pues, como cualquier otro proceso judicial, no puede escapar al debido proceso probatorio; sin embargo, como se advirtió en un comienzo, es necesario reinterpretar el principio de la necesidad de la

⁴⁸ Artículo 25 de la Ley 1448 de 2011.

⁴⁹ Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Legis, Bogotá, 2007, p. 800. De esta forma, el artículo 1757 del Código Civil indica que “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

⁵⁰ En consecuencia, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha flexibilizado ciertos criterios en materia probatoria, atendiendo a estas circunstancias especiales. Para un análisis comparativo de los criterios probatorios de la Corte Interamericana en contextos de graves violaciones a derechos humanos, con los criterios usados por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, ver: Alejandro Aponte Cardona (director del Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico n° 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 250.

prueba en el particular entorno de Justicia y Paz, pues el régimen probatorio en este caso debe estar imbuido con una perspectiva diferente a la del proceso ordinario, se requiere una nueva hermenéutica al momento de valorar las pruebas que reconozca la importancia de la normatividad y jurisprudencia internacional relativa a los derechos humanos y acorde con los propósitos de la Ley 975 de 2005, como son la reconciliación y la obtención de la paz”.⁵¹

I.1.3.2. ¿La justicia transicional como marco de excepción en materia probatoria?

Ante la disyuntiva en materia probatoria anteriormente presentada, en la sentencia parcial de primera instancia contra los postulados Edwar Cobos, alias “Diego Vecino” y Uber Bánquez, alias “Juancho Dique”, la Sala de Justicia y Paz indicó:

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

344. Ante esta situación surge la necesidad de tener que establecer un sistema de reparaciones basado en el concepto de la equidad, siguiendo la práctica de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos en los casos de las masacres de Pueblo Bello y de Ituango, que constituyen condenas recientes contra Colombia por asesinatos y desapariciones forzadas cometidos por grupos paramilitares en zonas rurales.

345. Así mismo, en aplicación del principio de equidad, y dadas las especiales circunstancias arriba mencionadas en que se desarrolla el proceso de justicia y paz, corresponde el establecimiento de unas tablas de indemnización individual por delito y parentesco de carácter fijo que traten conjuntamente los daños materiales e inmateriales”.⁵²

Sin embargo, la decisión de la Sala de fallar de acuerdo con criterios de *equidad* con base en decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no hizo distinción de casos particulares realizada por la Corte, lo que tiene una serie de implicaciones en materia de igualdad y garantía del derecho a la reparación integral de las víctimas, que son contraproducentes.

Así, como indicó el Área de Justicia en informes anteriores, en casos fallados con base en la equidad, “la Corte Interamericana, siempre que fue pertinente, realizó distinciones concretas respecto de situaciones fácticas diferentes que requerían especial consideración, como los sufrimientos causados a menores de edad, el daño emergente causado por gastos de entierro y búsqueda de las personas dadas muertas o desaparecidas, etc. Igualmente, concretamente sobre los daños materiales, la Corte IDH, cuando fue posible, hizo uso del criterio de equidad, pero conjuntamente valorado con otros elementos, como el salario mínimo legal en Colombia, las actividades desempeñadas por las víctimas, y la expectativa de vida para la época de los hechos, entre otros”.⁵³

Hacer este tipo de distinciones, por su parte, “podría evitar, por ejemplo, que víctimas que hubieren probado sus daños, siendo estos superiores a la indemnización tasada en equidad por la Sala de Justicia y Paz, o que hubieren

⁵¹ Mauro Solarte Portilla, “La necesidad de la prueba”, en: *Conversatorio sobre estándares probatorios*, Conversatorios de Justicia y Paz, compilación de memorias, MAPP-OEA, GIZ y CNRR, Bogotá, 2011, pp. 57-58.

⁵² Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia de primera instancia, radicado n° 110016000253200680077, 29 de junio de 2010, M.P. Uldi Teresa Gutiérrez López, párr. 343, 344 y 345.

⁵³ Alejandro Aponte Cardona (director del Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico n° 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 267.

sufrido más daños que otras por los delitos perpetrados, no tengan la posibilidad de ser reparadas integralmente por los mismos”.⁵⁴ (Es decir, la observación crítica que se hace a la decisión, no es tanto respecto del uso interesante del criterio de equidad, sino de la fundamentación de la decisión misma; el problema residió, entre otros, en el uso de las fuentes, en la interpretación de las providencias originadas en el Sistema Interamericano y la generalización de la reparación del daño individual con base en tablas estándar fundamentadas en la equidad).

No obstante, en una decisión posterior, respecto del proceso contra Jorge Iván Laverde Zapata, la Sala de Justicia y Paz fue aún más radical en el uso de la equidad como criterio para tasar los daños de las víctimas, al punto de prescindir de la práctica de ciertas pruebas tendientes a demostrar los daños de las víctimas, con el argumento de que las mismas eran irrelevantes para la decisión puesto que el daño sería tasado en equidad.⁵⁵

1.1.3.3. Criterios para la apreciación probatoria de los daños en contextos de justicia transicional

En un criterio contrario al utilizado por la Sala de Justicia y Paz, en la segunda instancia del caso contra Edwar Cobos y Uber Bánquez, la Corte Suprema decidió revocar la cuantificación de las reparaciones en equidad, para proceder a tasarlas en *derecho*. Ello, luego de analizar extensivamente el fundamento de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial en Colombia, así como de los fines y orígenes del mismo. Así, en el parecer de la Corte:

“La equidad como criterio auxiliar se traduce en la necesidad de aplicar el sistema normativo con unos criterios axiológicos y racionales capaces de establecer cuándo el precepto legal de carácter general, abstracto e impersonal que tiene un presupuesto de justicia como elemento ontológico de su existencia, se vuelve injusto en el caso particular, concreto y personal; por ello resulta imperioso tratar el caso individualmente considerado de manera diferente a la generalidad para la cual se encontraba destinada la disposición normativa, esto es, corresponde a la equidad una función derogatoria o correctiva de la ley, por vía de la inaplicación o flexibilización, respectivamente, de la norma general”.⁵⁶

Por tanto, la Sala Penal de la Corte concluyó que si “la decisión en equidad busca corregir la ley justa de manera general cuando se torna injusta en el caso particular, no se procede a ello en aquellos casos en los cuales por las dificultades probatorias de un asunto determinado se prescinde de los medios de convicción y se faculta a quien decide para que se pronuncie prudencialmente con única sujeción a su discrecionalidad”.⁵⁷ En este sentido, la Sala decidió que “tratándose de perjuicios demostrados cuya cuantía no cuenta con suficientes elementos de acreditación, en lugar de acudir a la equidad con el fin de dotar al fallador de amplias facultades en su tasación, menester resulta afinar los criterios de ponderación de las pruebas con las que se cuente, todo ello con el fin de evitar inequidades y tratamientos desiguales frente a supuestos de hecho semejantes, máxime, si como ya se ha expuesto, la función de la equidad no es esa, sino la de corregir la ley en el caso particular”.⁵⁸

Para tal efecto, la Sala explicó brevemente una serie de criterios que, a modo de ejemplo, podrían apoyar el ejercicio de flexibilización en la apreciación probatoria, a saber: (i) los hechos notorios que no requieren prueba; (ii) acudir al instituto del juramento estimatorio; (iii) aplicar *modelos baremo o diferenciados*; y (iv) hacer uso de las reglas de la experiencia.

Sin duda, la decisión de la Corte Suprema de tasar la reparación de las víctimas en derecho fue la más adecuada, al tiempo que su interpretación de la equidad conlleva una reparación más integral de los daños. De igual forma, se

⁵⁴ *Ibidem*, p. 269.

⁵⁵ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, diciembre 2 de 2010, radicado n° 110016000253200680281, párrs. 370 y 394-397.

⁵⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de abril de 2011, radicado n° 34547, M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

considera positivo que la Sala de Casación Penal planteara criterios de apreciación probatoria en contextos de graves violaciones de derechos humanos, más allá de la equidad utilizada por la sala de primera instancia.

Sin embargo, las discusiones suscitadas en materia probatoria en Justicia y Paz ameritan una regulación integral y coherente, que permita que los operadores jurídicos tengan criterios claros sobre este aspecto. La sentencia de la Corte Suprema referida anteriormente es un comienzo, pero uno que no puede reemplazar una labor reglamentaria en este sentido, que puede ser parte del propuesto sistema integral en materia de reparación integral. (Además, y siendo ello lo fundamental, hay que tener en cuenta que el criterio en derecho debe operar de una manera consistente con el carácter masivo de la reparación. Es decir, no puede adelantarse, simplemente, con criterios por ejemplo determinados por el Consejo de Estado, en función de números reducidos de víctimas; el criterio del derecho debe adecuarse a las exigencias de víctimas producidas por la macrocriminalidad, de lo contrario, fracasa la política de reparación y termina convertida en retórica garantista).

Un avance en este sentido es una disposición consagrada en la Ley 1448 de 2011 que, a manera de principio de la norma, contempla la presunción de buena fe de las víctimas, lo que conlleva que las mismas podrán acreditar el daño sufrido “por cualquier medio legalmente aceptado”, con lo que les resulta suficiente y necesario “probar de manera sumaria el daño sufrido ante la autoridad administrativa, para que ésta proceda a relevarla de la carga de la prueba”.⁵⁹ Así, el artículo 5 de la norma dispone que “en los procesos en los que se resuelvan medidas de reparación administrativa, las autoridades deberán acudir a reglas de prueba que faciliten a las víctimas la demostración del daño sufrido y aplicarán siempre el principio de buena fe a favor de estas”.⁶⁰

No obstante, los problemas generados por esta presunción no son pocos de cara a la práctica. Por ejemplo, como bien lo adelanta la misma ley, puede haber procesos de restitución de tierras en los cuales varias personas consideradas víctimas estén disputando sus derechos sobre un mismo bien, caso en el cual aplicaría lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 1448 de 2011, en virtud del cual: “Bastará con la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución, salvo que estos también hayan sido reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio”.

1.2. La evolución del derecho a la reparación integral en el derecho constitucional colombiano

Una vez analizados diferentes aspectos críticos sobre el daño y la reparación dentro de los procesos ordinarios y el contexto de justicia transicional en Colombia, a continuación se enuncian las principales disposiciones constitucionales que sirven de fundamento jurídico al derecho a la reparación integral dentro del ordenamiento jurídico colombiano, con el objetivo de ilustrar cómo éstas también han tenido variaciones específicas con ocasión del referido contexto transicional. Así mismo, se hace referencia a aquellas decisiones de la Corte Constitucional más relevantes que definen y desarrollan el contenido y alcance del derecho a la reparación integral de las víctimas en Colombia.

1.2.1. El derecho a la reparación integral en la Constitución Política de Colombia

Así, en primer lugar, el artículo 2 de la Constitución Política consagra como fines esenciales del Estado, entre otros, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como facilitar la participación de todos en aquellas decisiones que les afecten y el aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden social justo. Para ello, indica, además, que las autoridades están instituidas para proteger a

⁵⁹ Artículo 5 de la Ley 1448 de 2011.

⁶⁰ Artículo 5 de la Ley 1448 de 2011.

todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, así como para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.⁶¹

Lo anterior se complementa, entre otros, con el principio de dignidad humana (artículo 1º), el derecho de acceso a la administración de justicia (artículo 229) y el deber de asistencia que tiene la Fiscalía General de la Nación respecto de las víctimas dentro del proceso penal (artículo 250), los cuales hacen parte de un catálogo de principios, derechos y garantías que constituyen la “columna vertebral” de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Derechos éstos que “se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia”, de manera tal que no es posible lograr la justicia sin la verdad.⁶² No sería posible llegar a la reparación, sin el esfuerzo mismo por realizar justicia.⁶³ (Conservándose, desde luego, las diferencias entre la triada verdad, justicia y reparación, hecho siempre subrayado por el Área de Justicia en sus diversos informes).

Así, partiendo de tales disposiciones constitucionales, la Corte Constitucional ha precisado que las labores de investigación, acusación y juzgamiento de los distintos operadores jurídicos deben contribuir a otorgar efectiva vigencia a los derechos fundamentales y a la dignidad de la persona. Precisamente por ello, el proceso penal no agota el conjunto de sus objetivos en la sola satisfacción de un propósito de eficacia, sino que está abocado a cumplir la doble misión de dotar al poder estatal de medios adecuados para establecer la verdad y administrar justicia, garantizando, a la vez, el respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales.⁶⁴

De esta manera, cuando la consecución de la protección y eficacia de los derechos fundamentales pueda verse obstaculizada con la comisión de conductas punibles, las autoridades estatales, en particular las judiciales, tienen que adoptar las medidas necesarias, adecuadas y pertinentes con el objeto de restablecer los derechos quebrantados de las víctimas en la medida de lo posible y aplicar las sanciones previstas a los responsables. Sólo así, según el juez constitucional, se pueden sentar las bases de la convivencia pacífica entre los individuos y lograr un orden social justo, ambos valores fundamentales del régimen constitucional colombiano.⁶⁵

Tal y como lo ha reconocido la Corte, en un Estado social de derecho y en una democracia participativa (artículo 1º), los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes. De ahí que el concepto de víctima hubiere sido elevado a rango constitucional y su especial protección se encuentre consagrada en varias disposiciones constitucionales.⁶⁶

Así, por ejemplo, al asignarle sus funciones a la Fiscalía General de la Nación, el artículo 250 superior, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo nº 3 de 2002, indica que, en ejercicio de sus funciones, la Fiscalía deberá, entre otras: (i) solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas; (ii) solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los

⁶¹ Artículo 2 de la Constitución Política de Colombia.

⁶² Corte Constitucional, sentencia nº C-775 del 9 de septiembre de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁶³ Al respecto, se sugiere consultar las siguientes providencias: Corte Constitucional, sentencia nº C-916 del 29 de octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda; Corte Constitucional, sentencia nº C-775 del 9 de septiembre de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; Corte Constitucional, sentencia nº C-370 del 18 de mayo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros; Corte Constitucional, sentencia nº C-1199 del 4 de diciembre de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; y Corte Constitucional, sentencia nº T-458 del 15 de junio de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia nº C-775 del 9 de septiembre de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia nº C-228 del 3 de abril de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett y Corte Constitucional, sentencia nº C-916 del 29 de octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

afectados con el delito; y (iii) velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal.⁶⁷

Igual situación se presenta con la potestad constitucional con la que cuenta el Congreso de la República para conceder amnistías o indultos generales por delitos políticos, en donde se indica, no obstante, que “en caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar”.⁶⁸ Lo propio ocurre con la facultad del gobierno para conceder indultos por delitos políticos, donde se indica que “en ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares”.⁶⁹ Ese mismo análisis podría extenderse al deber del Estado de responder patrimonialmente por aquellos daños antijurídicos que le sean imputables, “causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.⁷⁰

De otro lado, en desarrollo del ya referido artículo 2 de la Constitución Política, al adelantar las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades judiciales deben propender por el goce efectivo de los derechos de todas las personas y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad. Sobre esta cuestión, la Corte Constitucional ha indicado que dicha protección no se refiere exclusivamente a la reparación patrimonial de los daños que le ocasione el delito, sino también a la protección integral de sus derechos a la verdad y a la justicia.⁷¹

Lo anterior fue señalado por la Corte Constitucional en la sentencia n° C-228 de 2002, en expresa referencia al principio de dignidad humana, en los siguientes términos:

“El derecho de las víctimas a participar en el proceso penal, se encuentra ligado al respeto de la dignidad humana. Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice que ‘Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana’, las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Se vulneraría gravemente la dignidad de víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor. El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón de la comisión de un delito. Pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica”.⁷²

No obstante lo anterior, se hace necesario precisar que, si bien la Constitución refleja una concepción amplia de la protección de los derechos de las víctimas de un hecho punible, ésta no disminuye la importancia de su derecho a

⁶⁷ Artículo 250 de la Constitución Política de Colombia. En lo correspondiente a las víctimas, el texto original de dicho artículo era el siguiente: “Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes (...). Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá: 1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito (...) 4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso”.

⁶⁸ Artículo 150 de la Constitución Política de Colombia.

⁶⁹ Artículo 201 de la Constitución Política de Colombia.

⁷⁰ Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia n° C-916 del 29 de octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷² Corte Constitucional, sentencia n° C-228 del 3 de abril de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

la indemnización de los daños que se le hubieren ocasionado.⁷³ De ello resulta que, si bien la indemnización de daños es sólo uno de los elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización, en todo caso la Carta protege especialmente el derecho de las víctimas a la reparación de los daños ocasionados por la conducta punible.⁷⁴

Lo anterior, teniendo en cuenta que tales garantías son una consecuencia del derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia, el cual no puede ser interpretado como una simple atribución formal de acudir a las autoridades judiciales, sino como una garantía que obliga al juez a resolver integralmente sobre el fondo del asunto planteado. Así, las víctimas y perjudicados con el delito, como manifestación del derecho a acceder a la administración de justicia, tienen también un derecho constitucional a participar en el proceso penal que el Estado está en la obligación de adelantar; derecho que no debe limitarse a la declaratoria de responsabilidad penal, sino que, además, ha de extenderse a la obtención de la reparación del daño cuando éste se encuentre probado.⁷⁵

I.2.2. El derecho a la reparación integral en la jurisprudencia constitucional

Debe recordarse que el derecho de las víctimas a obtener una reparación integral es un tema que se introdujo en el debate jurisprudencial colombiano a partir de la ya referida sentencia n° C-228 de 2002, respecto de la cual la Corte Constitucional le dio mayor desarrollo a la doctrina internacional, según la cual las víctimas de todo delito tienen derecho a una reparación económica, al establecimiento de la verdad y a la justicia.⁷⁶ Posteriormente, la Corte amplió esta tesis al señalar que el derecho de reparación comprende los derechos de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, así como las garantías de no repetición.⁷⁷

De igual forma, la Corte ha indicado que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito, no está circunscrita a la reparación material, en la medida en que esta concepción comprende, además, la posibilidad de exigir de las autoridades que tales derechos sean orientados a su restablecimiento integral, lo que conlleva la necesidad de que a las víctimas y perjudicados por un delito se les garanticen, además, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de los daños sufridos.⁷⁸

En el derecho internacional se ha considerado como insuficiente el hecho de que a las víctimas y perjudicados se les otorgue únicamente la indemnización de los perjuicios, en el entendido ampliado de que la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las situaciones que generaron violaciones graves a los derechos humanos. Ello, además, porque el reconocimiento de la dignidad y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas y perjudicados, que comprenda una indemnización económica y el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la respectiva sanción para los responsables.⁷⁹

⁷³ Corte Constitucional, sentencia n° C-916 del 29 de octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia n° C-277 del 3 de junio de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷⁶ Así, hasta antes de la sentencia n° C-228 del 3 de abril de 2002, la Corte Constitucional había sostenido que el interés de las víctimas en el proceso penal era obtener una reparación netamente económica. Esta línea jurisprudencial se dio a partir de la sentencia n° C-293 de 1995 y fue reiterada, entre otras, en las providencias n° C-475 de 1997, n° SU-717 de 1998, n° C-163 de 2000 y n° C-1711 de 2000 de la Corte Constitucional.

⁷⁷ Aura Patricia Bolívar Jaime, “El derecho a la reparación integral y programas de reparación en perspectiva comparada”, en: Rodrigo Uprimny y otros, *Reparaciones en Colombia: análisis y propuestas*, Bogotá, 2009, p. 85. Al respecto, se sugiere consultar, además, las sentencias n° C-370 de 2006, n° C-454 de 2006 y n° C-209 de 2007 de la Corte Constitucional.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia n° C-228 del 3 de abril de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

⁷⁹ *Ibidem*.

Así, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica–, fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que les afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible.⁸⁰ Así, el derecho a obtener reparación es de carácter integral, lo que significa que su alcance excede la simple visión económica de la participación de las víctimas dentro de los procesos llevados contra los responsables del daño. De igual forma, ello implica que debe abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima a nivel individual y colectivo.

En el plano individual, el derecho a la reparación abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas a los ya referidos derechos de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, así como la adopción de medidas que garanticen la no repetición de los hechos victimizantes. En su dimensión colectiva, por su parte, el derecho a la reparación involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas económicas y simbólicas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas.⁸¹

Desde esa perspectiva, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la reparación conlleva la obligación de adoptar “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”, en aplicación de la regla consuetudinaria según la cual “toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor”.⁸²

I.2.3. El derecho a la restitución como derecho fundamental

Más recientemente, y en este aspecto radica la principal variación del derecho constitucional colombiano en materia de reparación, con ocasión específica del conflicto armado colombiano, la Corte Constitucional ha admitido que el derecho a la reparación y, más específicamente, el derecho a la restitución, puede ser considerado como uno fundamental, con la consiguiente posibilidad de interponer una tutela pretendiendo su protección.

En este sentido, por ejemplo, en la sentencia n° T-188 de 2007, a propósito de una discusión sobre la Ley 418 de 1997, en lo atinente a los requisitos que debían cumplir las víctimas del conflicto armado interno para acceder a la asistencia estatal, la Corte Constitucional señaló que “la exigencia de requisitos que las víctimas no pueden cumplir y que sólo el Estado en cuyo territorio ocurren las vulneraciones debe asumir, para condicionar el acceso a los programas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, vulnera el derecho fundamental de las víctimas a la reparación y hace imperativa la intervención del juez constitucional para su restablecimiento” (subrayado fuera del texto).⁸³ La Corte dejó constancia en dicha providencia de que la reparación era un derecho fundamental, no obstante y lo cual no es deseable, sin mayor explicación argumentativa sobre los motivos de dicha admisión.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia n° C-454 del 7 de junio de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En igual sentido, en sentencia de tutela del 15 de junio de 2010, la Corte sostuvo que, en el plano individual, el derecho a la reparación comprende “i) la *restitutio in integrum*, o reposición de la situación a su estado original; (ii) la indemnización o reparación por equivalencia en dinero, y (iii) la satisfacción o reparación moral. En el plano comunitario, también las víctimas colectivas de violaciones de sus derechos humanos o de delitos por parte de grupos armados al margen de la ley, tienen derecho a una reparación colectiva que exige por parte del Estado la implementación de medidas económicas y simbólicas de satisfacción colectiva, garantías de no repetición y acciones orientadas a la reconstrucción psicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia”. Corte Constitucional, sentencia n° T-458 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Asimismo, pueden verse las sentencias n° C-775 de 2003, C-575 de 2006 y C-1199 de 2008, de la Corte Constitucional.

⁸² Corte Constitucional, sentencia n° C-454 del 7 de junio de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁸³ Corte Constitucional, sentencia n° T-188 del 15 de marzo de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Lo que sí dejó claro el juez constitucional fueron las consecuencias concretas de esta posibilidad, pues la Corte, a partir de dicha conclusión, decidió conceder el amparo constitucional del derecho fundamental a la reparación por los daños causados a la demandante con ocasión del homicidio de su compañero permanente y de su padre, a manos de los paramilitares. En consecuencia, ordenó a la Presidencia de la República, Red de Solidaridad Social, incluir a la actora y a su hija en los programas de asistencia a la población afectada por el conflicto armado e indemnizarla por los perjuicios causados, de conformidad con un monto que debía fijar la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

De otro lado, en sentencia n° T-821 de 2007, la Corte Constitucional admitió de nuevo la posibilidad de considerar como fundamental el derecho a la reparación de las víctimas del conflicto armado colombiano, esta vez ampliando la argumentación utilizada para llegar a esta conclusión. Así, la Corte partió de un contexto más amplio, indicando que, desde una perspectiva constitucional, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación eran fundamentales, al ser parte del contenido específico del “derecho a la paz” y derivarse de la obligación del Estado de mantener el monopolio de las armas.⁸⁴

A su vez, la Corte consideró que estos derechos “se encuentran garantizados en los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario que no pueden ser suspendidos en estados de excepción y, en consecuencia, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, lo que les asigna el carácter de derechos fundamentales”.⁸⁵ (También la idea de un derecho a la paz es en sí misma compleja y se deben desarrollar argumentos muy sólidos para evitar confusiones, tanto más por supuesto en relación con el derecho penal y su contribución a la consolidación de este propósito de la paz).

De esta forma, luego de explicar las consecuencias concretas de que los derechos a la verdad y la justicia de las víctimas fueren considerados como fundamentales, la Corte indicó que el hecho de que las víctimas fueren titulares del derecho fundamental a la reparación integral del daño causado implica que, como primera medida de reparación integral, debe haber un reconocimiento estatal público del crimen cometido y el reproche de tal actuación.⁸⁶ De igual forma, la Corte indicó:

“Las personas que se encuentran en situación de desplazamiento forzado y que han sido despojadas violentamente de su tierra (de la tierra de la cual son propietarias o poseedoras), tienen derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso, goce y libre disposición de la misma en las condiciones establecidas por el derecho internacional en la materia. En efecto, en estos casos el derecho a la propiedad o a la posesión adquiere un carácter particularmente, reforzado, que merece atención especial por parte del Estado”.⁸⁷

Ello, puesto que “si el derecho a la reparación integral del daño causado a víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, es un derecho fundamental, no puede menos que afirmarse que el derecho a la restitución de los bienes de los cuales las personas en situación de desplazamiento han sido despojadas, es también un derecho fundamental”.⁸⁸

Por su parte, la sentencia n° T-085 de 2009 de la Corte Constitucional profundizó en los alcances del derecho a la reparación como uno de carácter fundamental, especialmente cuando la persona se encuentra en situación de desplazamiento forzado, indicando para tal efecto que,

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia n° T-821 del 5 de octubre de 2007, M.P. Catalina Botero, párr. 44

⁸⁵ *Ibidem*, párr. 44.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 45.

⁸⁷ *Ibidem*, párr. 60.

⁸⁸ *Ibidem*, párr. 60.

“las víctimas del desplazamiento forzado tienen el derecho fundamental a obtener una *reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido*, comoquiera que no estaban obligadas a soportarlo y que desencadenó una vulneración masiva de sus derechos fundamentales, como son el derecho a la libertad de circulación, de residencia, elección de profesión u oficio, entre otros, que implicaron su desarraigo y el sometimiento a unas circunstancias ajenas a su existencia y a la ausencia de condiciones mínimas de existencia, de allí la procedencia de la reparación del daño sufrido.

De este modo las personas que han sido objeto de violaciones de derechos humanos tienen el derecho a la reparación integral del daño causado. Esta reparación debe ser plena y efectiva y comprender acciones (restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición) que distan de la asistencia social que el Estado tiene la obligación de brindar de forma prioritaria por el hecho de ser los desplazados personas en estado de desigualdad y vulnerabilidad”.⁸⁹

En la sentencia n° T-821 de 2007, la Corte Constitucional indicó que el derecho fundamental a la reparación, en casos de “despojo de la tierra de agricultores de escasos recursos que sobreviven gracias al cultivo de la tierra o a la cría de animales, la violación del derecho a la propiedad o a la posesión se traduce en una violación del derecho fundamental a la subsistencia digna (al mínimo vital) y al trabajo”.⁹⁰

Ahora bien, una conclusión de la Corte en la providencia que se comenta –fundamental para la propuesta general del Área de Justicia sobre la necesidad de crear un sistema general de reparación integral en Colombia–, es la siguiente advertencia de la corporación en alusión,

“para satisfacer las directrices mínimas de protección de los derechos de la población desplazada, debería existir un registro autónomo o especial para esta población, cuando se trate de personas que han abandonado sus bienes inmuebles rurales y urbanos. Este registro permitiría identificar adecuadamente a las personas que han sufrido el despojo de sus bienes y a los predios que por tal razón deben ser protegidos. Una medida de esta naturaleza permitiría crear mecanismos para promover el derecho fundamental a la propiedad y a la posesión de la población desplazada y serviría para implementar una política diferencial en materia de reparación, para quienes se vieron obligados a abandonar o fueron despojados de sus bienes (...).

(...) Por las razones mencionadas, la Corte no puede dejar de exhortar tanto a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social) como a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación para que, en cumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias, cumplan con la obligación de establecer las políticas, los planes y procedimientos destinados a lograr la satisfacción efectiva del derecho a la restitución de los bienes de los cuales han sido despojadas durante años gran parte de las personas que actualmente se encuentran en situación de desplazamiento forzado”.⁹¹

Los esfuerzos para la creación del registro que la Corte sugiere en el aparte citado, han venido buscando concreción con la expedición de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, la cual crea el denominado Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente.⁹² Por su parte, en cuanto a los planes y políticas para la restitución de los bienes, es importante destacar el Programa de Restitución de Bienes, el cual es una guía elaborada por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación –luego de un proceso deliberativo con las víctimas, diversas instituciones, organizaciones de la sociedad civil, entre otras–, para proyectar los principales lineamientos a seguir en materia de restitución de bienes al momento de aplicar la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia n° T-085 del 16 de febrero de 2009, M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia n° T-821 del 5 de octubre de 2007, M.P. Catalina Botero, párr. 65.

⁹¹ *Ibidem*, párrs. 69 y 71.

⁹² Artículo 76 de la Ley 1448 de 2011.

Así, el programa en alusión se convierte en un componente de la política pública de reparación integral de carácter nacional. La CNRR presentó el programa al gobierno el 24 de mayo del año 2011 y se espera que su puesta en práctica contribuya a una más efectiva restitución de bienes en Colombia como medida de reparación, toda vez que distingue, por ejemplo, las tipologías de víctimas, victimarios y despojos, con el objetivo de discernir las diferentes mecanismos a través de los cuales las víctimas pueden reclamar la restitución de sus bienes.⁹³

No obstante, a pesar de los esfuerzos hasta el momento desarrollados por diversas instituciones estatales, con el objetivo de darle coherencia y claridad a la implementación práctica del derecho a la reparación de las víctimas en Colombia, aún falta elaborar un esfuerzo en el sentido de crear un gran sistema de reparación integral en Colombia, que coordine todos los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico para tal efecto, tanto los de la Ley 975 de 2005 como los contenidos en la Ley 1448 de 2011.

Valga señalar en este punto que la consecuencia de que la protección del derecho a la reparación pueda ser demandada por vía de tutela podría tener futuros inconvenientes si se llegare a aprobar en el Congreso el Acto Legislativo que propone crear el principio de sostenibilidad fiscal. Sin duda, la discusión de cómo se pondera dicho principio con otros más generales de protección a las víctimas en la práctica, generará arduos debates en el futuro, que podrían ser zanjados con la creación del sistema general de reparación que se propone.⁹⁴

2. La víctima como sujeto del derecho a la reparación integral

Otra institución del derecho que ha sufrido variaciones sustanciales en el contexto de justicia transicional colombiano, aun cuando sus cambios dieron inicio desde antes de la expedición de la Ley 975 de 2005, es la del sujeto pasivo del delito. Así, para explicar las variaciones actuales más importantes en este sentido, que imponen retos particulares a los operadores jurídicos, a continuación se explicará la evolución del concepto de víctima en el ámbito penal, para luego estudiar su transformación con ocasión de la Ley de Justicia y Paz y, más recientemente, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.

2.1. La concepción de víctima y sus derechos en el proceso penal

En relación con el alcance y contenido del concepto de víctima en el derecho penal, la Corte Constitucional se ha pronunciado precisando que son titulares de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación, las víctimas y perjudicados por el delito que hubiesen sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de éste. Dicho criterio ha sido sostenido, tanto en el contexto de los procesos penales de la justicia ordinaria en el ámbito nacional, como en el contexto de la justicia transicional y de la justicia internacional.⁹⁵

2.1.1. Consideraciones sobre las nociones de parte civil, víctima y perjudicado por el delito

⁹³ Para mayor información sobre los objetivos, líneas de base, subprogramas e institucionalidad del programa, se recomienda ver el documento elaborado por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación sobre este aspecto, titulado “PRB Programa de Restitución de Bienes”.

⁹⁴ La Ley 1448 de 2011 adelanta el debate que en los próximos meses muy seguramente tendrá lugar en Colombia a propósito de la reparación de las víctimas y la sostenibilidad fiscal del Estado, al disponer en su artículo 19: “Para efectos de cumplir con las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación dispuestas en el presente marco, el Gobierno Nacional dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente Ley, creará un Plan Nacional de Financiación mediante un documento CONPES que propenda por la sostenibilidad de la ley, y tomará las medidas necesarias para garantizar de manera preferente la persecución efectiva de los bienes de los victimarios con el fin de fortalecer el Fondo de Reparaciones de que trata el artículo 54 de la Ley 975 de 2005. El desarrollo de las medidas a que se refiere la presente ley, deberá hacerse en tal forma que asegure la sostenibilidad fiscal con el fin de darles, en conjunto, continuidad y progresividad, a efectos de garantizar su viabilidad y efectivo cumplimiento”.

⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia n° C- 516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

En este punto, es necesario recordar que la Corte Constitucional parte de una distinción fundamental hoy entre las distintas calidades posibles que se asumen al interior del proceso penal al momento de intervenir en el mismo; esto es: la diferencia entre parte civil, víctima y perjudicado. Esta distinción permite delimitar el concepto de víctima, así como precisar de una forma más integral su desarrollo en la jurisprudencia constitucional y el ordenamiento jurídico colombiano. En este sentido, en sentencia n° C-228 de 2002, la Corte Constitucional indicó que,

“parte civil, víctima y perjudicado son conceptos jurídicos diferentes. En efecto, la víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica, mientras que la categoría ‘perjudicado’ tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también en daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado. La parte civil es una institución jurídica que permite a las víctimas o perjudicados, dentro de los cuales se encuentran los sucesores de la víctima, participar como sujetos en el proceso penal. El carácter civil de la parte ha sido entendido en sentido meramente patrimonial, pero en realidad puede tener una connotación distinta puesto que refiere a la participación de miembros de la sociedad civil en un proceso conducido por el Estado. Así, la parte civil, en razón a criterios que serán mencionados con posterioridad, es la directa y legítimamente interesada en el curso y en los resultados del proceso penal”.⁹⁶

Esta distinción se realiza, además, en el entendido de que no en pocas de sus decisiones, la Corte Constitucional hace referencia de manera concomitante, aunque teniendo claras las anteriores diferenciaciones, a las calidades de víctima y perjudicado de una conducta punible, con el objeto de determinar los derechos que a una y a otro les asisten. Así, por ejemplo, en la sentencia n° C-163 de 2000, la Corte reiteró el deber de las autoridades judiciales de garantizar el derecho de las víctimas y perjudicados por un hecho punible a obtener una reparación integral que comprende la indemnización de tales daños, además de los perjuicios materiales. En este sentido, señaló que,

“independientemente de la jurisdicción encargada de establecer el *quantum* de una indemnización de perjuicios, el operador jurídico deberá propender porque la reparación sea integral, es decir que cubra los daños materiales y morales causados, ya que a las autoridades judiciales les asiste el compromiso de investigar y juzgar los delitos, no sólo con el ánimo de protección de aquellos bienes jurídicamente tutelados de singular importancia para la comunidad, sino también para administrar justicia en forma que mejor proteja los intereses del perjudicado, quien es concretamente, el titular del bien jurídico afectado. En consecuencia, si en un caso particular la víctima o sus causahabientes estiman que el juez civil no incluyó en la liquidación de los perjuicios otros factores como los daños morales, obviamente pueden procurar que la indemnización sea efectivamente integral acudiendo a los medios que el ordenamiento jurídico establezca para el efecto”.⁹⁷

2.1.2. Determinación de la calidad de víctima a partir de las condiciones de existencia del daño

En relación con la forma en que el daño debe producirse, la Corte Constitucional, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 132 de la Ley 906 de 2004, señaló que víctima no es sólo quien sufre un daño *directo* como consecuencia del delito –como sostenía el artículo demandado y que fuera declarado inexequible–, toda vez que el carácter de *directo* del perjuicio es una cualidad que,

“no constituye un elemento o condición de existencia del daño, sino que plantea un problema de imputación, en cuanto pone de manifiesto el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona. De tal manera que cuando el legislador en el artículo 132 asigna al daño el calificativo de ‘directo’ para el sólo efecto de determinar la calidad de víctima, está condicionando tal

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia n° C-228 del 3 de abril de 2002, M.P. Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre.

⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia n° C-163 del 23 de febrero de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

calidad a la concurrencia de un elemento de imputación que corresponde a un análisis posterior que debe efectuar el juez, al determinar tanto la responsabilidad penal como la civil del imputado o acusado. Este calificativo indudablemente restringe de manera inconstitucional la posibilidad de intervención de las víctimas en el proceso penal y su derecho a un recurso judicial efectivo. La determinación de la calidad de víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño, y no de las condiciones de imputación del mismo”.⁹⁸

Por su parte, y con ocasión de los procesos que se adelantan conforme al estatuto procesal ordinario, la Corte ha precisado que están legitimados para perseguir la garantía de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, tanto la víctima directa como los perjudicados con el hecho punible. En este sentido, víctima es, como se señaló anteriormente, aquella persona “respecto de la cual se materializa la conducta típica”, mientras que perjudicado es una categoría que comprende a “todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito”.⁹⁹

Conforme a esta precisión, la Corte Constitucional fundamentó la legitimación para intervenir en los procesos penales en procura de la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, en la existencia de un daño real, concreto y específico, no necesariamente de contenido patrimonial, el cual puede ser padecido tanto por la víctima directa o indirecta, como por los perjudicados con el delito. Sobre el particular, la Corte ha indicado:

“Se requiere que haya un daño real, *no necesariamente de contenido patrimonial*, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso. (...) Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. Es más: aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando este existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad de parte. Lo anterior significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial”.¹⁰⁰

Este precedente establecido antes de la entrada en vigencia del sistema procesal penal con tendencia acusatoria, conserva aplicabilidad frente a la determinación de la legitimidad y el alcance de los derechos de las víctimas en este modelo procesal, dado que se funda en una concepción amplia, deducida de los valores, principios y derechos que irradian igualmente el nuevo ordenamiento procesal, como son los derechos de las víctimas del delito a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos. Una concepción amplia de la titularidad para pedir garantía de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación en el proceso penal es reforzada, así mismo, por el numeral 6° del artículo 250 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, que además de las medidas de protección y asistencia para las víctimas, dispone el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.¹⁰¹

Así, el derecho penal da cuenta hoy de una especie de consenso sobre la clara diferencia conceptual entre los términos sujeto pasivo, perjudicado y víctima. Tal como lo advirtió en su momento el director del Área de Justicia, a propósito del delito de desplazamiento forzado, mientras “los primeros evocan categorías dogmáticas clásicas, el último corresponde al desarrollo de una nueva concepción criminológica que amplió la idea de perjudicado (todo perjudicado es víctima, pero no necesariamente al revés), para fortalecer uno de los nuevos fines contemporáneos

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia n° C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia n° C-228 del 3 de abril de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia n° C- 516 del 11 de julio de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

del derecho penal, producto de la interrelación del mismo con la victimología: acercar el derecho penal a las víctimas”.¹⁰²

Recuérdese, como se ha dicho previamente, que debido a las circunstancias en que tiene lugar este delito, se trata, muchas veces, de un típico tipo penal con víctimas sin victimarios; por esa razón, la noción clásica de sujetos pasivos –identificables fácilmente respecto de los sujetos activos–, no da cuenta hoy de la complejidad de estos delitos. En este sentido, la noción de víctima, incluso con más capacidad de rendimiento dogmático que la noción de perjudicado, puede dar más sentido a la complejidad de delitos eminentemente pluriofensivos.

Agrega, además, la Corte: “El término perjudicado hace referencia a un concepto restringido que evoca una afectación material directamente recibida a causa de la comisión del delito”; por su parte, “la palabra víctima abarca un espectro de personas más extenso que han recibido cualquier tipo de perjuicio, directa o indirectamente derivado del ilícito y que, en la medida en que puedan acreditar un interés legítimo en la actuación, podrán hacer parte del proceso penal. Ésta es la interpretación extensiva que ha adoptado la jurisprudencia y la doctrina colombiana tras la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, que abarca el tema en el artículo 132”.¹⁰³

2.2. Los derechos de las víctimas más allá de la mera reparación pecuniaria

El ordenamiento jurídico colombiano –y en particular la jurisprudencia constitucional–, incluyeron la consideración de la víctima dentro del ámbito del proceso penal, a partir de la discusión de las facultades que permite la acción civil, pasando a considerarla luego como un verdadero sujeto procesal.¹⁰⁴ En principio, se propició una noción de los derechos de la víctima, restringidos exclusivamente a la búsqueda de una reparación económica. Según lo indicó la misma Corte Constitucional,

“de conformidad con la sentencia C-293 de 1995, el interés de la parte civil en el proceso penal era esencialmente económico: obtener una indemnización que reparase el daño causado con el delito. Por esa razón se justificaba restringir el ámbito de su participación en una etapa en la que aún no había formalmente proceso penal, tal como la investigación previa. Para la Corte, ello era necesario y deseable a fin de impedir que los ‘ánimos retaliatorios’ de la víctima pudieran llegar a interferir en la investigación y en la definición de la procedencia de la acción penal, lo cual sería contrario a la tradición liberal donde el Estado tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal”.¹⁰⁵

Al modificar esta línea interpretativa, la Corte reconoció que había tomado tal decisión a la luz de la legislación vigente, más no a partir del texto de la Constitución.¹⁰⁶ Así, a la discusión del papel de la víctima en el proceso penal, la Corte optó por incluir el derecho internacional de los derechos humanos, interpretando la normatividad interna conforme a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. En ese sentido, en sentencia n° SU-1184 de 2001, señaló:

¹⁰² Alejandro Aponte: *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Reglas, principios de interpretación y fórmulas de imputación*, Monográfico n° 1, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2009, pp. 37-39. Corte Constitucional, sentencia n° C-228 del 3 de abril de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Óscar Julián Guerrero Peralta, “Las víctimas en el contexto del derecho procesal penal colombiano (perfiles comparativos)”, en: José Hurtado Pozo (director), *La reforma del proceso penal peruano, Anuario de Derecho Penal 2004*, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, agosto de 2004, p.16.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia n° C-228 del 3 de abril de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁰⁶ Esta posición fue reiterada en las sentencias n° C-223 de 1995, C-475 de 1997, SU-717 de 1998, C-163 de 2000 y C-1711 de 2000.

“Las víctimas de los hechos punibles tienen no sólo un interés patrimonial, sino que comprende el derecho a que se reconozcan el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. El derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determinen los responsables de tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarlos. De ahí que ostenten la calidad de sujetos procesales”.¹⁰⁷

La Corte llegó a la consideración de la víctima como sujeto procesal a partir de tres argumentos, a saber: (i) la tutela judicial efectiva como un derecho reconocido internacionalmente que le asiste al imputado-procesado, así como al perjudicado con la conducta punible; (ii) la inadmisibilidad desde el punto de vista internacional de aquellas medidas del derecho penal doméstico que incluían amnistías, prescripciones y que tenían por efecto excluir la responsabilidad penal menoscabando el legítimo derecho de las víctimas a la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de los responsables; y (iii) por último, las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que han servido de modelo posterior para múltiples disposiciones normativas que se han promovido desde el ámbito internacional, con el objeto de favorecer a las víctimas de violaciones de los derechos humanos y del DIH.¹⁰⁸

Si bien los cambios en la concepción de los derechos de las víctimas y los perjudicados se refieren, sobre todo, a graves violaciones a los derechos humanos, la tendencia en las legislaciones internas no se limita a dicha protección mínima, sino que ha comprendido, también, delitos de menor gravedad. Igualmente, el legislador colombiano dispone de un margen de apreciación para definir el alcance de tales derechos, según diferentes criterios –dentro de los cuales se destacan, de un lado, la gravedad del delito y, del otro, la situación del procesado que puede llegar a ser de una significativa vulnerabilidad–, siempre que no reduzca tales derechos a la mera reparación pecuniaria.¹⁰⁹

Al consagrar los derechos de las víctimas dentro del proceso penal, el artículo 11 de la Ley 906 de 2004, precisa que éstas tendrán derecho, entre otros, a: (i) recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno; (ii) la protección de su intimidad, la garantía de su seguridad y la de sus familiares y testigos a favor; (iii) una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código; (iv) ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas; (v) recibir, desde el primer contacto con las autoridades, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas; (vi) que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto; (vii) ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; y (viii) ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado.¹¹⁰

2.3. La víctima en el proceso de Justicia y Paz

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia n° SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁰⁸ Óscar Julián Guerrero, Op. Cit., p. 22.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 23. En sentencia n° C-454 de 2006, la Corte precisó que “los fundamentos constitucionales de los derechos de las víctimas, así como los pronunciamientos que sobre la Ley 906 de 2004 ha realizado la Corte, permiten afirmar que la víctima ocupa un papel protagónico en el proceso, que no depende del calificativo que se le atribuya (como parte o interviniente), en tanto que se trata de un proceso con sus propias especificidades, en el que los derechos de los sujetos que intervienen están predeterminados por los preceptos constitucionales, las fuentes internacionales acogidas por el orden interno y la jurisprudencia constitucional. El alcance de los derechos de las víctimas debe interpretarse dentro de este marco”. Corte Constitucional, sentencia n° C-454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹¹⁰ Artículo 11 de la Ley 906 de 2004. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto del 23 de agosto de 2007, bajo radicado n° 28040, precisó: “Como novedad, entonces, la Ley 906 de 2004, consagra en su artículo 11 derechos específicos de las víctimas dentro del proceso penal (art. 11) y establece mecanismos concretos de justicia restaurativa (arts. 518 y ss.), con lo cual se ha trascendido el ámbito de su interés cifrado en la mera pretensión económica, que le caracterizaba en las codificaciones anteriores, mediante el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal”.

Como se señaló en apartes anteriores del presente informe, el artículo 5 de la Ley 975 de 2005, define a la víctima como “la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley”.¹¹¹

En términos generales, la definición de víctima dentro del proceso de Justicia y Paz, supone la concurrencia de tres elementos esenciales, a saber: (i) debe tratarse de una persona que individual o colectivamente ha sufrido un daño; (ii) el daño debe ser consecuencia directa de acciones que hubieren transgredido la legislación penal; y (iii) las conductas delictivas deben haber sido realizadas por miembros o grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML) que hagan parte de un proceso de reincorporación a la vida civil, bien de manera individual, bien de manera colectiva, y que se encuentren postulados por el gobierno nacional a los trámites y beneficios de la Ley de Justicia y Paz.¹¹²

En aquellos delitos que entrañan la generación de daños y perjuicios, las víctimas son titulares de un derecho a la reparación integral que comprende, tal y como lo prescribe el artículo 8 de la Ley 975 de 2005, la adopción de medidas y garantías individuales relativas a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición de las conductas punibles victimizantes.¹¹³ Conforme al derecho internacional contemporáneo, y como ya se ha venido sosteniendo, dentro del proceso de Justicia y Paz la reparación presenta, también, una dimensión individual y otra colectiva. Así, desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, mientras que en su dimensión colectiva involucra medidas de satisfacción de alcance general encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas.¹¹⁴

Sin embargo, como se vio al estudiar el daño colectivo, una gran problemática que enfrenta en la actualidad la concepción de víctimas planteada en la Ley 975 de 2005, es la falta de regulación sobre qué se entiende por víctima colectiva. Es importante tener en cuenta en este punto, que la respuesta a esta pregunta no es meramente jurídica, sino que se inserta en lo político:

“La primera decisión que debe tomarse para la formulación de un programa de reparación administrativa es establecer a quiénes considerará víctimas el programa. Esta es, sin duda, una decisión de alto contenido político, pues porta el mensaje de qué sufrimiento y cuáles violaciones de los derechos humanos (entre un espectro muy amplio de violaciones que tienen lugar durante la represión política o la guerra) son más importantes para el Estado, de manera que merecen reparación sin que medie una decisión judicial que conmine al Estado a otorgarla”.¹¹⁵

Como bien sugiere la autora citada, la “definición de qué comunidades, grupos o colectivos se considerarán como víctimas para efectos de un programa administrativo de reparación puede beneficiarse de la consideración de dos elementos interrelacionados. De un lado, si en realidad se trata de un grupo con identidad colectiva o no, y de otro, si el grupo como tal existía al momento de ocurrir la violación que dio lugar a los daños colectivos que se pretende reparar. La reflexión sobre estos elementos busca evitar que la reparación colectiva sea una fuente de

¹¹¹ Artículo 5, Ley 975 de 2005.

¹¹² Claudia López (coordinadora), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ, 2010, pp. 24-25. No sobra precisar que la comisión de la conducta delictiva y el daño eventual que la misma haya causado, debieron haber sido realizadas durante y con ocasión de la pertenencia al GAOML de que se trate.

¹¹³ CSJ, Sala Penal, auto del 8 de septiembre de 2008, radicado n° 30360, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

¹¹⁴ CSJ, Sala Penal, auto del 10 de abril de 2008, radicado n° 29472, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

¹¹⁵ Catalina Díaz, “La reparación colectiva: problemas conceptuales en perspectiva comparada”, en: Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (editores), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ y DeJusticia, Bogotá, 2009, p. 148.

frustración para las víctimas, si se propone como un sustituto –supuestamente más práctico y barato– de la reparación individual”.¹¹⁶ (Un ejemplo claro de la decisión política es, como se verá a continuación, la definición de víctima en el marco del conflicto armado que contiene la denominada Ley de Víctimas y Restitución de Tierras).

Por su parte, un avance en la definición de víctima colectiva en el marco de la Ley 975 de 2005 es la dada por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación como recomendación en el Programa Institucional de Reparación Colectiva al cual se hizo referencia anteriormente, elaborado por la entidad en referencia en virtud del mandato consagrado para tal efecto en el artículo 49 de la Ley de Justicia y Paz.¹¹⁷

Así, de acuerdo con el documento presentado por la CNRR, para efectos de dicho programa se deben entender como sujetos de la reparación colectiva: (i) los grupos y organizaciones sociales y políticos; (ii) las comunidades determinadas a partir de un reconocimiento jurídico, político o social que se haga del colectivo, o en razón de la cultura, la zona o el territorio en el que habitan, o un propósito común; y (iii) los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.¹¹⁸ Sin duda, la implementación del Programa Institucional de Reparación Colectiva generará diversos retos en la práctica; sin embargo, la elaboración del mismo es un notorio avance para la reparación del daño colectivo en Colombia, que recoge la experiencia de la CNRR en esta área, al tiempo que transforma, en cierta manera, la concepción tradicional de quién es víctima en el derecho interno.

2.4. La víctima en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras

Adicional a las anteriores disposiciones, el 10 de junio de 2011 el presidente Juan Manuel Santos sancionó la Ley 1448 de 2011, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, también conocida como Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.

El objeto de dicha norma es “establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas (...), dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales”.¹¹⁹

En cuanto a los destinatarios de la norma, el artículo 3° precisa que son víctimas “aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”. Así mismo, dispone que también se considerará como tales a,

“el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 160.

¹¹⁷ El artículo 49 de la Ley 975 de 2005 consagra: “Artículo 49. Programas de reparación colectiva. El Gobierno, siguiendo las recomendaciones la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparaciones, deberá implementar un programa institucional de reparación colectiva que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia”.

¹¹⁸ Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *Programa Institucional de Reparación Colectiva*, Resumen Ejecutivo, Bogotá, 2011, p. 7.

¹¹⁹ Artículo 1 de la Ley 1448 de 2011.

De la misma forma, se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”.¹²⁰

Se destaca que en el párrafo 2° de este artículo se excluyó como víctimas a los integrantes de grupos armados organizados al margen de la ley, “salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad”. Dicha exclusión podría contrariar, aunque no de manera exclusiva, los principios mismos del derecho internacional humanitario, bajo el entendido de que los integrantes de estas organizaciones podrían, también, sufrir el menoscabo de sus derechos, específicamente en aquellos eventos en que se encuentren fuera de combate o no estén participando directamente de las hostilidades.¹²¹ Además, esta disposición podría conllevar futuras discusiones cuando se está ante personas sometidas a reclutamiento infantil. Por ejemplo, ¿siguen siendo víctimas después de cumplir la mayoría de edad?, ¿qué trato especial se les daría?

En igual sentido, se hace necesario mencionar que al momento de determinar la calidad de víctima, si bien la norma establece como criterio temporal el que se trate de hechos delictivos acaecidos “a partir del 1 de enero de 1985”, el párrafo 4° del referido artículo 3 establece que aquellas personas que hubieren sido víctimas por hechos ocurridos antes de esa fecha, tienen derecho a la verdad, a medidas de reparación simbólica y a que se le garantice la no repetición de las conductas victimizantes.¹²²

Por su parte, es importante hacer alusión al artículo 13 de la Ley 1448 de 2011, donde se establece explícitamente el enfoque diferencial como un criterio especial a atender en las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral:

“Artículo 13. Enfoque diferencial. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque.

El Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente Ley tales como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, campesinos, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de Derechos Humanos y víctimas de desplazamiento forzado.

Para el efecto, en la ejecución y adopción por parte del Gobierno Nacional de políticas de asistencia y reparación en desarrollo de la presente ley, deberán adoptarse criterios diferenciales que respondan a las particularidades y grado de vulnerabilidad de cada uno de estos grupos poblacionales.

¹²⁰ Artículo 3 de la Ley 1448 de 2011.

¹²¹ Igual situación sucede con el o la cónyuge, compañero o compañera permanente, o los parientes de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que no habrán de ser consideradas como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos. Artículo 3 de la Ley 1448 de 2011.

¹²² Artículo 3 de la Ley 1448 de 2011.

Igualmente, el Estado realizará esfuerzos encaminados a que las medidas de atención, asistencia y reparación contenidas en la presente ley, contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes”.¹²³

En desarrollo del enfoque diferencial expuesto, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras consagra, para citar un caso, explícitamente en el artículo 114, la atención preferencial para las mujeres en los trámites administrativos y judiciales del proceso de restitución.

No es pacífico y requerirá trabajo de reglamentación, la alusión que hace la ley a víctimas “con ocasión del conflicto armado interno”. Es un avance importante, pero requiere reglamentación en función de una correcta concepción de lo que es la persecución y prevención de crímenes internacionales. Tanto más, de víctimas de violaciones de derechos humanos y del DIH que constituyen hoy crímenes internacionales. Es el lenguaje más adecuado de interpretación de la ley, así como el primer paso para una acotación del concepto, justo porque puede crear discusiones prácticas muy complejas en función de los autores de las violaciones: ¿son los narcotraficantes, por ejemplo, actores que generan víctimas en escenarios de conflicto armado?, ¿qué pasa con las acciones de las denominadas Bacrim?, ¿hasta dónde la denominación o el carácter de los actores, inciden en el carácter de las víctimas?, ¿cómo se distingue adecuadamente la víctima de un delito ordinario, por decirlo así, de una víctima de un crimen internacional, en escenarios tan confusos y degradados como el colombiano? Son temas, como se dice, que requieren reglamentación fundamental y que se refieren a la médula de la ley. El parágrafo del artículo 135 del Código Penal colombiano y su remisión a tratados internacionales, puede servir de referencia para la reglamentación de este punto complicado.

Por su parte, un logro excepcional de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, es lo que se podría llamar *despenalizar la discusión* sobre reparación y sobre el carácter mismo de la víctima. Es decir, se ve hoy, particularmente en el marco de la Ley de Justicia y Paz, una exigencia extrema y disfuncional al aparato judicial, para dar cuenta de aspectos propios del derecho administrativo, del derecho civil, de los derechos humanos o, incluso en algunos casos, ajenos al derecho mismo. Al juez penal se le ha exigido un protagonismo inusual en lógica transicional, que desvirtúa su carácter y lo hace ingresar a terrenos peligrosos de activismo judicial desmedido.

Por eso la ley, al excluir del escenario judicial-penal el tema central de la reparación, impulsa un tratamiento mucho más consistente y adecuado de una cuestión estructural como es la garantía efectiva de este derecho. Lo anterior no obsta, por supuesto, para que el Estado y su aparato judicial, investiguen y sancionen los crímenes internacionales. En este sentido, es un acierto también la referencia de la ley a la noción de justicia transicional, como la confluencia de diversas medidas y mecanismos, más que la prevalencia del derecho penal como respuesta única.¹²⁴

¹²³ Para un estudio detallado de la garantía del derecho a la reparación integral desde enfoques diferenciales, se sugiere consultar los siguientes textos: Diana Esther Guzmán, “Reparaciones para las mujeres víctimas de la violencia en Colombia”, en: Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (editores), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ y DeJusticia, Bogotá, 2009, pp. 193-226; Carlos Lozano y Foro Interétnico Solidaridad Chocó, “Violaciones y daños colectivos en territorios étnicos en Chocó: claves de la desterritorialización y propuestas para su reparación”, en: Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (editores), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ y DeJusticia, Bogotá, 2009, pp. 523-578; y César Rodríguez Garavito y Yukyan Lam, *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, DeJusticia, Bogotá, 2011.

¹²⁴ Un tema central en esta cuestión, que requiere una minuciosa reflexión, son los artículos contenidos en la Ley 1448 de 2011 tendientes a limitar la responsabilidad subsidiaria del Estado en el pago de las reparaciones, así como la futura expedición del Plan Nacional de Financiación para darle sostenibilidad a la ley en referencia, de acuerdo con el artículo 19 de la misma, al cual se hizo referencia con anterioridad. En virtud del artículo 10 de la Ley 1448 de 2011, se dispone que las “condenas judiciales que ordenen al Estado reparar económicamente y de forma subsidiaria a una víctima debido a la insolvencia, imposibilidad de pago o falta de recursos o bienes del victimario condenado o del grupo armado organizado al margen de la ley al cual este perteneció, no implican reconocimiento ni podrán presumirse o interpretarse como reconocimiento de la responsabilidad del Estado o de sus agentes. En los procesos penales en los que sea condenado el victimario, si el Estado debe concurrir

Un ejemplo de lo expuesto se da respecto del desplazamiento forzado: como se señaló previamente, es un típico delito que supone, en una mayoría de casos, de víctimas sin victimarios. Es decir, son hechos constitutivos del delito, acciones de actores armados que producen toda suerte de crímenes y que como resultado final generan desplazamientos. Para el derecho penal, hacer la conexión estricta entre los sujetos activos del delito y las víctimas es tarea ardua y a veces imposible.

Pero las víctimas existen con independencia de la verificación de sus victimarios. Es allí donde apunta la ley, por ejemplo, en el inciso final del artículo 3. Es donde, además y de hecho, apunta hoy el derecho penal con fórmulas como autoría mediata en estructuras de poder, etc. Es decir, con fórmulas más acordes con la actuación de la macrocriminalidad. La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras operará, en muchos casos, en este contexto de víctimas sin victimarios; de allí la importancia de las verificaciones de hecho del carácter de víctima y todo el andamiaje de reconocimiento de la víctima sin trabas judiciales.

En lógica transicional, es un acierto el segundo inciso del artículo 4 de la Ley 1448 de 2011, al hacer referencia a la constitución de ciudadanía de las víctimas, como *telos* general de la Ley. Hoy, a nivel internacional, en todos los foros importantes sobre el tema, se insiste en este aspecto central de la dignificación de la víctima.¹²⁵ Por tanto, también a pesar de la discusión política generada al tenor de lo dispuesto en la primera parte del parágrafo 2 del artículo 3, sobre la restricción del carácter de víctimas a menores desmovilizados, es un gran logro de la ley, pues da cuenta del fenómeno del reclutamiento ilegal de menores, hecho particularmente crítico en Colombia.

Los menores reclutados, bien sea a través de reclutamiento forzoso o voluntario, son siempre víctimas y el sistema penal judicial apenas está interiorizando este hecho fundamental que debe ser objeto de trabajo interinstitucional. Es un tema que debe ser reglamentado coherentemente, ya que, además, el hecho del reclutamiento se produce en las fronteras con otros crímenes de guerra como prostitución forzada o esclavitud sexual (artículo 141 del Código Penal) o con formas de la trata de personas, que no son crímenes internacionales, pero que tiene lugar en escenarios de conflicto armado interno como el colombiano.

3. El derecho a la reparación integral en el derecho internacional

Con el propósito de enriquecer la propuesta general del presente informe, con respecto a la necesidad de crear un sistema general de reparación integral, que integre muchos de los cambios que el derecho ordinario en materia de reparaciones –tanto interno como internacional–, ha tenido con ocasión de contextos de violaciones masivas de derechos humanos, a continuación se mostrará cómo el derecho internacional ha variado en este sentido, así como algunos retos que actualmente se imponen al pretender reparar integralmente a las víctimas en contextos de macrocriminalidad donde aún persiste el conflicto armado, específicamente en el ámbito de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a Colombia.

3.1. Evolución del derecho internacional en materia de reparación: la reparación más allá de la restitución

subsidiariamente a indemnizar a la víctima, el pago que este deberá reconocer se limitará al monto establecido en el reglamento correspondiente para la indemnización individual por vía administrativa de que trata la presente ley en el artículo 132, sin perjuicio de la obligación en cabeza del victimario de reconocer la totalidad de la indemnización o reparación decretada dentro del proceso judicial”.

¹²⁵ Ver, a manera de ejemplo, el texto de Paul Seils sobre el principio fundamental de la dinámica transicional, que es generar ciudadanía: abrir espacios de reconocimiento de las víctimas como auténticas ciudadanas. Tanto más importante es ello, cuanto que las víctimas son, en la mayoría de las ocasiones, sujetos abandonados por el derecho y el Estado: Paul Seils, “La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional”, en: Jessica Almqvist y Carlos Espósito (coordinadores), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates No. 199, Madrid, 2009, pp. 21-40.

En el derecho internacional se ha considerado insuficiente otorgar a las víctimas únicamente la indemnización de los daños causados contra las mismas, por lo que los derechos a la verdad y a la justicia han venido cobrando plena vigencia. Ello ha supuesto que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia un concepto de reparación integral que comprenda, además de una indemnización económica, el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la sanción de los responsables.¹²⁶

Por su parte, en cuanto a los mecanismos diseñados para garantizar la reparación de las víctimas, aún en materia de indemnización económica, la tendencia ha sido hacia una reparación integral. Esta tendencia hacia la reparación integral ha estado marcada por casos de graves violaciones de derechos humanos:

“En efecto, como lo relata de manera muy articulada Williams, en las últimas décadas el concepto de reparación sufrió una importante evolución en el ámbito del derecho internacional, pues pasó de un enfoque eminentemente centrado en la restitución a uno en el cual ésta constituye un componente más de la reparación integral, que no necesariamente debe privilegiarse en todos los casos, al menos desde la perspectiva de derechos humanos. Según Williams, la concepción original de la reparación en el derecho internacional surgió en las disputas interestatales, que por lo general versaban sobre bienes susceptibles de ser devueltos.

En esa medida, la restitución constituía el componente esencial de la reparación y se consideraba jerárquicamente superior a cualquier otro componente, en especial a la compensación. Sin embargo, cuando la reparación comenzó a utilizarse como mecanismo para enfrentar graves violaciones de los derechos humanos, esta visión restrictiva de la reparación como restitución empezó a resultar limitada, ya que por lo general tales violaciones no atentan única ni principalmente contra bienes patrimoniales y en muchos casos los daños causados por las mismas impiden o tornan inadecuada la devolución de la víctima a la situación anterior”.¹²⁷

En este sentido, tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, marcan el inicio de una tendencia en el derecho internacional por desarrollar instrumentos que garanticen el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos, lo que comprende una indemnización justa y adecuada. Dentro de esta tendencia, por ejemplo, el 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, según la cual las víctimas “tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido” y para ello es necesario que se permita que sus opiniones y preocupaciones “sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente”.¹²⁸

La obligación de reparar en el derecho internacional, por su parte, tiene origen en una norma consuetudinaria, aceptada por la misma Corte Permanente de Justicia Internacional en varios de sus fallos, en virtud de la cual “la violación de un compromiso conlleva la obligación de reparar; por tanto, la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de un contrato, por lo que no hay necesidad de que esta regla se encuentre

¹²⁶ Organización de Naciones Unidas, Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías, *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*, Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión.

¹²⁷ Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en: Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (editores), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ y Dejusticia, Bogotá, 2009, p. 39, citando a: Rodhri Williams, “El derecho contemporáneo a la restitución de propiedades dentro del contexto de la justicia transicional”, en: Catalina Díaz (editora), *Reparaciones para las víctimas de la violencia política: estudios de caso y análisis comparado*, Serie Justicia Transicional, ICTJ, Bogotá, 2008, pp. 389-502.

¹²⁸ Organización de Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

establecida en el mismo contrato”.¹²⁹ Más adelante, la Corte Internacional de Justicia reconoció, igualmente, el carácter consuetudinario de esta norma, señalando que “se encuentra establecido en el derecho internacional general, que un Estado responsable por un hecho internacionalmente ilícito tiene la obligación de reparar de forma plena los perjuicios causados por ese acto”.¹³⁰

La obligación de los Estados de reparar los perjuicios causados por los hechos internacionalmente ilícitos, fue recogida en el capítulo IV del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53° período de sesiones, presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el cual contiene el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.¹³¹ El proyecto en alusión, que recoge normas consuetudinarias en materia de reparación, establece que el “Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”.¹³² A su vez, indica que el “perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”.¹³³ Por su parte, en cuanto a las formas de reparación, el artículo 34 de dicho proyecto indica que la “reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada”.¹³⁴

En 1996, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, presentó el Informe Final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), adoptado mediante Resolución 1996/119, donde se señaló que el derecho de las víctimas a obtener la reparación de los daños ocasionados por el delito entrañaba tanto medidas individuales como generales y colectivas.¹³⁵

3.2. La reparación de las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En varias ocasiones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado su jurisprudencia en materia de reparaciones, con ocasión de fallos contra Colombia. Así, por ejemplo, en el caso 19 Comerciantes v. Colombia, la Corte reiteró la norma según la cual es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que hubiere producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.¹³⁶ De igual forma, la Corte indicó que, de dicho principio, se deriva que “al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación”.¹³⁷

Por su parte, en cuanto a las modalidades de reparación, la Corte indicó que la “reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in*

¹²⁹ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso fábrica de Chorsow*, Alemania v. Polonia, sentencia del 26 de julio de 1927, serie A, No. 9. Traducción libre, p. 21.

¹³⁰ Corte Internacional de Justicia, *Caso concerniente a las actividades armadas en el territorio del Congo*, República Democrática del Congo v. República de Uganda, sentencia del 19 de diciembre de 2005, No. 116. Traducción libre, párr. 259.

¹³¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr.1 y 2).

¹³² Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, artículo 31.

¹³³ Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, artículo 31.

¹³⁴ Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, artículo 34.

¹³⁵ Organización de las Naciones Unidas, Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías, *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*, Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión.

¹³⁶ Corte IDH, caso “19 Comerciantes v. Colombia”, sentencia del 5 de julio de 2004, fondo, reparaciones y costas, párr. 219.

¹³⁷ *Ibidem*, párr. 220.

integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, (...) cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”.¹³⁸

De otro lado, en el caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia, la Corte Interamericana indicó que “la obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno”.¹³⁹ De igual forma, señaló que “las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”.¹⁴⁰

Estos criterios generales en materia de reparación han sido reiterados, por lo demás, en posteriores sentencias de la Corte Interamericana contra Colombia, como lo son aquellas proferidas con ocasión de los casos de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia y de las Masacres de Ituango v. Colombia. Estas dos providencias, por su parte, reiteran algunos lineamientos trazados por la Corte en cuanto a las medidas de reparación, tanto del daño material como del inmaterial, así como sobre otras formas de reparación. Así, por ejemplo, en el primero de los casos citados, la Corte indicó que para determinar el daño material, la Corte debía fijar un monto indemnizatorio que compensara las consecuencias patrimoniales de las violaciones declaradas en la sentencia. Para tal efecto, indicó que era necesario tomar como punto de referencia “las circunstancias del caso, la prueba ofrecida, su jurisprudencia y los alegatos relevantes presentados por la Comisión, los representantes y el Estado”.¹⁴¹

En aquella ocasión la Corte indicó que, aun cuando el daño material debía ser estimado “con base en elementos de prueba que permitan acreditar un perjuicio cierto”, las circunstancias del caso objeto de conocimiento de la Corte la imposibilitaban para “determinar los daños materiales ocasionados a los familiares de las personas desaparecidas y privadas de su vida”. Por tanto, la Corte indicó que fijaría en equidad las compensaciones por daño material por concepto de pérdida de ingresos, “en atención al contexto y las circunstancias del caso, tomando en consideración la expectativa de vida en Colombia en 1990 y que las actividades agrícolas que realizaban la mayoría de las personas desaparecidas y privadas de su vida contribuían a la subsistencia de sus familias”.¹⁴²

En el caso de las Masacres de Ituango v. Colombia, la Corte precisó su jurisprudencia en materia de reparaciones por daño inmaterial, indicando:

“El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan

¹³⁸ *Ibidem*, párr. 221.

¹³⁹ Corte IDH, caso de la “Masacre de Mapiripán v. Colombia”, sentencia del 15 de septiembre de 2005, fondo, reparaciones y costas, párr. 244.

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 245.

¹⁴¹ Corte IDH, caso de la “Masacre de Pueblo Bello v. Colombia”, sentencia del 31 de enero de 2006, fondo, reparaciones y costas, párr. 246.

¹⁴² *Ibidem*, párr. 247 y 248.

como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos”.¹⁴³

Así, en cuanto al primer aspecto señalado por la Corte, la misma manifestó que “el daño inmaterial infligido a las víctimas resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a actos brutales en el contexto del presente caso, experimente un profundo sufrimiento, angustia moral, terror e inseguridad, por lo que este daño no requiere pruebas”.¹⁴⁴ De igual forma, señaló que, “sobre los familiares de las personas privadas de la vida, el Tribunal ha presumido que los sufrimientos o muerte de una persona acarrearán a sus hijas, hijos, cónyuge, compañera o compañero, madre, padre, y hermanas y hermanos un daño inmaterial, por lo cual no es necesario demostrarlo”.¹⁴⁵

Ello, para luego indicar que, aun cuando la “jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación”, cuando la gravedad de los hechos, la situación de impunidad parcial, la intensidad del sufrimiento causado a las víctimas, las alteraciones de sus condiciones de existencia y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario producidas lo ameriten, la Corte debe ordenar el pago de una compensación por concepto de daño inmaterial, conforme a la equidad.¹⁴⁶

Por su parte, la segunda forma de compensar el daño inmaterial, en el caso de las Masacres de Ituango v. Colombia, hace relación a medidas de satisfacción y garantías de no repetición, dentro de las cuales se incluye la obligación del Estado de investigar los hechos del caso, identificar, juzgar y sancionar a los responsables, el tratamiento adecuado a los familiares de las víctimas, las garantías estatales de seguridad para los ex habitantes del municipio de Ituango que decidan regresar y el establecimiento de una disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad internacional.¹⁴⁷

A pesar de los avances en materia de la coherencia percibida en las medidas tendientes a la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es importante señalar que existen “dificultades que subyacen a las órdenes de reparación, tales como los complicados procesos de negociación con los representantes de las víctimas, la indeterminación de algunas medidas y las dificultades internas de carácter legal e incluso constitucional, las cuales no permiten cumplir las medidas de reparación en los plazos y de la forma concreta establecida por el Tribunal Internacional, pero lo más importante: dificultades que no permiten la satisfacción de las víctimas de las violaciones de derechos humanos de manera efectiva y pronta”.¹⁴⁸ (Al final de este documento, se hará referencia a casos muy concretos fallados por la Corte Interamericana, que exigen un análisis detallado con el objetivo de contribuir a una discusión inaplazable sobre los alcances y límites de la reparación en los órganos del Sistema Interamericano).

¹⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las “Masacres de Ituango v. Colombia”, sentencia del I de julio de 2006, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párr. 383.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párr. 384.

¹⁴⁵ *Ibidem*, párr. 386.

¹⁴⁶ *Ibidem*, párr. 387.

¹⁴⁷ Para una perspectiva de derecho comparado de medidas de reparación a las víctimas en contextos de justicia transicional, se sugiere consultar los siguientes textos: Aura Patricia Bolívar Jaime, “El derecho a la reparación integral y programas de reparación en perspectiva comparada”, en: Rodrigo Uprimny, *Reparaciones en Colombia: análisis y propuestas*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 2009, pág. 97. En igual sentido, puede verse: Aura Patricia Bolívar Jaime, “Mecanismos de reparación en perspectiva comparada”, en: Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (editores), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ y Dejusticia, Bogotá, 2009, pp. 71-143.

¹⁴⁸ Juana Inés Acosta y Diana Bravo, “El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 13, Bogotá, 2008, p. 327.

El Área ha observado que existe una tendencia por parte de los operadores jurídicos nacionales, de hacer uso de lo que se ha denominado estándares internacionales, en virtud de la cual se utiliza el derecho internacional como modelo que debe inspirar el ordenamiento jurídico interno.¹⁴⁹ Así, específicamente en materia de reparaciones:

“De un lado, existe un énfasis en los estándares internacionales que promueven la realización de los derechos de las víctimas y la construcción de paz. (...) Este enfoque dominante es positivo pues los estándares internacionales han jugado un papel importante en el empoderamiento de las víctimas en el ámbito local y es indudable que las víctimas merecen ser reparadas. Pero este enfoque también tiene importantes limitaciones. Así, el principio de *reparación integral* genera paradojas y dilemas difíciles en sociedades que intentan saldar cuentas frente a violaciones graves y masivas a los derechos humanos, ocurridas en regímenes autoritarios o durante conflictos armados. Estas sociedades enfrentan también usualmente profundas desigualdades sociales y económicas y una pobreza extrema muy extendida. (...)

Por su parte, el énfasis en los estándares internacionales puede también conducir a resultados paradójicos pues esos estándares se fundan en principio en los derechos de las víctimas pero no siempre toman en consideración sus realidades, expectativas y menos aún los aportes que estas pueden realizar, ya que el enfoque dominante de justicia transicional suele defender un proceso de ‘arriba abajo’, según el cual el problema es aplicar localmente estándares desarrollados internacionalmente, con lo cual las voces locales suelen quedar en el silencio”.¹⁵⁰

De esta forma, es posible afirmar que esos estándares internacionales, muchas veces utilizados sin cuestionamientos por parte de los operadores internos, tienen problemas que le son propios, lo que amerita análisis y debate con el objetivo de evitar trasplantar al derecho interno medidas de derecho internacional que podrían no ser las más apropiadas para el contexto de justicia transicional que está viviendo Colombia. Así, hay quienes afirman “que los estándares tienden a cerrar la puerta a algunas fórmulas susceptibles de ser adoptadas para la transición”.¹⁵¹ Como se ha indicado, en la tercera sección del presente informe, el Área analizará con mayor profundidad algunos problemas que ha generado el cumplimiento de las medidas de la Corte Interamericana tendientes a la reparación de las víctimas.

III. Hacia una coherencia entre los diferentes mecanismos de reparación integral

Un aspecto fundamental de cara a la posible sistematización de la forma de ejercer el derecho a la reparación integral de las víctimas en el contexto de justicia transicional colombiano, es la necesidad de dar una coherencia interna a los diferentes mecanismos existentes en el ordenamiento jurídico con el fin de garantizar el derecho en alusión. Ello, pues en la práctica no existe claridad sobre las diferentes acciones que podrían interponer las víctimas para ejercer su derecho a la reparación; a su vez, no se sabe a ciencia cierta los costos que podría implicar incoar dichas acciones o el tiempo que su resolución requeriría.

¹⁴⁹ Para una explicación más profunda del uso dado por los operadores jurídicos colombianos a los estándares internacionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el contexto de la Ley 975 de 2005, se sugiere consultar: Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

¹⁵⁰ Rodrigo Uprimny y Diana Esther Guzmán, “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, en: *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 17, Bogotá, 2010, pp. 234-237.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 263. En anteriores ocasiones, el director del Área de Justicia ha sido crítico del uso que se le ha dado en Colombia a la noción de estándares internacionales, en el sentido de que éstos han sido utilizados “de manera descontextualizada, sin fundamento y sin contenidos reales”. Para mayor información sobre esta postura y el uso dado en Colombia a los estándares internacionales, específicamente dentro del contexto de la persecución penal de crímenes internacionales, se sugiere consultar el siguiente libro: Alejandro Aponte, *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2010.

De igual forma, muchos de estos mecanismos tienen dificultades que les son propias y han impedido que funcionen de manera efectiva, frustrando así muchas de las expectativas en materia de reparación de las víctimas. Esta cuestión, por su parte, tiene como telón de fondo el hecho de la persistencia del conflicto armado colombiano, que convierte en paradójica e ilusoria a la reparación integral al impedir que se den garantías efectivas de no repetición de los hechos victimizantes.

Por tanto, en esta sección el Área de Justicia estudia diferentes dificultades que se han percibido en la ejecución práctica de diferentes mecanismos destinados a garantizar el derecho a la reparación de las víctimas, tanto en el ámbito de la Ley 975 de 2005, como en el contexto más general de justicia transicional colombiano.

I. Desarrollo legal del deber de reparar y el derecho a la reparación integral en el sistema de Justicia y Paz

La consagración de la reparación en el marco de la Ley 975, además de suponer un derecho de las víctimas, conlleva una obligación para aquellos sujetos beneficiarios de las disposiciones legales contempladas en dicha norma, en el sentido de que les asiste el deber de reparar a las víctimas de sus acciones. Por esta razón, el artículo 42 consagra:

“Artículo 42. Deber general de reparar. Los miembros de los grupos armados que resulten beneficiados con las disposiciones previstas en esta ley tienen el deber de reparar a las víctimas de aquellas conductas punibles por las que fueron condenados mediante sentencia judicial.

Igualmente, cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación”.¹⁵²

De igual manera, el Decreto n° 3391 del 29 de septiembre de 2006, contempla la responsabilidad de reparar a las víctimas en el siguiente sentido:

“Artículo 15. De la responsabilidad de reparar a las víctimas. Son titulares de la obligación de reparación a las víctimas, los desmovilizados que sean declarados penalmente responsables mediante sentencia judicial de las conductas punibles cometidas durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, entendiéndose por tal el bloque o frente respectivo, las cuales hayan causado un daño real, concreto y específico a las mismas.

Subsidiariamente, y en virtud del principio de solidaridad, quienes judicialmente hayan sido calificados como integrantes del bloque o frente al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, responden civilmente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del mismo. Para que surja la responsabilidad solidaria, será necesario que se establezca el daño real, concreto y específico; la relación de causalidad con la actividad del grupo armado y se haya definido judicialmente la pertenencia de los desmovilizados al bloque o frente correspondiente, aunque no medie la determinación de responsabilidad penal individual”.¹⁵³

En este punto es importante señalar que otro aspecto que ha contado con grandes transformaciones con ocasión de la garantía del derecho a la reparación, específicamente en el marco de la Ley 975 de 2005, ha sido el papel subsidiario del Estado como garante de las reparaciones, precisamente por el contexto expuesto con anterioridad, de la existencia de miles de víctimas sin victimarios visibles: “el Estado también está obligado a reparar los daños

¹⁵² Artículo 42 de la Ley 975 de 2005.

¹⁵³ Artículo 15 del Decreto n° 3391 del 29 de septiembre de 2006.

sufridos por las víctimas de la acción de los grupos armados organizados al margen de la ley. Sin embargo, en este caso (...) se trata de una obligación *subsidiaria*, cuya razón de ser es lograr la plena satisfacción de las víctimas”.¹⁵⁴

Como señalan algunos estudios, “la intervención estatal subsidiaria puede suscitarla la ocurrencia de, básicamente, uno de dos supuestos: primero, que no sea posible obtener la reparación total de los daños, directamente del autor (o partícipe) de los mismos, ni solidariamente de los demás miembros del grupo armado ilegal, o, segundo, que no hubiera sido posible individualizar al sujeto activo del delito (los llamados *daños anónimos*). En ambos casos conviene recordar, sin embargo, que la comprobación tanto del daño como de la condición de víctima por parte de quien pretende su reparación en los términos de la LJP, constituye presupuesto indispensable de la indemnización”.¹⁵⁵

El establecimiento de las medidas necesarias y pertinentes para la reparación integral de las víctimas es, por mandato legal, competencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial, quien deberá ordenar las medidas correspondientes al proferir sentencia.¹⁵⁶ En el caso de la Ley 975 de 2005, las mismas se componen, entre otros, de los siguientes actos: la entrega al Estado de bienes para la reparación de las víctimas, la declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas vinculadas con ella, el reconocimiento público de haber causado daños a las víctimas, la declaración pública de arrepentimiento, la solicitud de perdón dirigida a las víctimas y la promesa de no repetir tales conductas punibles, la colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas, la localización de los cadáveres de las víctimas y la búsqueda de los desaparecidos y de los restos de personas muertas, así como la ayuda para identificarlos y volverlos a inhumar, según las tradiciones familiares y comunitarias.¹⁵⁷

Ahora bien, el artículo 8 de la Ley 975 de 2005 consagra el derecho a la reparación integral de las víctimas, indicando para tal efecto que el mismo “comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas”. Así, según dispone el artículo que se comenta, restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito, la indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito, la rehabilitación es la realización de acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito y la satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido, mientras las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

2. Sobre la álgida discusión alrededor de la restitución de los bienes en Justicia y Paz

Un aspecto particularmente problemático respecto de la efectividad del derecho a la reparación en Justicia y Paz, ha sido la restitución de bienes. Sobre este punto, el artículo 46 de la Ley 975 dispone que ésta implica “la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos”. Por tanto, incluye, entre otras, “el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades”. Así las cosas, en la decisión judicial se deberán incluir todas las medidas necesarias para que la víctima o víctimas que comparecen al proceso, vuelvan a tener las condiciones que antes tenían, para lo que deberá garantizarse que sus bienes le serán devueltos tal como lo ordena la ley.¹⁵⁸

No obstante, el caso específico de restitución de bienes inmuebles en Justicia y Paz, y más aún, la determinación de la instancia judicial y la autoridad competente para decretar dicha medida, así como la de cancelación de títulos obtenidos fraudulentamente han sido aspectos objeto de arduos debates. Por tanto, en un intento por dar

¹⁵⁴ Álvaro Vargas, et al.: *Manual de procedimiento para Ley de Justicia y paz*, GTZ, Bogotá, 2009, p. 294.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 294 y ss.

¹⁵⁶ Artículo 43, Ley 975 de 2005. En igual sentido, puede verse el artículo 24 de la Ley 975 de 2005.

¹⁵⁷ Artículo 44, Ley 975 de 2005.

¹⁵⁸ Claudia López (coordinadora), *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ, 2010, p. 50.

claridad a la discusión, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, luego de proferir varias decisiones sobre esta cuestión, ha indicado que,

“lo justo en estos casos es que desde el inicio del proceso, por el Magistrado con Funciones de Control de Garantías, se ordene la restitución, en un 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.

La justicia transicional no puede ser indiferente a la tragedia humanitaria que vive nuestro país de cuenta de los millones de desplazados que deambulan con rumbo a ninguna parte por los cinturones de miseria y mendigan en los semáforos de las grandes ciudades, invisibles de cuenta de la técnica y la inflexibilidad jurídica.

Y la forma en que la administración de justicia se puede vincular con la superación, o por lo menos con la mitigación de este drama, es facilitando la restitución de tierras en la fase temprana del proceso transicional”.¹⁵⁹

Así mismo, en el auto citado, la Sala Penal destacó que el artículo 11 de la Ley 906 de 2004, dispone que la reparación debe ser oportuna, al señalar que las víctimas tienen derecho: “**A una pronta e integral reparación** de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código”.¹⁶⁰ Lo anterior, con el objeto de llamar la atención en el sentido de que las medidas de restitución y, en específico, las correspondientes a bienes inmuebles y a la cancelación de títulos obtenidos fraudulentamente, no deben esperar hasta la última instancia del proceso penal especial de Justicia y Paz, pues ya la Sala Penal se había pronunciado respecto de la necesidad y pertinencia de adoptar dichas medidas desde la fase temprana del proceso.¹⁶¹

La restitución de los bienes es uno de los temas transversales al conflicto armado colombiano, de lo cual dependerá la reparación integral de miles de desplazados, así como las garantías de no repetición de los hechos victimizantes. Sin embargo, los contextos dentro de los cuales opera la restitución son caóticos y complejos en la práctica: por ejemplo, un mismo bien puede ser objeto de disputa entre varias personas. Por tanto, podría llegar a ser problemática en la dinámica cotidiana, como en efecto lo es, la siguiente solución propuesta por la Corte Suprema de Justicia cuando se pretende una restitución de bienes en caso de que existan terceros de buena fe:

“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

¹⁵⁹ CSJ, Sala Penal, auto del 15 de septiembre de 2010, radicado n° 34740, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez. Mediante esta decisión, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió recurso de apelación interpuesto por el fiscal 48 de la Unidad de Justicia y Paz y los representantes judiciales de víctimas, contra una decisión adoptada por un magistrado con función de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual consideró improcedente la solicitud de cancelación de títulos fraudulentos.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ Además de la decisión del 15 de septiembre de 2010 –radicado n° 34740–, puede verse el auto del 30 de marzo de 2011, con ponencia del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, por medio del cual la Sala Penal decidió un recurso de apelación interpuesto por la fiscal 17 de la Unidad de Justicia y Paz, una abogada representante de las víctimas y un apoderado judicial de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación contra la providencia de un magistrado con función de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, de 15 de junio de 2010, a través de la cual declaró su incompetencia para disponer la cancelación de unos títulos inmobiliarios y en su lugar decretó la suspensión del poder dispositivo sobre unos bienes. En igual sentido, la decisión de segunda instancia del pasado 27 de abril –radicado n° 34547– de la Sala Penal de la Corte, con ponencia de la magistrada María del Rosario González de Lemos, mediante la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia parcial proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá el 29 de junio de 2010 contra los postulados Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez.

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 desplazado’.¹⁶²

El problema de la decisión de la Corte Suprema radica, sustancialmente, en cómo se determina la buena fe en el contexto del conflicto armado colombiano, así como en el carácter de la restitución como derecho fundamental. Así, por ejemplo, algunas opiniones se inclinan por considerar que el problema de la restitución de bienes en Justicia y Paz y la afectación de terceros se debe abordar desde la relación asimétrica existente entre el derecho fundamental de la víctima a la restitución y el derecho ordinario del tercero que no tiene carácter fundamental, sin perjuicio de que el tercero sea convocado al proceso.¹⁶³ No obstante, la presunción de buena fe tiene un matiz particular en el contexto del conflicto armado colombiano, toda vez que el título legítimo del tercero puede ser afectado por las condiciones del conflicto,

“porque si hay elementos que permiten afirmar que es de conocimiento público la circunstancia del conflicto, y se han afectado a las personas que habitaban en las zonas de presencia de los grupos armados produciendo su desplazamiento, las condiciones de esos bienes (...) no son normales, y en esa lógica el juez tiene que apreciar los derechos del tercero con una óptica en la que se parte de los supuestos: i) Que se conoce la existencia del conflicto; ii) Que se conocen los efectos que un conflicto armado genera en la tenencia de la tierra, y en el ejercicio de los derechos de las personas, y iii) Que eventualmente se puede llegar a conocer, por vía de medios de comunicación pública, que ese conflicto ha generado un desplazamiento por lo que las personas han tenido que dejar sus bienes, y dejar de ejercer los derechos sobre esos bienes”.¹⁶⁴

De igual forma, se pueden presentar casos en los cuales, como se señaló en anteriores apartes del presente documento y se reconoce en el mismo artículo 78 de la Ley 1448 de 2011, varias víctimas podrían disputar el mismo bien, evento en el cual los derechos de ambas serían considerados como fundamentales y la presunción de buena fe se daría para las dos, por lo que no operaría la inversión de la carga de la prueba del despojo.

¹⁶² CSJ, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de abril de 2011, radicado n° 34547, M.P. María del Rosario González de Lemos.

¹⁶³ Juan Manuel Charry, “Restitución de bienes por vía judicial”, en: *Conversatorios de Justicia y Paz*, compilación de memorias, MAPP-OEA, GIZ y CNRR, Bogotá, 2011, pp. 110-116. De igual forma, hay quienes consideran que el “tema de los terceros es el nudo de la restitución, junto con el testaferrato y la ocultación de los bienes por parte de los perpetradores, por esto el enfoque de este tema no puede ser tan proteccionista, pues la experiencia dada por el análisis de casos de despojo demuestra que la buena fe del tercero es muy cuestionable, cuando se está hablando de negocios jurídicos en zonas en momentos de conflictos de conocimiento público”. Paola Cadavid, “Restitución de bienes por vía judicial”, en: *Conversatorios de Justicia y Paz*, compilación de memorias, MAPP-OEA, GIZ y CNRR, Bogotá, 2011, p. 165.

¹⁶⁴ Juan Manuel Charry, “Restitución de bienes por vía judicial”, en: *Conversatorios de Justicia y Paz*, compilación de memorias, MAPP-OEA, GIZ y CNRR, Bogotá, 2011, p. 114.

Es importante poner de presente que el debate alrededor de la noción de buena fe de los terceros en la restitución de tierras no es el único aspecto objeto de discusión dentro de esta medida de reparación. Ello, pues “ningún procedimiento ordinario es eficaz para el problema de la restitución, hay grandes problemas de ineficacia tanto en las normas del derecho civil ordinario, el derecho policivo, como el derecho administrativo, en realidad el país y nuestro sistema jurídico no estaban preparados para dar una solución a la problemática de la dimensión que tiene el despojo de tierras en Colombia”.¹⁶⁵ Precisamente por esta cuestión se ha evidenciado la transformación interdisciplinaria de las normas ordinarias en materia de derecho penal, civil, administrativo e internacional, entre otras ramas del derecho, en la lógica transicional.

En este sentido, urge una regulación integral, dentro del sistema general de reparación integral que se ha propuesto en este escrito, sobre la restitución de tierras en Colombia. El Programa de Restitución de Bienes que ha propuesto la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, al cual se hizo referencia anteriormente, es un notorio e importante avance en este sentido. Sin embargo, debe estar acompañado, como se ha señalado, de una coherencia interna y externa de las diferentes medidas tendientes a la reparación integral, con miras de que la restitución sea eficiente y se den garantías reales de no repetición.¹⁶⁶ En cualquier caso, es de resaltar que el 23 de agosto de 2011 la fiscal general entregó títulos de propiedad sobre un total de 105 hectáreas a tres familias en Antioquia, que fueron despojadas de sus tierras en la región de Urabá, por miembros de las autodefensas. La restitución fue ordenada por un magistrado de control de garantías del Tribunal Superior de Medellín, por petición de la fiscalía 17 de la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz.¹⁶⁷

3. El incidente de reparación integral regulado en la Ley 975 de 2005

De acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 975 de 2005, en la misma audiencia en la que la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente, declare la legalidad de la aceptación de los cargos por parte del procesado, el magistrado ponente debe abrir inmediatamente el incidente de reparación integral, previa solicitud “de la víctima, o del fiscal del caso, o del Ministerio Público a instancia de ella”.¹⁶⁸

El incidente de reparación integral se tramita y resuelve entre la audiencia de verificación de aceptación de cargos y la audiencia de sentencia e individualización de la pena, entre otras razones, por lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 975, en virtud del cual:

“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 y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que se destinarán a la reparación. La Sala correspondiente se ocupará de evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley para acceder a la pena alternativa”.¹⁶⁹

En igual sentido, el artículo 17 del Decreto n° 3391 del 29 de septiembre de 2006 señala:

¹⁶⁵ Jhenifer Mojica, “Restitución de bienes por vía judicial”, en: *Conversatorios de Justicia y Paz*, compilación de memorias, MAPP-OEA, GIZ y CNRR, Bogotá, 2011, p. 167.

¹⁶⁶ Una propuesta interesante para crear mecanismos de restitución de tierras en Colombia, desde una perspectiva de reparación transformadora, se encuentra en: Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny, “Propuestas para una restitución de tierras transformadora”, en: Catalina Díaz (editora académica), *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*, ICTJ, Bogotá, 2010, pp. 193-268.

¹⁶⁷ Fiscalía General de la Nación, *Fiscal general realizó primera restitución de predios por Justicia y Paz*, 26 de agosto de 2011, en: <http://fgn.fiscalia.gov.co:8080/Fiscalia/contenido/controlador/controlador?opc=12&accion=11&oper=4&id=1314386144933&tipo=publicada>

¹⁶⁸ Artículo 23 de la Ley 975 de 2005.

¹⁶⁹ Artículo 4 de la Ley 975 de 2005.

“Artículo 17. Determinación judicial de la reparación. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito judicial correspondiente determinará en concreto, dentro de la sentencia condenatoria respectiva, la reparación que sea del caso a cargo de los responsables, señalando las acciones mediante las cuales se deberá materializar.

Para efectos de establecer las obligaciones en que consistirá la reparación, además de los daños causados que aparezcan acreditados y de la forma de reparación que se pretende, la autoridad judicial competente tendrá en cuenta los criterios formulados por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, las circunstancias del caso concreto alusivas al número de víctimas, las eventuales obligaciones pecuniarias, capacidad económica del bloque o frente y de los desmovilizados penalmente responsables y demás aspectos que resulten relevantes para el contexto”.¹⁷⁰

Como ha resaltado el Área de Justicia en informes anteriores, es en el incidente de reparación integral donde han aflorado muchas de las discusiones y retos en materia de reparación, dentro del proceso de Justicia y Paz.¹⁷¹ Así, por ejemplo, en los incidentes se ponen de presente “varias dificultades que surgen en los casos concretos con relación a la reparación de las víctimas: ¿cuál debe ser el alcance de dicha obligación?, ¿cuál debe ser la consecuencia cuando los daños a reparar exceden por mucho la capacidad económica del postulado?, ¿el sistema de Justicia y Paz está en capacidad de promover una verdadera reparación integral a la totalidad de víctimas que se presenten a los procesos penales? Estos interrogantes evidencian los límites y alcances del proceso penal de Justicia y Paz frente a la recomposición de tejido social y la construcción de la paz”.

De igual forma, en los incidentes de reparación que a la fecha se han desarrollado en Justicia y Paz se ha advertido “la falta de bienes y recursos para financiar la reparación. Incluso, (...) estos interrogantes han dado lugar a que se planteen varias alternativas, entre ellas, la responsabilidad solidaria entre los miembros de los grupos armados ilegales, la responsabilidad subsidiaria del Estado y la responsabilidad de personas naturales o jurídicas, que sin bien no hicieron parte de estas organizaciones, sí se beneficiaron de ellas o las apoyaron”.¹⁷²

A su vez, se han percibido dificultades específicas con respecto a la etapa de conciliación prevista para el trámite del incidente, lo que, como ha señalado el Área de Justicia, lleva “a preguntarse si es realmente posible la conciliación en el incidente de reparación integral, si este acercamiento entre víctimas y postulados desborda la dinámica judicial y si, desde el principio del incidente, existen obstáculos insalvables que en términos de reparación le restan a esta etapa procesal la posibilidad de generar algún efecto concreto y loable. Se trata de temas arduos que, en una etapa procesal final, ilustran todas las dificultades que atraviesa el proceso; pero el incidente revela, también, el enorme esfuerzo del sistema judicial para darle contenido a dicho proceso y a las exigencias de las víctimas”.¹⁷³ Por tanto, hay quienes consideran que,

“haberle asignado al aparato judicial de Justicia y Paz la reparación integral de las víctimas a sabiendas de que se trata de cientos de miles de personas, está teniendo serias consecuencias tanto en la persecución penal de los crímenes como en la satisfacción del derecho a la reparación en el escenario judicial. Existen al menos dos tensiones que están condicionando la persecución y la reparación judiciales, debidas al arreglo institucional que le asigna a los procesos penales especiales la reparación de las víctimas y que vincula la satisfacción del derecho a la reparación con la responsabilidad penal individual del perpetrador. La primera tensión se da entre garantizar una reparación pronta para las víctimas y desarrollar una investigación comprehensiva que permita dar cuenta de crímenes de sistema. La segunda tensión se da entre satisfacer el derecho a la reparación de acuerdo con los estándares judiciales (incluso domésticos) y

¹⁷⁰ Artículo 17 del Decreto n° 3391 de 2006.

¹⁷¹ Alejandro Aponte Cardona (director del Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico n° 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, pp. 199-211.

¹⁷² *Ibidem*, p. 203-204.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 212.

garantizar que pueda haber reparación para las cientos de miles de víctimas que han acudido a los procesos judiciales de justicia y paz (230.000 a la fecha)”.¹⁷⁴

Precisamente son éstos los debates que ameritan una regulación clara y coherente, que limite el margen de actuación judicial y responda, de la forma más integral posible, los diferentes retos que la reparación de violaciones masivas a derechos humanos le impone al proceso de Justicia y Paz.

Los debates expuestos, por su parte, también han generado una polémica discusión con respecto a las competencias que tiene la sala de conocimiento en Justicia y Paz con respecto a las reparaciones. Así, por ejemplo, en la sentencia de segunda instancia, proferida por la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso parcial contra Edwar Cobos Téllez, alias “Diego Vecino”, y Uber Enrique Bánquez Martínez, alias “Juancho Dique”, la Corte Suprema de Justicia se refirió explícitamente a esta situación, manifestando no desconocer que con la reparación judicial a las víctimas contemplada en la Ley 975 de 2005, la sala de conocimiento está revestida de facultades para ordenar en la sentencia las medidas necesarias y correspondientes de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición, así como las medidas de reparación colectiva para las víctimas de las conductas punibles de que se trate. Dicha competencia se encuentra legalmente establecida, entre otros, en los artículos 8, 43 y 45 de la Ley 975 de 2005, así como en los artículos 15 y 17 del Decreto n° 3391 de 2006.

No obstante lo anterior, la Sala Penal indicó que la adopción de tales medidas puede comprometer en su materialización a entidades estatales, por lo que surge el interrogante de si la autoridad judicial dentro del proceso de Justicia y Paz puede “ordenar” a estas entidades su ejecución, tal como se dispuso en la sentencia de primera instancia impugnada. Ante esta pregunta, la Sala señaló que la respuesta es negativa, toda vez que “tal proceder resquebraja el postulado de separación de poderes consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política, fundante y estructural del Estado Democrático de Derecho al que adscribe la misma Carta Fundamental en su artículo primero, por lo que no puede el juez, bajo ninguna circunstancia, arrogarse funciones que constitucionalmente no le son deferidas”.¹⁷⁵

En ese sentido, estimó que la manera de conciliar el principio de separación de poderes con el deber de garantizar los derechos de las víctimas y las facultades de las autoridades judiciales dentro del régimen transicional de Justicia y Paz, cuando las medidas de reparación de que se trate involucren a entidades del Estado es “exhortarlas para su cumplimiento”.¹⁷⁶ Por tanto, la Sala procedió a aclarar que en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por ejemplo, que sirvió de fundamento a la Sala de Justicia y Paz para ordenar la adopción de tales medidas, se trata de fallos de responsabilidad en el marco de la jurisdicción contemplada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, suscrita y ratificada por el Estado colombiano, por lo que resulta connatural a esta instancia, el que contenga este tipo de órdenes y mandatos, todos los cuales se suscriben en virtud de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, otorgada por el mismo Estado, por lo que sus fallos surten efectos vinculantes para los Estados parte en litigio.¹⁷⁷

Así las cosas, la Corte estimó conveniente y necesario modificar el numeral séptimo de la parte resolutive del fallo impugnado, en el sentido de que todas aquellas medidas de rehabilitación, satisfacción, no repetición y colectivas por medio de las cuales se impartían órdenes a las diversas autoridades estatales se debían entender como exhortaciones para su cumplimiento, excepción hecha de las medidas de satisfacción de carácter simbólico y de no

¹⁷⁴ Catalina Díaz y Camilo Ernesto Bernal, “El diseño institucional de reparaciones en la Ley de Justicia y Paz: una evaluación preliminar”, en: Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (editores), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ y Dejusticia, Bogotá, 2009, p. 616.

¹⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n° 34547 del 27 de abril de 2011, M.P. María del Rosario González de Lemos.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

repetición, para las cuales el Tribunal ostenta expresa facultad, de conformidad con el artículo 48, numerales 4, 6 y 8 de la Ley 975 de 2005.¹⁷⁸

Tal potestad, sin embargo, y así lo entendió la Sala, no es óbice para que las autoridades judiciales en el contexto transicional establezcan medidas a cargo de las diversas autoridades estatales, necesarias para cumplir con el presupuesto de reparación integral de las víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, por el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley, para lo cual podrá requerir informes periódicos a tales entidades orientadas a supervisar su ejecución.¹⁷⁹

En ese mismo orden de ideas, la Sala Penal revocó lo pertinente a los plazos establecidos por el Tribunal para el cumplimiento de las obras públicas ordenadas en el fallo, pero instó a las entidades correspondientes para que lleven a cabo su ejecución en un plazo razonable, pues indicó que sólo así se tendrán por satisfechas las garantías de restitución, rehabilitación, satisfacción y de no repetición dirigidas a mitigar el daño ocasionado con las infracciones.¹⁸⁰

En igual sentido, la Sala de Casación Penal revocó parcialmente el numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia impugnada, en cuanto otorgó un término de seis meses al Fondo de Reparación a las Víctimas para el pago de las indemnizaciones. Ello, puesto que, aun cuando indicó que entendía la preocupación de las víctimas por procurar que el pago de las indemnizaciones se hiciera en el menor tiempo posible, no compartía la postura contenida en el fallo de primera instancia “en el sentido de imponer un plazo de seis (6) meses al Fondo de Reparación a las Víctimas para que a partir de la ejecutoria del fallo efectúe el pago en favor de las víctimas, ni la pretensión del recurrente orientada a su reducción”. Lo anterior, toda vez que “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”.¹⁸¹

No obstante, la Corte Suprema reconoció que sí surge, 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.¹⁸²

Sin duda, la discusión que la Corte Suprema pone de manifiesto sobre la competencia de la sala de Justicia y Paz, no es un mero debate formal de competencias. Por el contrario, es una verdadera discusión de fondo, sobre qué medidas puede ordenar la sala de conocimiento para dar garantía real al derecho a la reparación de las víctimas. Así, aun cuando se entiende la posición de la Sala de Casación Penal, en el sentido de dar primacía a las competencias formales otorgadas por la Ley 975 de 2005 a la Sala de Justicia y Paz, es importante considerar que los mismos tribunales internacionales en algunas ocasiones sí han planteado la posibilidad de que ciertos órganos de derecho internacional asuman potestades implícitas a sus competencias, que no están necesariamente establecidas en una convención de forma expresa, con el fin de dar pleno cumplimiento a las funciones para las cuales fueron creadas.

Así, por ejemplo, a través de un concepto denominado teoría de las competencias implícitas, se establece que los órganos internacionales no sólo poseen las competencias expresamente previstas en su tratado constitutivo (competencias expresas), sino también aquellas que resulten necesarias para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos (competencias implícitas). De otro lado, esta teoría se fundamenta en la

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*.

jurisprudencia y la doctrina internacional puesto que, por ejemplo, tribunales como la Corte Internacional de Justicia han admitido la aplicación de esta teoría en los tratados constitutivos de ciertos órganos internacionales.¹⁸³

Como se ve, el debate sobre las competencias que tiene la Sala de Justicia y Paz no es neutro, por lo que es importante considerar los alcances de la sentencia de casación, en el sentido de revocar plazos y órdenes decididas por la Sala con el fin de dar efectividad al derecho a la reparación. Así, urge encontrar la justa medida entre aquellas decisiones que pueda llegar a tomar la Sala de Justicia y Paz sin exceder sus competencias, pero de forma tal que se garantice un efectivo cumplimiento a futuro de sus decisiones, lo cual pocas veces se lograría sin definir plazos y dar instrucciones concretas a determinadas instituciones. Todos estos aspectos son cuestiones que ameritan una regulación urgente, con el objetivo de dar una implementación real en la práctica, al derecho a la reparación integral de las víctimas.

Por otra parte, la Ley 975 de 2005, también consagra la posibilidad de que las víctimas sean reparadas a través del trámite del incidente de reparación, en caso de que no se hubiere “logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones” de la Ley de Justicia y Paz. Para tal efecto, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, deberá ordenar la reparación a cargo del Fondo de Reparación.¹⁸⁴ De esta forma, la aplicación “del concepto de reparación en el marco del proceso de Justicia y Paz, se deriva de dos escenarios principales: i) El incidente de reparación integral por la vía ordinaria, del cual se tienen muy pocos casos (...). ii) El mecanismo previsto en la Ley 975 de 2005, Artículo 42.2, el cual está dirigido a garantizar la reparación integral de aquellas víctimas cuya situación y pretensiones se basan en hechos muy difíciles de reconstruir, especialmente por la imposibilidad de identificar al victimario”.¹⁸⁵

No obstante, la implementación de este mecanismo tampoco ha estado exenta de dificultades en la práctica. Ello, puesto que, aun cuando “existen presupuestos normativos en la Ley 975 de 2005 y en el Decreto 3391 de 2006 que permitirían hacer efectivo el derecho a la reparación de las víctimas por vía del artículo 42, las incongruencias en las decisiones judiciales, que establecen como requisito principal para acceder al incidente de reparación la declaratoria de responsabilidad del victimario, dificultan la efectividad de este mecanismo legalmente establecido”.¹⁸⁶

4. La reparación individual por vía administrativa

De otro lado, a través del Decreto n° 1290 de 2008, el gobierno dispuso crear un programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, con el objeto de “conceder un conjunto de medidas de reparaciones individuales a favor de las personas que con anterioridad a la expedición del presente decreto hubieren sufrido violación en sus derechos fundamentales por acción de los grupos armados organizados al margen de la ley a los que se refiere el inciso 2 del artículo 1 de la Ley 975 de 2005”.¹⁸⁷

¹⁸³ Juan Carlos Ochoa Sánchez: “*Los órganos interamericanos de derechos humanos frente a las violaciones del derecho internacional humanitario, un análisis crítico de cómo opera el derecho de los derechos humanos*”, Tesis para optar al título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2001, p. 119 y ss. A modo de ejemplo, en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia que tiene por título “Reparation of injuries suffered in service of the United Nations, Advisory Opinion: ICJ Reports 1949”, la Corte Internacional de Justicia puso de manifiesto que: “Según el derecho internacional, la organización debe ser considerada como poseyendo estos poderes que, a pesar de que no están expresamente enunciados en la Carta, son conferidos a la Organización como consecuencia necesaria, en tanto que esenciales para el ejercicio de las funciones de ésta”.

¹⁸⁴ Artículo 42 de la Ley 975 de 2005.

¹⁸⁵ “Mecanismos judiciales alternos de reparación a las víctimas”, en: *Conversatorios de Justicia y Paz*, compilación de memorias, MAPP-OEA, GIZ y CNRR, Bogotá, 2011, p. 41.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 55.

¹⁸⁷ Artículo 1 del Decreto n° 1290 de 2008.

Este mecanismo pretende que el Estado repare de manera anticipada a las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, en ejercicio del principio de solidaridad, y en atención a los parámetros de orden internacional, que señalan que la reparación debe ser suficiente, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y a la entidad del daño sufrido. El reconocimiento de las medidas de reparación a las que se refiere dicho programa no exige a la víctima acudir previamente a la vía judicial, así como tampoco agota las posibilidades de ser beneficiario de otros programas que completen el proceso de reparación integral a las víctimas.

En su artículo 2, el decreto define el concepto de reparación individual administrativa como “el conjunto de medidas de reparación que el Estado reconozca a las víctimas de violaciones de sus derechos fundamentales, por hechos atribuibles a los grupos armados organizados al margen de la ley; sin perjuicio de la responsabilidad de los victimarios y de la responsabilidad subsidiaria o residual del Estado”.¹⁸⁸

Así las cosas, las disposiciones de dicho decreto se dirigen a la satisfacción de los derechos de las víctimas directas o indirectas que hubieren sufrido un daño como consecuencia de la violación de sus derechos fundamentales por acción de los grupos armados organizados al margen de la ley, para lo que, en su artículo 4°, dispone que “el Comité de Reparaciones Administrativas reconocerá y ordenará la ejecución, en cada caso particular, de las siguientes medidas de reparación, que serán de obligatorio cumplimiento por parte de los diferentes organismos del Estado: a) Indemnización solidaria, b) Restitución, e) Rehabilitación, d) Medidas de satisfacción, e) Garantías de no repetición de las conductas delictivas”.¹⁸⁹

Este mecanismo de reparación, implica menos costos para las víctimas que aquellos que presenta la reparación a través del incidente de reparación judicial.¹⁹⁰ Sin embargo, para el caso de violaciones masivas de derechos humanos como las que se han producido en el contexto colombiano, parece más adecuado crear un sistema armónico que integre un programa administrativo de reparación individual y colectiva, con medidas no judiciales para satisfacer el derecho a la verdad y medidas judiciales encaminadas a garantizar el derecho a la justicia de las víctimas.¹⁹¹

La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras avanza en este sentido, al ordenar, en su artículo 132, la reglamentación del “trámite, procedimiento, mecanismos, montos y demás lineamientos para otorgar la indemnización individual por la vía administrativa a las víctimas”. Este reglamento, por su parte, “deberá determinar, mediante el establecimiento de criterios y objetivos y tablas de valoración, los rangos de montos que serán entregados a las víctimas como indemnización administrativa dependiendo del hecho victimizante, así como el procedimiento y los lineamientos necesarios para garantizar que la indemnización contribuya a superar el estado de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima y su núcleo familiar. De igual forma, deberá determinar la manera en que se deben articular las indemnizaciones otorgadas a las víctimas antes de la expedición de la presente ley”.¹⁹²

5. La reparación integral en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras

¹⁸⁸ Artículo 2 del Decreto n° 1290 de 2008.

¹⁸⁹ Artículo 4 del Decreto n° 1290 de 2008.

¹⁹⁰ En este sentido, se ha señalado que “resulta de poco incentivo para las víctimas someterse a las cargas probatorias del incidente de reparación, obteniendo como resultado montos equiparables a las reparaciones administrativas, en relación con el desgaste menor que implica este último trámite”. Catalina Díaz y Camilo Ernesto Bernal, “El diseño institucional de reparaciones en la Ley de Justicia y Paz: una evaluación preliminar”, en: Catalina Díaz, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (editores), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ y DeJusticia, Bogotá, 2009, p. 620.

¹⁹¹ Una propuesta interesante para la creación de un programa administrativo de reparación colectiva en Colombia se encuentra en el siguiente documento: Catalina Díaz, “Elementos para un programa administrativo de reparaciones colectivas en Colombia”, en: Catalina Díaz (editora académica), *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*, ICTJ, Bogotá, 2010, pp. 269-317.

¹⁹² Artículo 132 de la Ley 1448 de 2011.

El Título IV de la Ley 1448 de 2001, correspondiente a la reparación de las víctimas, consagra en su artículo 69 las medidas de reparación que habrán de contemplarse en dicha norma, haciendo especial mención a las medidas contempladas en el anteriormente referido artículo 25.¹⁹³ En dicho capítulo se consagran, además, las disposiciones generales de restitución, tanto de tierras como de vivienda, y se indica que la restitución es “la realización de medidas para el restablecimiento de la situación anterior a las violaciones contempladas en el artículo 3 de la presente Ley”.¹⁹⁴

En cuanto al asunto específico de la restitución de tierras, el artículo 75 establece quiénes son titulares del derecho a la restitución, indicando que pueden serlo “las personas que fueran propietarias o poseedoras de predios, o explotadoras de baldíos cuya propiedad se pretenda adquirir por adjudicación, que hayan sido despojadas de estas o que se hayan visto obligadas a abandonarlas como consecuencia directa e indirecta de los hechos que configuren las violaciones de que trata el artículo 3º de la presente Ley, entre el 1º de enero de 1991 y el término de vigencia de la Ley, pueden solicitar la restitución jurídica y material de las tierras despojadas o abandonadas forzosamente, en los términos establecidos en este capítulo”.¹⁹⁵

Es importante adelantar que, tal como ha ocurrido en la implementación de la Ley de Justicia y Paz, la aplicación de las medidas de restitución contempladas en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, deben estar acompañadas de garantías de seguridad para las víctimas, con el propósito de que no vuelvan a ocurrir hechos victimizantes. En este sentido, el artículo 70 de la Ley 1448 de 2011 dispone que el “Estado colombiano, a través del Plan Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, deberá adoptar un programa integral dentro del cual se incluya el retorno de la víctima a su lugar de residencia o la reubicación y la restitución de sus bienes inmuebles”.

Por su parte, como se indicó con anterioridad, el artículo 76 contempla la creación del Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, como instrumento para la restitución de tierras, en el que se inscribirán “también las personas que fueron despojadas de sus tierras u obligadas a abandonarlas y su relación jurídica con estas, determinando con precisión los predios objeto de despojo, en forma preferente mediante georreferenciación, así como el período durante el cual se ejerció influencia armada en relación con el predio”.¹⁹⁶

En cuanto a la competencia para conocer de los procesos de restitución, y tras disponerse en el artículo 119 que “el Consejo Superior de la Judicatura, creará los cargos de Magistrados de los Tribunales Superiores y Jueces Civiles del Circuito, especializados en restitución de tierras”, así como los demás que se vayan requiriendo para el cumplimiento de esta Ley, el artículo 79 establece:

“Los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial Sala Civil, especializados en restitución de tierras, decidirán en única instancia los procesos de restitución de tierras, y los procesos de formalización de títulos de despojados y de quienes abandonaron en forma forzosa sus predios, en aquellos casos en que se reconozcan opositores dentro del proceso. Así mismo, conocerán de las consultas de las sentencias dictadas por los Jueces Civiles del Circuito, especializados en restitución de tierras.

Los Jueces Civiles del Circuito, especializados en restitución de tierras, conocerán y decidirán en única instancia los procesos de restitución de tierras y los procesos de formalización de títulos de despojados y

¹⁹³ El artículo 25 de la Ley 1448 de 2011 dispone, entre otros: “Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3º de la presente Ley. La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante”.

¹⁹⁴ Artículo 71 de la Ley 1448 de 2011.

¹⁹⁵ Artículo 75 de la Ley 1448 de 2011.

¹⁹⁶ Artículo 76 de la Ley 1448 de 2011.

de quienes abandonaron en forma forzosa sus predios, en aquellos casos en que no se reconozcan opositores dentro del proceso.

En los procesos en que se reconozca personería a opositores, los Jueces Civiles del Circuito, especializados en restitución de tierras, tramitarán el proceso hasta antes del fallo y lo remitirán para lo de su competencia al Tribunal Superior de Distrito Judicial”.¹⁹⁷

Así mismo, y para tales efectos, se destaca la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas por el término de diez (10) años, como una entidad especializada de carácter temporal, adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente, con el objeto fundamental de servir de órgano administrativo del gobierno nacional para la restitución de tierras de los despojados a que se refiere la presente ley.¹⁹⁸ La creación de esta unidad, así como la creación del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, al cual se hizo alusión con anterioridad, puede ser una forma apropiada de propender por la colaboración interinstitucional y la colaboración armónica entre diferentes entidades estatales, con el propósito de realizar los fines de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, tal como lo dispone su artículo 26 con respecto a la colaboración armónica entre las mismas.

Como se ve, son muchas las novedades que en materia de reparación a las víctimas se contienen en esta nueva Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, única en Colombia. Sin embargo, la aplicación de estas medidas novedosas deberá estar acompañada de cooperación interinstitucional, gran voluntad política y garantías de seguridad a la población, con el objetivo de que las mismas tengan verdaderos efectos reparadores y no sean, simplemente, buena voluntad plasmada en papel.

De igual forma, a pesar de los avances en materia de creación de mecanismos para dar efectividad al derecho de reparación de las víctimas con la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras –especialmente con el establecimiento del enfoque transformador de la reparación referido en anteriores apartes–, persiste la falta de coherencia tanto interna como externa entre la Ley y los demás mecanismos de reparación contenidos en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que no hay claridad sobre qué ruta de reparación podría ser la más adecuada en los casos concretos, creando gran confusión para las víctimas, lo que se podría traducir en mayores costos y decepción de las expectativas para las víctimas. Por tanto, urge la creación de un sistema general de reparación integral en el contexto de justicia transicional colombiano.

IV. Reflexión en torno a aspectos especialmente críticos relacionados con la reparación

A lo largo del presente texto, se han reseñado aspectos críticos que han acompañado el desarrollo normativo y jurisprudencial relacionado con la reparación, al mismo tiempo que se han analizado aspectos puntuales respecto de diversos retos que presenta la garantía de este derecho en el contexto de justicia transicional colombiano. En el presente acápite, se adelantará una reflexión que da cuenta de aspectos muy particulares que tienen incidencia en una política general de reparación. Así, como se ha visto, el texto está escrito en clave sistemática, es decir, recabando en la importancia de dar paso a un sistema coherente de reparación, en el cual las distintas vías tengan un núcleo común y no se cause dispersión en su uso. Pero también, un sistema requiere sentido de realidad: que no se haga retórica con los posibles alcances de la reparación.

En este sentido, se requiere claridad, orden y una regulación integral en el manejo de fuentes y en la argumentación en función de la reparación como *telos* en un sistema de justicia transicional. Las siguientes

¹⁹⁷ Artículo 79 de la Ley 1448 de 2011. Esta disposición ha generado numerosas polémicas, toda vez dispone la decisión de los procesos en única instancia, lo que puede ser contraproducente para las víctimas. Ello, a pesar de que el artículo 92 de la Ley 1448 de 2011 dispone la posibilidad de interponer el recurso de revisión.

¹⁹⁸ Artículos 103 y 104 de la Ley 1448 de 2011.

reflexiones apuntan en esta dirección, reconociéndose, por supuesto, que son temas arduos y que requieren un debate serio y depurado, que apenas está teniendo lugar en el país.

I. Una coincidencia perversa: las víctimas y los entornos más vulnerables

Hay esfuerzos muy interesantes que se han hecho en función de nuevos conceptos de reparación que puedan apoyar empresas de reparación más consistentes. Se ha destacado en el presente documento, por ejemplo, de manera especial, los esfuerzos implementados por investigadores de DeJusticia que, a partir sobre todo de la noción de “reparación transformada”, tal como se ha reconstruido, han avanzado en ofrecer claridad al tema de la reparación y a su especificidad en el caso colombiano.

El Área de Justicia del Observatorio, también ha hecho relación en sus informes, desde hace un tiempo considerable, al punto de partida similar de los esfuerzos mencionados, que es el hecho fundamental de que, en una gran mayoría de casos, las víctimas de los delitos coinciden con ser las personas más humildes y desprotegidas de un Estado ausente o caótico. Se trata de sujetos de derechos a los cuales por tradición se les han negado los mismos y que ven su situación aún más agravada por los crímenes de los cuales son víctimas.¹⁹⁹

Ello explica, de alguna manera, la extensión de la actuación y el protagonismo exacerbado de la sala de conocimiento de Justicia y Paz, por ejemplo en el caso emblemático de Mampuján, cuando los magistrados, que a pesar de ser magistrados en un tribunal penal, extendieron su trabajo y se convirtieron en una especie de jueces penales, administrativos o civiles: todo al mismo tiempo. Hubo momentos en los cuales la sala de conocimiento parecía más la Corte Constitucional en pleno en una audiencia de seguimiento de temas de desplazamiento forzado, para citar este caso. Se trataría, en principio, de situaciones en las cuales el derecho penal invade todos los ámbitos del derecho y se introduce en el ámbito de las políticas públicas.²⁰⁰

Tal como se señaló anteriormente, desde un primer momento el Área de Justicia del Observatorio cuestionó esta situación, no con sentido crítico necesariamente, pero indicando que desde la noción de reparación, se estaba traspasando las fronteras de los ámbitos de políticas públicas. Las preguntas que nos hicimos desde el principio, fueron, por ejemplo: ¿puede un juez penal, incluso en clave transicional, llamar a una especie de rendición de cuentas a un alcalde elegido popularmente y que no tuvo nada que ver con una masacre o hechos ocurridos diez o más años antes?, ¿puede y debe la sala de conocimiento exigir cuentas a alcaldes o gobernadores, e indagar en el presupuesto de un municipio donde ocurrió una masacre, para constatar si existen los recursos que son necesarios para “reparar” a víctimas de desplazamiento forzado? Estas preguntas se hicieron todavía más complejas, cuando se constató que las víctimas, en sede de reparación, solicitan toda clase de cuestiones atinentes a la administración pública: construcción de carreteras y escuelas, mejoras en viviendas, etc.

Pero estos hechos, que han sido además cuestionados y criticados en diversos foros y debates, también se explican, de alguna forma, por la coincidencia terrible que ha sido enunciada, es decir, por el hecho de que gran parte de los lugares donde se cometieron los crímenes son, al mismo tiempo, los lugares en los cuales el dolor de ser víctima se suma al dolor inveterado de ser los más pobres y olvidados (lo que no justifica, por supuesto, algunas actuaciones de ciertos apoderados de víctimas que adelantan toda clase de pretensiones, a despecho de

¹⁹⁹ Ver, al respecto: Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Tercer informe, Parte I - El proceso penal de Justicia y Paz desde la práctica cotidiana: síntesis y diagrama de flujo*, CITpax, Madrid-Bogotá, septiembre de 2010, en: http://www.toledopax.org/uploads/Tercer_Informe_CITpax_Observatorio_DDR_Ley_Justicia_Paz_septiembre_2010.pdf.

También se encuentran referencias en la introducción de reciente monográfico comprehensivo del proceso de Justicia y Paz, Alejandro Aponte Cardona (director del Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico n° 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 12.

²⁰⁰ Para más información sobre esta situación, ver: Alejandro Aponte Cardona (director del Área de Justicia), *El proceso penal especial de Justicia y Paz: Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, Monográfico n° 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, pp. 199-211.

cualquier realidad o posibilidad, generando falsas expectativas y toda clase de problemas para el proceso penal). Es un hecho que, justo por las posibles decepciones frente a las dimensiones de la reparación, debe no obstante, regularse, acotarse: no se puede hacer retórica con la reparación, prometiendo, desde el derecho penal, acciones estatales que están sujetas a las más diversas decisiones o circunstancias, todas ajenas a los jueces penales.²⁰¹

2. La posible criminalización de la reparación: reclutamiento ilegal y trata de personas como ejemplos

El Área de Justicia ha insistido de manera permanente en los límites del juez penal frente a las demandas de las víctimas y de sus apoderados muy particularmente, que exceden los límites propios de la reparación y se insertan en temas complejos de políticas públicas. Pero justo por este hecho fundamental, adquieren sentido esfuerzos que, desde la reparación, tienen en cuenta la coincidencia que se manifiesta. Estos esfuerzos deben respetar siempre, y en todo caso, los límites del derecho penal.

Al mismo tiempo, el derecho penal debe colocarse límites a sí mismo, cuando, como sucede en tantos casos, aquellas personas que son víctimas de delitos atroces pueden convertirse, por fuerza de las circunstancias, en potenciales sujetos activos de otros delitos. En otras palabras, así como se deben preservar los límites –en sede penal–, entre el ámbito de reparación y las decisiones de políticas públicas, tanto más se deben preservar los límites ante la criminalización de aquellas personas que, si bien pueden eventualmente cometer delitos son, ante todo, víctimas de delitos atroces. Lo que no quiere decir, por supuesto, que tras la condición de víctimas se tejan excusas para la comisión de conductas delictivas.²⁰²

Lo que se subraya es el hecho de que la condición de pobreza, al lado de la condición misma de ser víctima de delitos como el desplazamiento forzado, por ejemplo, coloca a las víctimas en circunstancias extremas que potencializan la opción de comisión de crímenes: en su protección pueden contribuir o coincidir, en lógica transicional y teniendo en cuenta la idea de “reparación transformadora desde abajo”, acciones de reparación y acciones de políticas públicas. Es incluso más coherente y más exigente para el derecho penal esta autorestricción de no castigar a quienes son ante todo víctimas, que promesas retóricas sobre reparaciones que no pasan por decisiones de jueces penales.

Incluso temas límites, como es el caso de la coincidencia, en el ámbito del reclutamiento ilegal de menores, para citar un ejemplo, entre el haber sido víctimas del reclutamiento con el ser verdugos y haber cometido crímenes, deben ser trabajados evitando la criminalización de la política social frente a ellos o, puede sugerirse esta idea, evitando criminalizar acciones de reparación frente a ellos. Es decir, en el contexto de políticas propias de DDR, se debe actuar teniendo en cuenta, ante todo, que se trata de víctimas, así hayan cometido crímenes. Al mismo tiempo, por supuesto, se debe trabajar en la reconstrucción de tejido social en los lugares donde se cometieron los crímenes; igualmente, se debe actuar en función de la reparación de las víctimas que los jóvenes reclutados generaron. Son acciones que se deben armonizar, de modo que las acciones de DDR se compatibilicen con acciones de reparación de las víctimas. Es un aporte concreto a la reconstrucción de tejido social, a la creación de ciudadanía.

De esta forma, así como en acciones proactivas, se deben respetar fronteras entre la reparación y las tareas que en todo caso le corresponden al Estado, o establecer puentes entre las dos acciones, teniendo en cuenta siempre a

²⁰¹ A pesar de lo expuesto, es importante aclarar que los jueces penales de Justicia y Paz, han hecho con este procedimiento ampliado, una gran labor pedagógica, instando a las autoridades para que adelanten acciones propias de políticas públicas, justo en territorios donde se confunden las víctimas con sujetos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad para poder ejercer sus derechos.

²⁰² Para un análisis detallado de la confusión de las políticas públicas, en el contexto de crímenes internacionales, como es el caso del reclutamiento ilegal de menores, se permite la remisión al texto de Alejandro Aponte, *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Fundación Konrad-Adenauer, Bogotá, 2010, especialmente, pp. 165 y ss.

las víctimas y a la realidad del país, esta misma realidad debe ser fundamental al preservar los límites del derecho penal: en última instancia, así como se debe evitar de manera general la criminalización de las políticas públicas, se debe evitar la criminalización de las acciones de reparación. Es decir, donde se debe actuar reparando a las víctimas más débiles porque pueden convertirse en sujetos activos de delitos, no se puede, al contrario, esperar para actuar a través del castigo cuando se han cometido delitos.

Se trata de variables que se deben tener en cuenta para procesos de construcción de acciones de reparación, en la lógica del actuar “desde abajo”, en función de las víctimas. Tanto más, como es el caso del reclutamiento ilegal, cuando en los mismos territorios donde residen o han residido las víctimas y que son territorios deprimidos o abandonados por el Estado, suelen coincidir víctimas y victimarios. Es decir, los dos vienen de los mismos escenarios: en estos escenarios deben coincidir acciones de políticas públicas, acciones de reparación y el derecho penal con sus límites y autorrestricciones. Es un hecho que se constata como terrible y que agrava más aún la coincidencia que se estudia: en muchas ocasiones, víctimas y victimarios provienen de los mismos lugares deprimidos y abandonados.

El caso de la trata de personas en escenarios de conflicto armado es, al igual que el caso del reclutamiento, un caso especialmente conflictivo: los grupos armados ilegales esclavizan a personas que son objeto de todo tipo de vejámenes, tras haberlas arrancado de sus entornos sociales y culturales; éstas pueden ser, a su vez, sujetos activos de conductas delictivas. Y, no obstante, tienen que ser consideradas por el derecho penal y por el derecho en general, ante todo como víctimas: si se las sanciona por la comisión de conductas delictivas, abstrayendo el hecho de ser víctimas de la trata de personas, se produce un efecto perverso que es la doble victimización; además de producirse, desde luego, la criminalización de la política social y la prevalencia de la política criminal sobre acciones de política social.²⁰³ Esta consideración es particularmente importante en aquellos casos en los cuales, como de hecho ocurre, las víctimas de la trata de personas son obligadas a cometer crímenes, para citar algunos casos, relacionados con el narcotráfico o con la falsificación de documentos.

3. El efecto contraproducente de pensar la reparación en lógica penal y criminalizante

Ahora bien, no obstante lo dicho, pensar en la reparación en lógica criminalizante, es también otra forma de criminalizar la reparación. Ésta no se da tan sólo, como se ha advertido, por el hecho de que en vez de reparar se castigue a quienes pueden ser sujetos activos de delitos, sino que también tiene lugar cuando se exagera el derecho penal a nombre de la reparación. Es decir, cuando la respuesta penal exacerbada, sin atenerse a ningún principio, forzada a expandirse sin ningún límite, a nombre de la justicia como absoluto y de la víctima como absoluto, se confunde con la reparación; cuando la reparación se convierte en una forma absoluta de justicia valorativa. Así no habría equilibrios en la triada verdad, justicia y reparación, sino que, en nombre de la justicia vindicativa, se absorbe la reparación, se criminaliza la misma y, como consecuencia perversa, ni se sanciona ni se repara; es decir, se traiciona a las víctimas.

Al respecto, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras es un esfuerzo muy interesante para desdramatizar, desde el punto de vista penal, el tema de la reparación: el Estado asume directamente la reparación y ésta no depende de la actividad de la justicia penal. Esto es tanto más importante, cuanto que en delitos como el desplazamiento forzado, tal como el Área de Justicia lo ha recalcado, existen miles de víctimas sin que se conozcan sujetos activos de las conductas. Ligar aquí sanción penal con reparación, es dejar a las víctimas sin reparación. Lo que no quiere decir, por supuesto, que no se avance con los procesos penales, arduos en sí mismos y que exigen, por ejemplo, la aplicación de figuras dogmáticas como el dolo eventual y la autoría mediata en estructuras o aparatos de poder. Pero lo que se debe evitar es restringir la reparación a los procesos penales; hay que darle consistencia a la triada verdad, justicia y reparación, buscando los equilibrios necesarios.

4. Conflicto armado interno y sentido de realidad

²⁰³ Para ahondar en el caso de la trata de personas como delito ligado a crímenes internacionales y los efectos devastadores que causa en escenarios de conflicto armado, ver el texto inmediatamente citado de Alejandro Aponte, especialmente pp. 204 y ss.

El punto de partida de esta reflexión, es tener en cuenta siempre el principio de realidad, las posibilidades reales de los diversos ámbitos normativos y de las propias instituciones en procesos de reparación. En esta dirección, otro hecho fundamental que se debe tener presente y que de hecho constituye la base de nuestra reflexión, es la existencia y permanencia del conflicto armado interno. En todo caso, de la permanencia de una violencia social y política degradada, con nuevos actores como las denominadas bandas emergentes que generan nuevas víctimas, incluso en territorios ya de hecho agobiados por una violencia endémica. Al mismo tiempo, la permanencia del narcotráfico, hecho que demuestra, de otra parte, la guerra perdida contra las drogas, así como el impacto cada vez mayor de este fracaso sobre la vida de personas inocentes.

Así, a la coincidencia fundamental que se ha reseñado, se añade el hecho de que el conflicto armado agrava aún más la situación en la que miles de víctimas de graves delitos –como son en especial los crímenes internacionales–, al mismo tiempo que son personas especialmente vulnerables por su contexto de pobreza y de abandono, lo son aún más por la permanencia del conflicto armado, cada vez más degradado, despolitizado y con impacto directo sobre la población civil. Es allí donde Colombia debe generar su propia metodología y técnica para la reparación; es allí, para hablar un lenguaje cada vez más utilizado, donde el país debe generar sus propios estándares; es allí, por supuesto, donde aquella propuesta interesante de construir sistemas de reparación “desde abajo” adquiere un sentido más renovado y realista. Lo que se debe evitar son disfunciones: reparar como si se estuviera en una situación de postconflicto o de paz lograda, cuando se está en medio del mismo. Hay que tener siempre en cuenta las restricciones que ello impone.

5. La necesaria autorrestricción del Sistema Interamericano en función del principio de realidad

En otro aparte del texto, se ha hecho referencia al Sistema Interamericano y a sus aportes interesantes y fundamentales en la discusión que hemos planteado en materia de la garantía del derecho a la reparación integral. En las siguientes líneas, por su parte, se hará referencia puntual a hechos y decisiones que en ocasiones pueden causar efectos contraproducentes respecto de los alcances de la reparación. Basta aquí hacer alusión a ciertos ejemplos de decisiones que revelan los problemas de la reparación, cuando ésta se estrella, literalmente, con realidades complejas.

Por ejemplo, a la fecha de cierre de este informe, finales de agosto de 2011, el Estado colombiano no ha podido dar cumplimiento a una de las medidas de reparación ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia relacionada con el caso de la masacre de Pueblo Bello. El dinero existe, de hecho el Estado colombiano tiene un rubro destinado específicamente para el cumplimiento de sentencias; de igual forma, existe la voluntad de las instituciones que deben desarrollar las medidas impuestas, pero el problema, fundamentalmente, ha surgido respecto de la decisión de la Corte con respecto a la construcción de un monumento en memoria de las víctimas de una masacre terrible que tuvo lugar en el municipio.²⁰⁴

Se hace alusión entonces a la figura de la reparación simbólica, cuyas bondades no se cuestionan; de hecho, en el mundo entero se ha utilizado y permite avanzar respecto de la mera reparación económica y se inserta directamente en la constelación de la memoria. No obstante, el monumento, que podría tener un costo muy elevado, de acuerdo con el caso concreto, debe ser colocado en un pequeño poblado que carece de los mínimos servicios, como es el caso, por ejemplo, de un adecuado sistema de acueducto, al mismo tiempo que carece de toda suerte de necesidades básicas. Se presenta aquí la tensión entre acciones de reparación obligatorias y las

²⁰⁴ Corte IDH, caso de la “Masacre de Pueblo Bello v. Colombia”, sentencia del 31 de enero de 2006, fondo, reparaciones y costas. Establece el párrafo correspondiente: “278. El Estado deberá construir un monumento apropiado y digno para recordar los hechos de la masacre de Pueblo Bello, como medida para prevenir que hechos tan graves ocurran en el futuro. Dicho monumento deberá ser instalado en un lugar público apropiado en Pueblo Bello, dentro del año siguiente a la notificación de la presente Sentencia”.

circunstancias concretas de una población. Es un ejemplo concreto de la coincidencia desafortunada que se ha comentado.

La discusión interesante que se plantea es la siguiente: ¿es consistente construir un monumento en memoria de las víctimas, en un lugar que carece de servicios mínimos?, ¿acaso no sea mejor usar el dinero para adelantar la construcción de infraestructura mínima, bien sea en educación o en servicios públicos, por ejemplo? Por supuesto que tienen plena razón quienes afirman que la reparación es independiente de las obligaciones estatales no cumplidas y que el abandono del territorio no suple el hecho concreto de una acción de reparación contenida en una sentencia. Sin embargo, la pregunta sigue en pie y puede ahondarse aún más: ¿qué impacto generará el monumento y sus costos en aquellas personas pobres, desde luego, que no fueron víctimas directas o indirectas de los hechos?, ¿no creará acaso distorsiones en las relaciones entre los habitantes?

En un texto ya citado de 2008, interesante sobre los efectos de la reparación, redactado por abogadas con experiencia directa en los avatares del cumplimiento de esta sentencia, se indican, de manera premonitory, las dificultades que la construcción del monumento podría acarrear.²⁰⁵ Frente a ello, quizá sea pertinente introducir la siguiente pregunta: ¿sería factible adelantar posibles soluciones creativas para este caso, como por ejemplo la construcción de una escuela y que a ésta, con todos los efectos simbólicos que ello pueda contener, se le coloque una placa conmemorativa de la masacre, o construir una biblioteca con una placa muy dicente, o un centro cultural que también contenga una placa conmemorativa? En todo caso, la adopción de medidas alternativas a lo ordenado, tal como además lo señala el texto de las autoras citado, no son tampoco una novedad ante el Sistema.

Debe, además, agregarse que para la construcción del monumento, ya que se trata de un predio extenso, se debe cambiar el lugar donde se quiere erigir, con todas las consecuencias y demoras que ello implica (más allá, por supuesto, del hecho cierto de que la burocracia estatal de un Estado ausente, agrava más aún la coincidencia enunciada y fragiliza más las víctimas, así como fragiliza aquellos funcionarios estatales que con toda la voluntad quieren dar cumplimiento). Es de esperar una pronta solución consensuada para este tema específico y es interesante tener en cuenta que el Estado, de manera concertada con las víctimas, ha avanzado en el cumplimiento de otras medidas de reparación ordenadas en dicha sentencia, como es el acto público de reconocimiento de responsabilidad.²⁰⁶

Otro caso complejo, al cual se hace referencia genérica en este escrito y en el cual se reúnen las situaciones anunciadas como coincidencia, tiene que ver con el caso del asesinato, por parte de agentes estatales, de un conocido líder indígena. Una de las medidas ordenadas tiene que ver con la beca o estipendio de estudios para la hija del líder asesinado. Por gestiones institucionales, apoyadas por los representantes, se matriculó a la víctima en una universidad privada. No obstante, como reza en el párrafo 12 de la Resolución de cumplimiento del 21 de febrero de 2011, “se permite solicitar (...) a los representantes de la víctima que realicen un acompañamiento permanente a la beneficiaria en su proceso estudiantil (...) teniendo en cuenta que la estudiante presenta un alto grado de inasistencia a las clases inscritas, no contesta las llamadas que le hacen a su teléfono celular, ha perdido varios de los exámenes académicos realizados y no ha asistido a las citas semanales de acompañamiento que realiza un profesional de la universidad con el fin de ayudarla a su adaptación y refuerzo académico”.²⁰⁷

²⁰⁵ Se trata de un texto importante pues, más allá del caso específico de Pueblo Bello, enuncia dificultades muy concretas para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte. Juana Acosta y Diana Bravo Rubio, *El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Énfasis en la experiencia colombiana*, en: *Revista International Law*, Universidad Javeriana, No. 13, noviembre de 2008, pp. 323-362. Decían entonces las autoras: “Por ejemplo, la elección del lugar en el cual se construirá el monumento, siempre y cuando se trate de lugares análogos y se haya decidido la ciudad o municipio de su instalación, no debería suspender la construcción del monumento. Lo mismo ocurriría, *inter alia*, con los materiales para la construcción. En cambio, dificultades en la negociación de la estructura misma del monumento, sí podrían afectar la finalidad de la medida y deberían ser tenidas en cuenta para una posible suspensión en la ejecución de la medida, hasta tanto no haya un acuerdo entre las partes”.

²⁰⁶ Véase, a propósito, la Resolución de supervisión cumplimiento de la Corte IDH a esta sentencia, del 9 de julio de 2009.

²⁰⁷ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de febrero de 2001, caso “Escué Zapata v. Colombia”, supervisión de cumplimiento de la sentencia, párr. 12.

Es decir, parece que la medida no tiene un rendimiento esperado y, para ello, se deben tener muy en cuenta las circunstancias del entorno, al mismo tiempo que es necesario adelantar auténticas acciones de pedagogía sobre los contextos sociales donde se cumplen las medidas y ello es responsabilidad de todos los involucrados. Es un tema inclusive de carácter internacional: en muchos casos se apoya a personas perseguidas o exiliadas, pero se las lleva a contextos en los que no logran adaptarse. Como se dice, es una tarea de las instituciones, de los peticionarios y también, y por supuesto, del Sistema Interamericano, sobre todo en el ámbito interesante de las denominadas “soluciones amistosas”, para dar paso a un sistema de reparaciones más consistente y realmente reparador.

Podría agregarse, además y respecto del caso, que los recursos destinados para el estudio del mayor número de personas, sobre todo de sectores más vulnerados, aumentados hoy por ejemplo por políticas interesantes del ICETEX –institución colombiana encargada de los créditos y hoy estipendios que subvencionan a estudiantes–, deben coincidir con medidas de reparación que se concreten en becas y apoyos, y así la política social iría más de la mano de políticas de reparación, sin romper el principio de igualdad, ni generar malas recepciones de las medidas, en entornos sociales compuestos por quienes no son víctimas. Es de esperarse que, en este caso particular, la persona reparada asuma con responsabilidad la contrapartida de la acción de reparación.

6. Conflicto armado interno y Sistema Interamericano: ajustes normativos a realidades fácticas

También hay que hacer referencia al siguiente hecho: de una forma muy interesante, la Corte Interamericana, aunque la Comisión ha sido más enfática en ello, ha desarrollado una jurisprudencia para fallar casos muy propios de la situación colombiana –aunque también lo ha aplicado para otros países–, en virtud de los cuales se tienen en cuenta normas del derecho internacional humanitario para interpretar artículos de la Convención Americana, a pesar de que esta última no hace referencia explícita a esta posibilidad. Desde el respeto al derecho a la vida en condiciones especiales, apoyado en la dignidad, la Corte ha ampliado el ámbito de regulación de las normas –que rigen en principio para la paz–, y le ha dado consistencia a la tematización de casos que han ocurrido en situación de guerra.²⁰⁸

No obstante, cuando se definen las medidas de reparación, éstas no siempre coinciden con el punto de partida que es la existencia del conflicto armado y se proponen exigencias que pueden ser las propias de un país con una paz consolidada. Así, a despecho de un punto de partida muy interesante, porque permite, además, observar las características de los derechos en situaciones de emergencia, se puede invalidar todo el ejercicio, en el caso concreto, de las medidas de reparación que, por la misma situación de conflicto armado, se tornan difíciles de cumplir. Es el contexto, como lo ha establecido el Área de Justicia desde sus primeros informes, aquello que le da sentido, no sólo a la persecución penal más consistente de crímenes internacionales, sino que es el mismo contexto el que le da sentido también a las medidas de reparación.

Por ejemplo, en diversas sentencias se ordena que el Estado encuentre los cadáveres de personas que han sido desaparecidas en un contexto específico. Pero, al mismo tiempo se sabe, por los más diversos medios, que las personas –como fue una práctica macabra de grupos paramilitares–, fueron lanzadas a diversos ríos o desaparecidas de diversas formas. Si la medida de reparación, en sede de justicia, es la obligación de encontrar cuerpos que no se pueden encontrar fácticamente, el Estado aparecerá siempre incumpliendo las sentencias. En el caso de los 19 comerciantes, para citar un ejemplo entre otros, por unanimidad dice la Corte: “el Estado debe efectuar, en un plazo razonable, una búsqueda seria, en la cual realice todos los esfuerzos posibles para determinar

²⁰⁸ Para un estudio en detalle de este proceso, ver el trabajo de Alejandro Aponte, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: una relación problemática”, en: Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (editores), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, fundación Konrad-Adenauer, entre otras, Montevideo, 2010, pp. 125-170.

con certeza lo ocurrido con los restos de las víctimas y, en caso de ser posible, para entregarlos a sus familiares, en los términos de los párrafos 270 y 271 de la presente Sentencia”.²⁰⁹

En este sentido, es muy interesante que la Corte haga relación a tomar medidas en “plazo razonable” y al hecho de adelantar una búsqueda “seria”. En estos dos conceptos se juega la posibilidad del cumplimiento.²¹⁰

A propósito, se debe tener siempre en cuenta el trabajo que ha adelantado la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, en el proceso de hallazgo de cadáveres y la entrega de decenas de cuerpos a las familias. Estas entregas, según se ha narrado al Área de Justicia por diversos fiscales, se ha hecho incluso en territorios donde ha permanecido vigente el conflicto armado interno. Y esas son las condiciones que debe tener en cuenta la Corte Interamericana. Además, el hallazgo de los cuerpos ha estado ligado al tema central de la desmovilización: si ésta no hubiera tenido lugar, en territorios controlados por sustitutos privados de agentes estatales el hallazgo de cuerpos habría sido improbable. Por eso el tema del conflicto armado es siempre el tema de fondo en estas discusiones sobre mecanismos de justicia transicional.

Es de rescatar, finalmente, respecto de la cuestión especialmente dramática de la desaparición forzada, la importancia cada vez mayor que tiene en el país el tema del hallazgo de desaparecidos y el impulso a los más diversos programas de apoyo por agencias internacionales, así como el trabajo denodado de organizaciones de derechos humanos y de funcionarios estatales comprometidos. En agosto de 2011, con ocasión del día mundial contra la desaparición forzada, se hizo hincapié de manera especial en la importancia de no cesar en estos esfuerzos. A propósito de esfuerzos comunes, se destaca de manera especial por ejemplo, el denominado “plan de búsqueda de personas desaparecidas”, que agrupa a varias instituciones y que cuenta con el apoyo de diversas agencias internacionales.

7. Aportes conjuntos al cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El presidente de la Corte Interamericana, que sesionó en Colombia en el mes de agosto de 2011, reconoció en diversas entrevistas las dificultades concretas que tienen algunos Estados para cumplir las sentencias.²¹¹

No es un tema, por supuesto, necesariamente de carácter pecuniario, como se ha señalado en algunos sectores, sino de las dificultades concretas, muchas de ellas derivadas de un país en guerra. Por eso, con cierta hilaridad pero con mucho juicio, un autor colombiano que se ocupa del neopunitivismo –como se viene denominado a ciertas tendencias autoritarias del nuevo derecho penal de los derechos humanos–, ha hecho referencia al “derecho de Costa Rica frente al derecho colombiano”; hace referencia, además, al “punitivismo humanitario”, es decir, se trata,

²⁰⁹ Corte IDH, caso “19 Comerciantes v. Colombia”, sentencia del 5 de julio de 2004, fondo, reparaciones y costas.

²¹⁰ A propósito de la noción compleja de plazo razonable, es interesante el siguiente aporte, elaborado en el contexto de Justicia y Paz: “Este es un concepto que no está definido en la legislación colombiana, pero que ha sido considerado especialmente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ésta, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), ha indicado que la razonabilidad del plazo es un elemento integrador del debido proceso, sujeto fundamentalmente a 1) la complejidad del asunto, 2) la intervención de los sujetos procesales y 3) la intervención de autoridades judiciales. De acuerdo con esos criterios, el plazo razonable no sólo abarca la idea de ‘término legal’, sino también, la de ‘tiempo prudencial’, lo que respecto de asuntos procesales penales implica un proceso sin dilaciones indebidas. De todos modos, la decisión concreta de si una cierta actuación o un procedimiento supera el plazo razonable depende de las circunstancias del caso, o sea, es una decisión *caso por caso*”. En: Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, GTZ, Bogotá, 2010, p. 146.

²¹¹ Entrevista titulada: “No necesitamos policía para que se cumplan nuestros fallos: CIDH”, Diego García Sayán, periódico El Tiempo, 26 de agosto de 2011. Dice el juez: “...pero por otro lado tenemos el caso de Manuel Cepeda, en el que hace poco el Estado pidió perdón acatando una sentencia de la Corte. No quiero decir con esto que el suelo está parejo y que la mesa está completamente tranquila, pues en los países hay complejidades institucionales que llevan a que no siempre se cumpla con todo. Lo que no está en discusión es que hay que cumplir los fallos. Con todos los Estados, sin excepción, hay diálogo para ver cómo van a cumplir”.

según el autor, de aquella expansión sancionatoria basada en lógicas humanitarias, pero que podrían ir en contravía de circunstancias de la guerra y, más aún, del derecho de un país a buscar fórmulas para acercarse a una paz posible.²¹²

El secretario ejecutivo de la Corte Interamericana, en ponencia presentada en un seminario sobre víctimas y reparaciones, dentro de la agenda del trabajo de la Corte en el país el 31 de agosto de 2011, reconoció la crítica que se le hace hoy al tribunal y usó expresamente el término neopunitivismo; no obstante, negó que la Corte lo esté prohijando.²¹³

Se trata de temas hoy de primer orden y la discusión no pretende desconocer en ningún caso los aportes fundamentales del Sistema Interamericano, sino que con ella se pretende llamar a la cordura, a la mesura y a la autorestricción de sus órganos, precisamente en función de la protección integral de derechos humanos. Además, en función siempre de cualquier apuesta por paz posible hacia el futuro.

Debe, en todo caso, agregarse en este apartado, que hoy en el país se está profundizando un proceso abierto hace un tiempo, de cumplimiento de sentencias de la Corte, como es el caso del acto público de reconocimiento de responsabilidad ordenado por el Tribunal Interamericano al Estado colombiano por la muerte del senador Manuel Cepeda Vargas y la petición de perdón expresa por parte del Ministro del Interior, el 9 de agosto de 2011. Se trató de un senador muerto en el marco de los numerosos asesinatos de miembros del grupo político Unión Patriótica.

Se destaca, además, la entrega de viviendas familiares para diversas víctimas de los hechos terribles ocurridos en Trujillo, departamento del Valle, en el marco del proceso de solución amistosa que se tramita ante la CIDH. Las casas han sido entregadas en el año 2011, luego de innumerables tropiezos de toda índole y se debe destacar aquí, además del valor de las víctimas y de sus apoderados y de la persistencia en su esfuerzo, el trabajo de juristas del Grupo Operativo Interinstitucional, grupo adscrito a la Dirección de Derechos Humanos y DIH de la Cancillería, que trabajaron denodadamente al lado de funcionarios de otras instituciones, para lograr la entrega de viviendas muy dignas.

Todos estos son elementos a considerar en la elaboración del Plan Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, creado por la Ley 1448 de 2011, así como en la implementación del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, creado en la ley en alusión. Sin embargo, desde una perspectiva más macro, en el nivel de políticas públicas, es fundamental que todos los elementos objeto de reflexión a lo largo del presente

²¹² Se trata de la exposición de Iván Orozco Abad, en la Conferencia Internacional “Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales”, llevada a cabo el 24 de agosto del 2011, donde el autor asegura, además, que el mismo Sistema Interamericano es más punitivista que la Corte Penal Internacional. La ponencia completa se encuentra en video en el siguiente link: <http://colombia-justicia-priorizacion.ictj.org/es/caminos-hacia-la-priorizaci%C3%B3n-en-la-justicia-colombiana>. En este mismo congreso, el expositor Kai Ambos, en su análisis desde la perspectiva internacional y de las obligaciones de persecución penal de crímenes internacionales, criticó severamente la sentencia de la Corte Constitucional en virtud de la cual, con una mayoría absolutamente ajustada de 5 a 4, se declaró inconstitucional la reforma al principio de oportunidad, que permitía la aplicación de dicho principio a los desmovilizados rasos, cumpliendo una cantidad de condiciones, particularmente, la no comisión de crímenes atroces. La conclusión del profesor Ambos, es que en nombre de una persecución penal exacerbada, de modo que se cumpla, supuestamente, con obligaciones internacionales, “se obliga al apartado de justicia a lo imposible, desconociendo que se trata de un país en conflicto y se le plantean exigencias que ni siquiera un país en plena paz y ampliamente desarrollado puede cumplir”.

²¹³ Se recuerda aquí el texto fundamental de Daniel Pastor en el que estudia y emplea la noción de neopunitivismo, y que sigue siendo hoy parte central de la polémica sobre los límites del derecho penal de los derechos humanos. Daniel Pastor, *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad Javeriana, facultad de ciencias jurídicas, colección internacional, No. 13, Bogotá, 2009, especialmente, pp. 240 y ss. Se cita también el texto crítico de Ezequiel Malarino que es una contribución interesante e ilustrada al debate: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (editores), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, fundación Konrad-Adenauer, entre otras, Montevideo, 2010, pp. 25-61.

informe, sean considerados en la realización de un sistema general de reparación integral en Colombia, que integre todos los mecanismos existentes en Colombia tendientes a la garantía de este derecho. Son elementos que, además, ameritan debates más amplios entre todos los sectores de la sociedad, con el fin de llegar a consensos sobre sus posibles soluciones. Evidentemente, no hay respuestas únicas sobre los aspectos que se han analizado; sin embargo, esto no puede ser óbice para pensar en términos de una reparación verdaderamente integral e integradora. El Área de Justicia deja planteados interrogantes en función de la búsqueda de coherencia en las diversas medidas de reparación y en el contexto de un sistema general de reparación.

V. Una conclusión final: recuperación de las víctimas para la sociedad y el derecho

Permítase, al final del texto, unas consideraciones más de carácter filosófico, que ha impulsado el director del Área en diversos encuentros sobre el tema.²¹⁴ Tal como se ha dicho, hoy se han ideado numerosos mecanismos que tienden o buscan la reparación no sólo económica, sino también moral y simbólica de las víctimas. Pero más allá de todo lo relacionado con las reparaciones, que deben ser integrales, con efectos simbólicos claros, con auténticos gestos de reconocimiento del carácter de las víctimas y de los delitos cometidos contra ellas y sus seres queridos, una pregunta surge como fundamental en el contexto de cualquier opción de transición y de reconciliación, y es el tema relacionado con la *recuperación* de las víctimas para el derecho y la sociedad. ¿Cómo hacer para convertir a las víctimas en ciudadanos? ¿Cómo construir confianza entre el Estado y sus instituciones y los ciudadanos?²¹⁵ ¿Cómo hacerlo justo cuando innumerables víctimas son al mismo tiempo sujetos de derechos en una sociedad que les mantiene privadas de los mismos?

Siempre ha existido un énfasis en la tarea de las instituciones, mediada además por la tensión expuesta por Max Weber entre una *ética de convicción* y una *ética política de responsabilidad*, de neutralizar y desmovilizar máquinas de guerra y actores que han azotado durante años enormes territorios y que han sometido a sus gentes a toda clase de vejámenes y atrocidades.²¹⁶ Por tradición, y antes del desarrollo actual de la triada verdad, justicia y reparación, el énfasis ha estado ligado a las políticas institucionales de desmovilización, de amnistías, de acuerdos de paz que son, además, centrales en un proceso mismo de búsqueda de la paz como condición fáctica para el funcionamiento del derecho. Pero, como se dice, ¿cómo recuperar a las víctimas o cómo integrarlas al derecho y a la condición social de ciudadanos? En una conversación del director del Área de Justicia con una madre, figura víctima por excelencia del conflicto armado interno de Colombia y de la violencia de los grupos irregulares, ella decía: “como ciudadana, debo aceptar las leyes y esta Ley de Justicia y Paz, debo *perdonar* incluso si es el caso, pero como madre no lo haré jamás”. Los ejemplos se repiten por decenas en el contexto del proceso de Justicia y Paz.

No se puede obligar al perdón, es un gesto humano de benevolencia que está radicado en el fuero interno; sin embargo, la madre como ciudadana hay que recuperarla y la pregunta surge entonces por las fronteras entre el fuero interno y las acciones de carácter externo: ¿en qué momento el fuero interno y sus actitudes se exteriorizan

²¹⁴ Se destaca, de manera especial, el encuentro celebrado en Madrid, en el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, con algunos de los participantes cercanos al CITpax, con el título de: “Papel de los tribunales en contextos de justicia transicional. Oportunidades y desafíos en la región iberoamericana”, en mayo de 2008. El aporte está consagrado en el trabajo titulado: “Colombia: un caso sui generis de la justicia de transición”, en: Jessica Almqvist y Carlos Espósito (coordinadores), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates No. 199, Madrid, 2009, pp. 87-114.

²¹⁵ Paul Seils, autor activo en el tema, en el contexto del Congreso reseñado en la cita anterior, subrayó, como propósito central para todo mecanismo de justicia transicional, la necesidad de construir o reconstruir confianza entre el Estado y los ciudadanos. Ello coincide con la noción de ciudadanía relacionada con la condición de víctima, aquí subrayada. El aporte se denomina: “La restauración de la confianza cívica, mediante la justicia transicional”, en: Jessica Almqvist y Carlos Espósito (coordinadores), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates No. 199, Madrid, 2009, pp. 21-40.

²¹⁶ Sobre ello, en Weber, véase: “Der Beruf zur Politik”, en: *Soziologie, Universal-geschichtliche Analysen, Politik*, Stuttgart, 1973 y el texto clásico: *Politik als Beruf*, Duncker und Humblot, Berlin, 1990.

en acciones vindicativas?, ¿en qué momento la madre y los hijos que le quedaron vuelven al circuito de la venganza interminable?

Los equilibrios son en extremo precarios. Por eso, el tema central de la reparación está ligado a la reconstrucción auténtica de tejidos sociales destruidos o de hecho nunca inexistentes, a la creación de un principio mínimo de confianza como condición elemental para el funcionamiento del derecho, de auténtica solidaridad frente al dolor de los otros que debe ser el propio: en este escenario, la coincidencia perversa a la cual se ha hecho referencia permanente en este escrito, no sólo sigue constituyendo un lastre, sino que puede y debe ser una oportunidad para construir tejido social en conjunto.

La ética de un escéptico combativo puede ser en este caso ilustrativa. Es el caso de Schopenhauer, con su bella concepción del *mitleiden* que no es la mera compasión –muy marcada en el lenguaje castellano por la tradición católica–, sino un ejercicio auténtico de “sufrir con el otro”, de reconocer que el otro está hecho de la misma materia, de la misma voluntad, del mismo fuego incesante y que, por lo tanto, el dolor del otro necesariamente es el propio, pues coincide en la base y sustancia de la que todos estamos hechos: la voluntad. Se trataría, por tanto y para el caso colombiano, de una especie de *ética del sufrimiento compartido*. Es una ética que, por supuesto, nos involucra a todos como sociedad.

Ello parecería ingenuo cuando se oyen las narraciones sobre la manera como se ha matado y ultrajado durante años; e ingenuo frente a quienes, en el conjunto social, no se ven en todo caso como responsables, pero el punto de partida es justamente el espectáculo siniestro del horror, es el dolor que a todos amenaza y por eso la solidaridad en estos términos no es apenas discursiva, hipócrita o se diluye en pura retórica: la noción de humanidad, con la que tanto se trabaja en función de la *lesa humanidad*, es una construcción normativa, discursiva. En cambio, una ética del sufrimiento compartido es una base incluso irracional previa a construcciones normativas. El tema de acciones o mecanismos de justicia transicional consensuados o pactados, es apenas un término técnico; desde el punto de vista humano, nada funcionará sin pactos, sin nuevas alianzas, sin una auténtica solidaridad como base previa a toda decisión política o jurídica.²¹⁷

No se trata de falsas promesas, basadas en supuestos estatutos de víctimas que irían, en el proceso penal, contra el sindicato, ni se trata de flexibilizar y acabar con los principios fundamentales del derecho penal como la legalidad, la prohibición de retroactividad, el hecho de convertir todo en imprescriptible, de convertir toda suerte de delitos por vía de extrañas conexidades en delitos de lesa humanidad. No se trata de crear falsos tipos penales o de acomodar como sea los existentes para cuadrar conductas y castigar sin sentido a nombre de la víctima. Se trata, en cambio, de recuperarlas para el derecho, de construir auténtica confianza de ellas en los sistemas jurídicos que le han sido adversos y en las instituciones estatales que no sólo han sido contingentes, sino contrarias a las víctimas por excelencia.

²¹⁷ El siempre recordado Alessandro Baratta, en los últimos años de su vida se encontraba trabajando en la idea de la *alianza*, antes que en la de *pacto social* convencional que, para su juicio, estaba desgastado en la cultura de occidente y que, en todo caso, representaba en la práctica un pacto de exclusión. Un autor base de esta reflexión y sobre el cual discurren discusiones alentadoras del director del Área con Baratta, fue Paul Ricoeur y su visión de la alianza en el bello texto, *Finitud y Culpabilidad*.

