

LA REPARACIÓN INTEGRAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

JORGE IVÁN CUERVO R.*

Fecha de Recepción: 28 de Agosto de 2006

Fecha de Aceptación: 18 de Septiembre de 2006

RESUMEN

La aplicación de la Ley 975 de 2005, o Ley de Justicia y Paz, que ha sido concebida como la pieza final del rompecabezas que da forma al marco jurídico para la desmovilización de los grupos paramilitares que habrían incurrido en crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra¹ –si bien jurídicamente podría ser usada por las guerrillas–, tiene tres fases o momentos de configuración e implementación. Un primer momento, durante la aprobación de la ley en el Congreso. Un segundo momento durante el proceso de revisión de constitucionalidad en la Corte Constitucional, y un tercero, de aplicación propiamente dicha, a cargo de la Fiscalía General de la Nación en lo que tiene que ver con investigación y acusación, y de los Tribunales en cuanto a juzgamiento, de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, respecto de reparaciones, fase ésta donde aún puede ajustarse más el marco jurídico a los estándares internacionales, especialmente a los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para lo cual se precisa de un liderazgo importante de parte del gobierno nacional en cuanto a lograr un equilibrio razonable entre verdad, justicia y reparación en un horizonte sostenible y digno de paz.

PALABRAS CLAVE

Justicia transicional, verdad, justicia, reparación, Ley de Justicia y Paz, estándares internacionales de reparación integral, Corte Interamericana de Derechos Humanos, desmovilizados.

- * Abogado. Docente e Investigador de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia. jorge.cuervo@uexternado.edu.co
- ¹ El marco jurídico además lo conforma el Decreto reglamentario de la ley 975 de 2005, Decreto 4760 de 2005, la Ley 782 de 2002 o ley de orden público, que ha facilitado la desmovilización del mayor número de miembros de las autodefensas que no han incurrido en crímenes de lesa humanidad y que no tenían un rango importante dentro de esa organización, sus decretos reglamentarios 2069, 3360 y 218 de 2003, y que en estricto sentido constituye una amnistia velada por cuanto el desmovilizado por la ley 782 no tiene que contribuir ni con la justicia, ni con la verdad ni con la reparación. El decreto 2898 de 2006 autoriza a la Fiscalía General de la Nación a recibir en versión libre a los miembros de las autodefensas que quieran ratificar su sometimiento a la ley de Justicia y Paz. Recientemente se expidió el decreto 3391 de 2006 que también reglamenta la ley de Justicia y Paz.

INTRODUCCIÓN

La justicia transicional es la justicia que se provee en el tránsito de una sociedad autoritaria a una sociedad democrática o a la finalización de un conflicto armado. La justicia transicional contribuye a la superación del conflicto en la medida en que logre conciliar las exigencias de justicia, verdad y reparación en un horizonte de reconciliación y sostenibilidad de los acuerdos de paz o de consolidación democrática.

No existe una sociedad que haya logrado encontrar el equilibrio perfecto entre estas exigencias éticas y políticas.¹ Depende de cada sociedad, de los actores que hacen parte del proceso, de la correlación de fuerzas que confluyen en torno del proceso, de la madurez de las instituciones, de la madurez política de la sociedad civil, del contexto internacional. Ninguna sociedad ha esclarecido completamente todas las violaciones a los derechos humanos cometidas en un régimen autoritario o en desarrollo de un conflicto armado; ninguna sociedad ha logrado individualizar, investigar, procesar y condenar a todos los responsables de los crímenes cometidos. Ninguna sociedad ha logrado reparar integralmente todas a las víctimas ni avocarlo reformas institucionales que garanticen que los hechos conocidos no se repitan. Cada sociedad enfrenta exigencias éticas y jurídicas maximalistas. En aras del realismo político hace concesiones éticas que en sí mismas se convierten en hechos políticos de efecto vinculante y así el producto del proceso democrático.

El proceso de desmovilización de los grupos paramilitares durante el gobierno del Presidente Álvaro Uribe supone un desafío a la teoría y la práctica de la justicia transicional que viene desarrollándose desde los tribunales de Nuremberg y Tokio, pasando por los de Rwanda y la ex Yugoslavia porque supone la provisión de justicia sin que termine el conflicto y con la desactivación de uno sólo de los actores ilegales que hacen parte del conflicto, lo que supone, al menos dos grandes desafíos: la construcción de un estándar razonable que sirva de punto de partida y de referente de cara a los procesos de negociación con el otro actor ilegal –las Farc–, y la constitución de un equilibrio inestable entre los derechos de las víctimas y los incentivos necesarios para que los paramilitares que no han sido derrotados militarmente conserven su decisión de desmovilizarse.

La Ley 975 de 2005, conocida como la Ley de Justicia y Paz, y su decreto reglamentario emitido en 2005, es el marco jurídico de la justicia transicional en el proceso de desmovilización de los paramilitares, ajustado por el fallo de la Corte Constitucional² y complementado con las directrices de la Comisión Nacional de Reconciliación. El presente documento trata en el de identificar los estándares en materia de reparación

que ha desarrollado el derecho internacional, en especial el sistema de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos. Este ejercicio se hace sobre la base de que buena parte de la sostenibilidad del proceso depende de la legitimidad que este tenga en distintos escenarios internacionales y, para ello, el estándar de reparación de la Corte Interamericana es el referente que debería aplicarse por parte de la Comisión Nacional de Reconciliación, no sólo para blindar el proceso a eventuales litigios internacionales ante la propia Corte Interamericana, sino para asegurar unos estándares que permitan restablecer la dignidad de las víctimas en un horizonte de reconciliación y de reinserción a la vida civil de parte de los miembros de los grupos que ahora se desmovilizan.

En la primera parte daremos una mirada a algunas directrices y pronunciamientos del sistema de Naciones Unidas; en la segunda, veremos los criterios más relevantes en materia de reparación integral por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en la tercera parte haremos unas sugerencias de aplicación de la ley teniendo como referentes esos estándares internacionales, sobre la base de que la aplicación de la ley es un proceso en varias fases; una primera que corrió por cuenta de la deliberación en el Congreso de la República donde las víctimas estuvieron ausentes del debate y en esa medida sus expectativas fueron prácticamente ignoradas; una segunda fase que es el proceso de revisión de constitucionalidad en la Corte Constitucional donde hubo ajustes en el sentido de elevar los estándares tanto de justicia como de verdad y reparación. La tercera fase corresponde a la Fiscalía General de la Nación y a la justicia en general, tanto como a la Comisión Nacional de Reconciliación. Este proceso, si cumple con los estándares internacionales, puede terminar allí; de lo contrario, las víctimas podrían acudir ante el sistema interamericano –primero ante la Comisión y por conducto de ella ante la Corte– para hacer valer sus derechos de justicia y de reparación, con lo que quedaría en entredicho la propia legitimidad y sostenibilidad del mismo.

I. LA REPARACIÓN INTEGRAL EN EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

El derecho internacional de los derechos humanos exige que las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado o por particulares con la participación u omisión de los agentes estatales sean debidamente reparadas. La reparación de un derecho trasciende la reparación indemnizatoria allí donde no sea posible restablecer el derecho a su estado original de goce y disfrute. La reparación integral busca restablecer la dignidad de la persona que ha sido objeto de una violación, así como la confianza de esa persona y de su círculo familiar en los lazos de sociabilidad y en las instituciones encargadas de garantizar los derechos. Para decirlo en términos liberales, una violación de derechos humanos supone la expulsión del contrato social del que hace parte la persona con todas las garantías que ello supone, de suerte que la reparación integral supone el restablecimiento de ese vínculo que en términos del Estado moderno es el restablecimiento de ciudadanía, por lo que se trata de una reivindicación moral y política al mismo tiempo.

¹ La Corte Interamericana, "Elementos de un programa de reparaciones", en Cuadernos del Conflicto Armado, Justicia y Reparación en medio del conflicto, Bogotá, Legis, Semana, Fundación Ideas y Semana, 17 de mayo de 2006.

No existe una sola doctrina sobre justicia transicional; sin embargo, a partir de las distintas experiencias se ha ido estableciendo una especie de dogmática que supone unos mínimos que deben ser tenidos en cuenta por los Estados y por los organismos internacionales encargados de administrar justicia internacional (Botero & Restrepo, 2005).

Estos principios o derechos de las víctimas conocidos como los principios de Joinet, gracias al Relator Especial de Naciones Unidas, Louis Joinet, constituyen la base sobre la cual debe edificarse un proceso de justicia transicional en Colombia⁴, habida cuenta de la incorporación al ordenamiento interno de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos encargados de velar por el cumplimiento de los tratados de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado colombiano a través del llamado bloque de constitucionalidad (Uprimny, 2001). Estos parámetros no solo deben ser tenidos en cuenta por las autoridades judiciales y cuasi judiciales – como la Comisión de Reparación – sino por los organismos internacionales al momento de delimitar la posible responsabilidad del Estado por violación del derecho a la justicia.

Antes de revisar cuáles son esos parámetros, veamos cuál es la naturaleza de la obligación de los Estados por las violaciones de derechos humanos, específicamente en la obligación de reparar el daño.

A. LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE REPARAR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

En Derecho Internacional Público se ha establecido que toda violación de un derecho consagrado en un tratado o que haga parte del derecho consuetudinario debe ser reparada. Así lo estableció en su momento la Corte Internacional de Justicia de la Haya en el caso de la Fábrica de Chorzow en sentencia de 27 de julio de 1927 cuando señaló:

*"es un principio de derecho internacional que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada"*⁵.

La doctrina internacional ha convenido en señalar cuáles son los elementos que componen el llamado lícito internacional que da origen a la responsabilidad del Estado:

4 En Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente en el ámbito de Naciones Unidas, se habla de la doctrina Joinet/ Bassiouni/ Van Boven para hacer referencia a los relatores especiales que han elaborado informes que sustentan la promulgación por parte de la Comisión de Derechos Humanos – hoy Consejo de Derechos Humanos – de los Principios y Directrices Básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de los mismos observaciones de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparación.

5 Corte Internacional de Justicia, Caso Fábrica de Chorzow, sentencia de 27 de julio de 1927, párrafo 21.

- i. La existencia de un acto o de una omisión que viole una obligación consagrada en una norma de derecho internacional vinculante para el Estado.
- ii. Que dicho acto u omisión le sea imputable al Estado en su calidad de sujeto de derecho internacional público.
- iii. Que se produzca un daño como consecuencia del acto u omisión⁶.

Un sector de la doctrina considera que el daño no es un elemento consustancial a la responsabilidad internacional del Estado y basta con la violación de la norma jurídica internacional y el juicio de atribución del Estado. La responsabilidad internacional del Estado no se aleja del fundamento de la responsabilidad civil en el sentido de que todo daño debe ser reparado y el autor debe sufrir una sanción. En materia de responsabilidad por derechos humanos se ha hecho camino la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado donde no cuenta la conducta del Estado ni la intención del agente estatal: basta con que el Estado viole una norma para que tenga que responder ante los otros Estados en los organismos intergubernamentales y ante las víctimas objeto de la violación.

Las transformaciones del Derecho Internacional Público en función de la protección de la persona han modificado las pautas de la responsabilidad internacional del Estado, la cual antes se entendía en el contexto de obligaciones recíprocas entre los Estados. Hoy el Estado tiene obligaciones más allá de la conservación de la paz mundial y es la protección de la dignidad humana asegurando una serie de derechos consagrados en tratados internacionales y en las Constituciones. Como lo ha señalado el Juez de la Corte Interamericana, Antonio Cancado Trindade, en varios votos disidentes y razonados:

*"En mi entender, la responsabilidad internacional del Estado se compromete a partir del momento en que deja él de cumplir una obligación internacional, independientemente de la verificación de falta o culpa de su parte, y de la ocurrencia de un daño adicional. Más que una presunta actitud o falla psicológica de los agentes del poder público, lo que realmente es determinante es la conducta objetiva del Estado (la debida diligencia para evitar violaciones de los derechos humanos). Se puede, así, ciertamente llegar a la configuración de la responsabilidad objetiva o 'absoluta' del Estado a partir de la violación de sus obligaciones internacionales convencionales en materia de protección de los derechos humanos. Sobre dicha responsabilidad objetiva reposa el deber de prevención"*⁷.

Respecto de sus obligaciones en materia de derechos humanos, los Estados tienen varios deberes. El deber de respeto, el deber de garantía, el deber de prevención y el

6 Nash Rojas, Claudio (2004). *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, página 9, Santiago.

7 Voto del Juez Cancado Trindade en la sentencia de Interpretación del Caso El Arriparó, resolución de abril de 1997.

deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Cualquier violación de esos deberes entraña una responsabilidad internacional. Tradicionalmente la Corte Interamericana ha establecido la responsabilidad de los Estados, siempre en función de la violación de un derecho en conexidad con ese deber de respeto consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸. Sin embargo, en la reciente sentencia sobre Pueblo Bello, la Corte cambió su doctrina y estableció que la responsabilidad del Estado se podía deducir directamente de la violación de uno de los deberes sin que necesariamente ello entrañara la violación de un derecho específico; es decir, sentó la tesis según la cual, la responsabilidad del Estado se configura por la sola violación de una norma por un hecho atribuible al Estado, por acción y omisión, sin que el daño sea un elemento configurador de la responsabilidad aunque sí de la reparación, como es apenas obvio.

Sentencia la Corte⁹:

"Este Tribunal ya ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter ergo omnes, de respetar y hacer respetar—garantizar—las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En este sentido, el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte en todo su alcance. En efecto, dicho artículo impone a los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que puede ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención y según el Derecho Internacional general. Es un principio de Derecho Internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia [...]"

⁸ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párrafos 111 y 112.

"[...]La responsabilidad internacional del Estado se funda en 'actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana' y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. En estos supuestos, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste".

Empieza a consolidarse entonces la tesis de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos por el incumplimiento—por acción u omisión—de una o varias de las obligaciones contenidas en los tratados internacionales, el cual, si ocasiona un daño, debe repararse integralmente como una forma de restablecer, en la medida de lo posible, el derecho o derechos vulnerados.

B. LA REPARACIÓN INTEGRAL EN EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

En términos generales, son cuatro tipos de derechos que tienen las víctimas de graves violaciones de derechos humanos que se derivan de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones aprobados por la Comisión de Derechos Humanos¹⁰.

Esos derechos son el derecho a saber (derecho a la verdad), derecho a la justicia, derecho a obtener una reparación y garantías de no repetición¹¹.

— DERECHO A LA VERDAD

El derecho a la verdad tiene una dimensión individual y una dimensión colectiva. El derecho de la víctima a conocer qué fue lo que pasó, por qué se dieron los hechos,

¹⁰ Aprobada por la Comisión de Derechos Humanos mediante Resolución 2005/35 en la 59ª sesión del 19 de abril de 2005.

¹¹ Nos basamos en los informes finales de los relatores especiales de Theo Van Boven, Informe definitivo, estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales (E/CN.4/Sub.2/1993/8 de 2 de julio de 1993), Comisión de Derechos Humanos y Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las minorías, 45 período de sesiones; de Louis Joinet, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/1997/20, de 2 de octubre de 1997), Comisión de Derechos Humanos y Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las minorías, 49 período de sesiones; de M. Cherif Bassiouni, Informe final sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales (E/CN.4/2000/62 de 18 de enero de 2000), Comisión de Derechos Humanos 56 período de sesiones.

cuales fueron las motivaciones de quienes cometieron las violaciones; y de haber considerado la violación en una desaparición forzada, que se entregue el cuerpo o los restos de la víctima. Pero también tiene una dimensión colectiva que es el derecho que tiene la sociedad en su conjunto de saber qué pasó, de entender cómo fue posible una situación de violencia que afectó el mismo de convivencia, sobre todo con el fin de tomar medidas hacia el futuro para tratar de evitar que este tipo de situaciones se vuelva a repetir.

Para facilitar el derecho a saber, los reportes de los relatores recogidos en las Directrices y Principios proponen la creación de comisiones extrajudiciales (comisiones de la verdad) como mecanismo complementario de las competencias del poder judicial, y la salvaguarda de la memoria y conservación de los archivos relacionados con las violaciones.

Las comisiones extrajudiciales pueden servir para complementar la verdad judicial, la cual no es la única versión sobre lo ocurrido, máxime si la práctica de las violaciones de derechos humanos está orientada también a destruir las pruebas para impedir la identificación de los responsables. Dichas comisiones deben ser creadas por ley¹², sus miembros deben ser representativos de distintos sectores sociales y políticos, deben gozar de inmunidad y preferiblemente no pueden ser removidos del cargo, salvo por faltas graves a la ética en reglamento que debe definir la propia comisión. En desarrollo de su gestión las víctimas deben ser tratadas con consideración y las personas acusadas deben gozar del derecho a la defensa y de todas las garantías de un juicio formal, tales como conocer los testimonios para poder rebatirlos, derecho de réplica, posibilidad de aportar pruebas, entre otros.

12. El artículo 7 de la ley 973 de 2005 o Ley de Justicia y Paz prevé la posibilidad de que se cree un mecanismo extrajudicial de establecimiento de la verdad cuando señala: "Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos o judiciales de reconstrucción de la verdad", lo que indica que el Congreso consideró que el derecho a la verdad no se agotaba en la reconstrucción de la verdad judicial. Corresponde ahora al propio Congreso o al gobierno la creación de una comisión extrajudicial de establecimiento de la verdad para establecer lo ocurrido durante el desarrollo de las operaciones — hoy de los grupos paramilitares y mañana de los grupos guerrilleros. Por supuesto que habrá quien sostenga que un país, especialmente un país como Colombia, acostumbrado a grandes dosis de impunidad, no puede con tanta verdad y transparencia abordar el tema con el proceso. No obstante la experiencia de países como Chile, Sudáfrica y Argentina con este tipo de comisiones indica que lejos de convertirse en un obstáculo para la reconciliación, se han convertido en un catalizador y en un escenario de reconocimiento de la dignidad para las víctimas y de perdón y arrepentimiento para los victimarios. Que nuestra historia haya sido marcada por el olvido no es argumento para no querer construir por la construcción de verdad. A lo mejor el resultado es distinto al que ya conocemos.

La otra medida que sugiere Naciones Unidas para materializar el derecho a la verdad es la conservación de los archivos judiciales, de prensa y cualquier otra documentación que pueda servir a la recuperación de la memoria histórica de lo sucedido. Una de las facetas más interesantes de cómo la sociedad alemana ha logrado asimilar su culpa en el holocausto nazi ha sido la de no evadir la verdad. Para esos efectos se han creado museos y archivos visuales, escritos y sonoros para que las nuevas generaciones puedan conocer qué fue lo que pasó durante ese doloroso período. No haber evadido la verdad ha sido el factor fundamental para la reconciliación de la sociedad alemana, incluso por encima de exigencias de justicia y reparación porque la sociedad alemana decidió no enjuiciar a los criminales de guerra nazi; esa fue una labor que correspondió a los aliados victoriosos. Pero poderse mirar de frente y exorcizar la culpa es la base de una verdadera reconciliación¹³.

En pro del derecho a la verdad le corresponde al Estado el "deber de recordar" mediante actos públicos de reconocimiento de los hechos, con esfuerzos institucionales y simbólicos, para que la verdad no se diluya ni se tergiversa. La verdad es una construcción social y política, y en situaciones de transición, bien hacia un régimen democrático o hacia una situación de pacificación, la legitimidad simbólica del Estado es fundamental para recordar, es un componente esencial del derecho a la verdad: el derecho a que no se olvide.

— DERECHO A LA JUSTICIA

En términos generales se trata de que las víctimas tengan acceso a recursos efectivos y dignos para hacer valer sus derechos vulnerados. Este deber de justicia supone el deber del Estado de investigar las violaciones, identificar, capturar y sancionar a los responsables, permitir que las víctimas puedan convertirse en parte civil en los procesos penales o acudir a la justicia contenciosa administrativa. En fin, se trata de impedir la impunidad, para lo cual, Naciones Unidas sugiere una serie de medidas que deben ser recogidas por los ordenamientos internos y servir de marco de actuación de las autoridades judiciales encargadas de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos. Estas medidas, en términos generales, consisten en la prohibición de amnistías e indultos de los crímenes más graves, y de darse en algunos casos, no pueden inhibir el recurso de las víctimas a obtener una reparación o impedir la asimilación de graves delitos contra los derechos humanos o el Derecho Internacional Humanitario como delitos políticos; que la obediencia debida no sea un eximente de responsabilidad penal o causa de exclusión de tribunales militares en el juzgamiento de estos hechos.

La responsabilidad central del derecho a la justicia está en cabeza de los poderes judiciales —en el caso de Colombia, por parte de fiscales y jueces— y es una forma también de

13. Jaspers, Karl. *El problema de la culpa*. Paidós, 2006.

contribuir al derecho a la verdad, por lo cual, en el ámbito de Naciones Unidas, más allá del tipo de medidas que se adopten para suavizar las penas u ofrecer penas alternativas producto de la negociación, es muy importante que se investigue, se establezcan los hechos con claridad para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron, se identifique a los responsables y se dé garantías a las víctimas para que puedan participar en los procesos penales como parte civil, pudiendo aportar pruebas y aspirando a obtener una reparación por parte de los responsables.

Naciones Unidas recomienda la aplicación del principio de inamovilidad de los jueces para reforzar su independencia e imparcialidad, de suerte que puedan estar blindados a las presiones de los gobiernos o de la propia opinión pública.

También es importante que los procesados gocen de todas las garantías del debido proceso, puedan contar con un abogado, controvertir las pruebas, impugnar las decisiones.

- DERECHO A OBTENER UNA REPARACIÓN

En términos generales se habla de tres tipos de medidas. **Medidas de restitución** orientadas a que la víctima pueda recuperar la situación inicial al momento en que se cometió la violación de sus derechos, **medidas de indemnización** en aquellos casos donde la violación fue de tal entidad (homicidios, violaciones sexuales, desapariciones, torturas) que es imposible recuperar la situación inicial. Esto implica indemnización por los daños causados que incluye los gastos en que se incurrió con ocasión del hecho (daño emergente) y la pérdida de oportunidades de ingreso de la víctima (lucro cesante) que puede ser reclamada por la misma víctima si queda con lesiones o por sus familiares en el primer y segundo grado de consanguinidad (padres, hijos y hermanos) y en el primer grado de afinidad (esposas, esposos, compañeros); también se sugiere cubrir en la indemnización el llamado daño inmaterial que incluye el dolor y la aflicción por la violación del derecho a la pérdida del ser querido – y, lo que la jurisprudencia ha dado en llamar alteración de las condiciones de existencia, daño de la vida en relación y/o daño fisiológico¹⁴. Esto en lo que hace referencia a las medidas de reparación individuales.

En lo que hace referencia a las llamadas reparaciones colectivas, las que debe recibir la comunidad directamente afectada por las violaciones de derechos humanos o las situaciones al Derecho Internacional Humanitario, Naciones Unidas sugiere el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad¹⁵ y de una solicitud de perdón a las víctimas cuando las responsabilidades recaigan en el aparato

estatal, bien sea por acción o por omisión.¹⁶ Recomienda acciones de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, tales como actos conmemorativos donde públicamente se reivindique la integridad moral de las víctimas, monumentos públicos, bautizos de obras públicas con los nombres de las víctimas, construcciones de parques. También propone la inversión de recursos públicos o de cooperación internacional en obras de interés colectivo, especialmente en zonas deprimidas como una forma de restablecimiento de la integridad por la vía de la inclusión en los beneficios del desarrollo. Este tipo de medidas exigiría planes especiales de recuperación de zonas donde el conflicto ha sido especialmente intenso, con el fin de recuperar la infraestructura vial, de servicios públicos, educativa y de salud, entre otros temas.

- GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Las directrices y principios de Naciones Unidas sugieren tres tipos de medidas:

- Disolución de los grupos armados paraestatales, lo que supone planes integrales de reinserción en la sociedad.
- Depuración de la legislación para impedir que pueda justificarse la creación de estos grupos paraestatales.
- Separación del servicio activo como medida administrativa y no sancionatoria de los miembros de la fuerza pública y servidores públicos en general involucrados en el apoyo a la creación y operación de los grupos paraestatales¹⁷.

de Derechos Humanos como en los casos de la masacre de Trujillo, la masacre de Caloto, la masacre de los Uvos y de Villatina, pero también en el caso de los 19 comerciantes. Esa declaración de aceptación de responsabilidad ha estado acompañada de una solicitud de perdón público.

- 16 En el caso de las violaciones atribuidas a los particulares, como en el caso de los paramilitares o la guerrilla, el tema es mucho más complejo, porque dichos grupos justifican sus acciones en desarrollo de una guerra que ellos consideran de alguna manera justa y legítima, por lo que el reconocimiento de responsabilidad y de solicitud de perdón debe ser el resultado de un proceso de disuasión de la opinión pública nacional e internacional como presupuesto de reconciliación.
- 17 Uno de los temas que se ha eludido en el actual proceso de desmovilización de los grupos paramilitares, es la participación de miembros de la Fuerza Pública en su creación y funcionamiento, pero también la participación de políticos, ganaderos, comerciantes e industriales en la creación de este dispositivo político militar llamado paramilitarismo que se ha transformado en una "gran sombrilla" en la que caben desde grupos de autodefensa hasta organizaciones criminales al servicio del narcotráfico. El establecimiento de la verdad, bien sea por la creación de una comisión extra judicial o por la intervención de la Fiscalía General de la Nación y de la Procuraduría General de la Nación, cuando haya involucrados servidores públicos, debería incluir el grado de participación de otros sectores de la sociedad sin cuyo concurso no hubiera sido posible entender el paramilitarismo. Sin este componente es muy difícil que exista una razonable garantía de no repetición. En esa medida, la aplicación de la ley de Justicia y Paz también debería facilitar el establecimiento de la verdad sobre la participación de políticos, autoridades locales y nacionales, y otros actores sociales y políticos.

¹⁴ Cuando vemos la reparación en los estándares de la Corte Interamericana profundizaremos sobre este concepto.

¹⁵ Aserción pública de responsabilidad que en el fenómeno del paramilitarismo constituiría un antecedente muy importante en la historia de Colombia. Ese tipo de reconocimiento de responsabilidad ya ha sido profeso en varias oportunidades por parte del Estado colombiano a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana

En términos generales se trata de realizar todas las reformas legales e institucionales necesarias para prevenir violaciones de derechos humanos.

2. LA REPARACIÓN INTEGRAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en un sentido amplio, comprende tanto la justicia como la verdad y la reparación. Reparar una violación de un derecho, obligación que está inicialmente en cabeza del Estado, comprende, pues, el derecho de las víctimas a que se establezca qué pasó, a que se identifique, procese y condene a los responsables de la violación, y a que se indemnice el daño, tanto en el plano individual como en el plano colectivo, y en el ámbito material e inmaterial.

En estricto sentido, la reparación exige medidas de compensación y/o indemnización y las garantías de no repetición.

El deber de reparación es una obligación de parte del Estado contenida tanto en la Declaración Americana como en la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que hacen parte de la normatividad colombiana y se integran a la Constitución por vía del bloque de constitucionalidad.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en lo que tiene que ver con el derecho a la justicia, puede leerse:

Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Así mismo, en la Convención Americana de Derechos Humanos es necesario resaltar la cláusula general de responsabilidad internacional consagrada en el artículo 1.1, que señala:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de

proceso que empieza a darse con las recientes actuaciones de la Corte Suprema de Justicia y en la Fiscalía General de la Nación en relación con algunos políticos del departamento de Sucre, proceso que seguramente deberá continuar con otros casos de vínculos de políticos con grupos paramilitares.

raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por otra parte, la obligación de tomar medidas para garantizar el goce y disfrute de los derechos humanos contenida en el artículo 2 de la Convención que señala:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Estas obligaciones se complementan con los artículos 8º sobre garantías judiciales y 25º sobre protección judicial¹⁸ y, especialmente, con el artículo 63.1 que establece:

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Desde su jurisprudencia más temprana la Corte Interamericana sentó el principio de la reparación integral como una obligación en cabeza de los Estados. Así lo expresó en el caso Velásquez Rodríguez:

"[...] Como consecuencia de esta obligación (la contenida en el artículo 1.1 de la Convención) los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los

¹⁸ **Artículo 8. Garantías Judiciales** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. **Artículo 25. Protección Judicial** 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.¹⁹

En la misma sentencia, más adelante señaló la Corte:

"El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación."²⁰

Para la Corte Interamericana existe un vínculo entre la obligación de prevenir las violaciones de los derechos y la de reparar el daño causado; en el sentido de interpretar el deber de reparar como la necesidad de hacer justicia respecto de las víctimas, de la sociedad en su conjunto y respecto de los victimarios.

En el mismo sentido que los pronunciamientos del sistema de Naciones Unidas, la Corte Interamericana ha señalado que la reparación debe comprender medidas para restablecer la verdad, hacer justicia, indemnizar los daños y garantizar la no repetición de las circunstancias que dieron origen a las violaciones. Veamos cada una de estas dimensiones en la jurisprudencia más relevante de la Corte.

A. DERECHO A LA VERDAD

Es el derecho que tienen las víctimas y la sociedad en su conjunto de saber qué pasó en relación con las violaciones de derechos humanos o las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. En esa medida tiene una dimensión individual e inmediata sobre el hecho mismo de la violación, y una dimensión colectiva y mediata sobre las circunstancias históricas que hicieron posible y pueden explicar las violaciones. Tal y como señala Tatiana Rincón²¹, existe una verdad histórica y una verdad procesal o judicial. La verdad histórica trasciende a la verdad judicial habida cuenta de que la investigación en casos de violaciones de derechos humanos es muy compleja, como quiera que la violación conlleva la desaparición de las pruebas que permitan identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometieron. Por eso el esfuerzo de restablecimiento de la verdad va más allá de la intervención de la justicia formal, generalmente con la conformación de comisiones extrajudiciales.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166.

20 Id. párrafo 174.

21 Rincón Coveih. Tatiana. La verdad histórica: una verdad que se establece y legitima desde el punto de vista de las víctimas, en: *Revista Estudios Sociojurídicos*, Número especial, volumen 7, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, páginas 332-354.

Sobre el derecho a la verdad la Corte Interamericana ha señalado:

"El derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad."²²

Como lo señaló Cejil en su *Amicus Curiae* ante la Corte Constitucional en el proceso de constitucionalidad de la ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), este derecho de las víctimas de conocer la verdad se desprendería, además de los ya señalados, y especialmente de los artículos 8º sobre garantías judiciales y 25º sobre protección judicial²³, del artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto allí se establece que: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección."²⁴

El fundamento del establecimiento de la verdad histórica es el de prevenir que los hechos que dieron origen a las violaciones no vuelvan a repetirse como quiera que saber qué fue lo que pasó ayuda a una profunda reflexión individual y colectiva sobre lo sucedido. La dimensión del perdón por parte de las víctimas y del arrepentimiento por parte de los victimarios, que están en la base de un proceso de reconciliación, sólo es posible si parte del establecimiento de la verdad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos así lo expresó:

"[t]oda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro."²⁵

B. DERECHO A LA JUSTICIA

En el sistema interamericano, el derecho a la justicia se sustenta en dos pilares: el deber de investigar y el deber de sancionar las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Una efectiva investigación que lle-

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack, sentencia del 25 de noviembre de 2003, párrafo 274; véase también Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, sentencia del 8 de julio de 2004, párrafo 230.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, párrafo 45. Ver también Caso Edmundo Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párrafo 191 y Caso Villagrán Morales y otras, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párrafos 169 y 170.

24 Cejil, *Amicus Curiae* ante la Corte Constitucional de Colombia, expediente D-6032, proceso de constitucionalidad de la ley 975 de 2005, Washington, 2005.

25 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1985-1986, Washington.

ve a la identificación de los responsables y a la imposición de penas proporcionales y efectivas para el crimen cometido es un supuesto de reparación²⁶. Así lo ha señalado la Corte, por ejemplo cuando en el Caso Tibi señaló:

*"[...] Para reparar, en este orden, las violaciones cometidas, el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los responsables. Los procesos internos deben versar sobre las violaciones o los derechos [...]"*²⁷ (subrayado nuestro)

El deber de investigar y de sancionar es una consecuencia del deber de garantía de los Estados y de los derechos de garantía judicial (artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y de protección judicial (artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Este deber de investigar y sancionar debe ser efectivo, orientado a identificar los autores intelectuales y materiales, y no una mera formalidad, tal y como se estableció, entre otras, en la sentencia del caso Myrna Mack:

*"[L]a investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad"*²⁸

En materia de violaciones a los derechos humanos es muy importante la identificación de los autores materiales pero también la identificación de los determinadores o autores intelectuales. Cuando esas violaciones están asociadas a la actividad de grupos paramilitares, es mucho más apremiante la identificación de los determinadores, en calidad de investigadores, financiadores, ideólogos, porque ello opera, a su vez, como garantía de no repetición. Es posible que la sola desarticulación de los aparatos militares no resuelva el tema de estructuras políticas y sociales que favorezcan el surgimiento de grupos armados paramilitares en el futuro. El deber de justicia debe entonces ser todo lo exhaustivo que sea necesario para desactivar en su conjunto el fenómeno que dio origen a ese factor de violencia que generó las violaciones de los derechos. En lo que tiene que ver con el paramilitarismo, el deber de justicia del Estado colombiano debe orientarse no sólo a identificar a los autores materiales de los crímenes y a las estructuras de mando del paramilitarismo, sino también a quienes desde distintos sectores de la sociedad impulsaron el fenómeno como financiadores e instigadores. La identificación de estas estructuras políticas y sociales que hicieron posible el paramilitarismo, debe hacer parte fundamental de la confesión plena que se exige en

los términos del fallo de la Corte Constitucional para que operen los beneficios de la Ley 975.

Otro componente fundamental del deber de investigar es facilitar la participación de las víctimas en los procesos penales que se adelanten para identificar a los responsables. En esa medida, el Estado debe crear todas las condiciones jurídicas, institucionales, de protección y de consideración para que las víctimas y sus familiares puedan tener acceso a los procesos en calidad de parte civil, puedan presentar pruebas, impugnar decisiones y verificar que las distintas hipótesis sean exploradas por los organismos de investigación. En el caso *Moiwana* la Corte señaló: *"[L]as víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación"*²⁹.

Otra consecuencia del derecho a la justicia y su correspondiente deber de investigar y sancionar, es la referida a la imposición de penas proporcionales al daño causado. Lo primero es la prohibición de amnistías y de indultos con los más graves crímenes. La sentencia pionera en señalar la incompatibilidad de las amnistías con el derecho a la justicia fue la de *Barrios Altos*, donde la Corte señaló:

"Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos [...]"

*"La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurrir en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones o derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente"*³⁰.

La Corte Interamericana ha sido enfática en la necesidad de imponer sanciones proporcionales a la gravedad de los crímenes para evitar una impunidad disfrazada. En el caso de los hermanos *Gómez Paquiyauri*, sentenció:

²⁹ *Ibid.*, Caso de la Comunidad *Moiwana*, sentencia del 15 de junio de 2005, párrafos 145 y 146.
³⁰ *Ibid.*, Caso *Barrios Altos*, sentencia del 14 de marzo de 2001, párrafos 41 y 43.

²⁶ Es necesario insistir en que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la reparación integral es un concepto amplio que incluye la verdad, la justicia y la reparación. Una lectura restringida de la reparación asociada a medidas compensatorias o indemnizatorias puede conducir a una parcelarización de la reparación.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Tibi*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 236.

²⁸ *Ibid.*, Caso *Myrna Mack*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, párrafo 273.

"El Tribunal no entrará a analizar los beneficios carcelarios establecidos en la legislación interna ni tampoco los otorgados a Francisco Antezano Santillán y Ángel del Rosario Vázquez Chuma. No obstante, la Corte considera, sin excluir ninguna categoría de condenados, que el Estado deberá ponderar la aplicación de estos beneficios cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad"³¹.

Cajal ha propuesto un test de proporcionalidad para establecer si una pena es proporcional o no al crimen cometido que debería tener los siguientes elementos³²:

- La gravedad del crimen
- El papel del condenado en la comisión del crimen (si fue autor material o autor intelectual).
- Las circunstancias de agravación y de atenuación.
- La contribución del condenado a la verdad, la justicia y la reparación.
- La contribución del condenado a la reconciliación, con actos de arrepentimiento y disculpas públicas.
- La confesión plena de los delitos
- La actitud hacia el futuro en un horizonte de reconciliación deben ser condicionantes de la conservación de los beneficios penales que se otorguen.

C. DERECHO A LA REPARACIÓN

Constituye un principio de derecho internacional público que todo daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación por parte de un sujeto de derecho internacional debe ser reparado. En Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este principio se refuerza aún más, en cuanto el incumplimiento de las obligaciones de respeto y de garantía de los Estados puede producir un daño que implica la restitución del derecho. Así lo ha señalado la Corte Interamericana en varias de sus sentencias. Por ejemplo, en el caso *Lori Berenson* sentenció: "[...] es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararla adecuadamente"³³.

³¹ *Ibid.*, Caso *Gómez Paquiyupuri*, sentencia de 8 de julio de 2004, párrafo 145.

³² *Cajal Amicis*, Curias ante la Corte Constitucional de Colombia, expediente D-6032, proceso de constitucionalidad de la ley 975 de 2005, Washington, 2005.

La primera forma de reparación la constituye la sentencia misma en la que se establece la responsabilidad del Estado.³⁴ Pero de otro lado se busca la llamada *restitutio in integrum* o plena restitución, que supone el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación³⁵. Cuando la naturaleza de la violación impide la plena restitución se ordena la adopción de medidas compensatorias e indemnizatorias para que se reparen las consecuencias del derecho violado.

Este principio está recogido en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que como lo ha señalado la Corte es una norma consuetudinaria que constituye el fundamento de la responsabilidad de los Estados. En ese sentido se ha pronunciado la Corte en la sentencia de reparaciones del caso *Trujillo Oroza*, en los siguientes términos:

"Tal como ha indicado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación".

"La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, 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. 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 para ello disposiciones de su derecho interno"³⁶.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Lori Berenson Mejía*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrafo 230.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Molina Therzen*, sentencia de reparaciones, párrafo 66.

³⁵ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. Estándares regionales e internos ara los procesos de paz y de reinserción en Colombia". En *Revista Estudios Sociojurídicos* Número especial, volumen 7; Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, páginas 355-408. Ver también Nash Rojas, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad de Chile Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2004.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Trujillo Oroza*, Sentencia de Reparaciones de 27 de febrero de 2002. Ver también, Caso *Cantoral Benavides*, Reparaciones, párrafo 40; Caso *Cesti Hurtado*, Reparaciones, párrafo 35, y Caso de las "Niñas de la Calle" (*Villagrán Morales y otros*), Reparaciones, párrafo 62.

En términos generales, hay cuatro tipos de medidas: de restitución, de rehabilitación, de indemnización patrimonial y no patrimonial, simbólicas, colectivas e individuales, y de satisfacción garantía de no repetición.

La Corte en este sentido ha usado un concepto amplio de reparación que va más allá de lo patrimonial cuando no sea posible la plena restitución. Así, por ejemplo, se entiende que son medidas de restitución: en los casos de detención arbitraria, la reincorporación de la víctima a su trabajo pagándole los salarios y prestaciones dejados de percibir; permitir la publicación de un escrito o la exhibición de una película cuando el derecho conculcado es la libertad de expresión; impedir que se aplique una sanción cuando ella entorpece la violación de un derecho fundamental, por ejemplo cuando se exige la visita conyugal en una prisión para personas del mismo sexo³⁷.

Cuando no es posible la plena restitución del derecho violado, el derecho internacional público³⁸ ofrece la alternativa de la indemnización pecuniaria a título de compensación.

Esta indemnización incluye el **daño material**, tanto en lo que hace referencia al daño emergente como al lucro cesante. El **daño emergente** lo constituyen los gastos en que incurrió la víctima o los familiares de la víctima con ocasión de la violación del derecho, como pueden ser los gastos de búsqueda de una persona desaparecida, gastos de viajes, de llamadas, los gastos psicológicos en que pudieron haber incurrido miembros de la familia ante el hecho ilícito, los gastos de abogados y otros profesionales, e incluso los costos del litigio tanto interno como externo³⁹.

El **lucro cesante** o la pérdida de ingresos de la víctima hasta la edad en la que puede esperarse su muerte por causas naturales, constituye un importante concepto para tratar de restablecer las condiciones económicas del entorno familiar cuando ha sucedido una violación. La Corte ha oscilado en calcular el monto del lucro cesante entre criterios de medición sobre las proyecciones de ingreso con base en salarios mínimos de acuerdo

37 [...] La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparación según la lesión producida podrá consistir en la restitución in integrum de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 189; Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 199). La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos". Caso Garrido y Baigorria, sentencia de reparaciones del 27 de agosto de 1998, párrafo 41.

38 En esta obra referencia al concepto de responsabilidad del derecho privado.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Juan Humberto Sánchez, sentencia de 7 de junio de 2003, párrafo 164. Ver también Caso Maritza Urrutia, sentencia de 27 de noviembre de 2003, párrafo 159.

con la legislación interna de cada país y a un criterio de equidad en consideración a la naturaleza de la actividad de la víctima y del tipo de ingresos que recibe la familia por otros conceptos. Esto se pudo ver, tal y como lo señala Nash Rojas⁴⁰, en las sentencias del caso Cantoral Benavides y, posteriormente, en Bámaca Velásquez, donde reconoció lucro cesante al guerrillero Efraim Bámaca Velásquez en favor de su compañera y de sus padres con posterioridad a 1997, año en que se firmaron los acuerdos de paz entre el gobierno de Guatemala y la URNG, como quiera que no lo hizo entre 1992 y 1997, tiempo en que estuvo en poder de las autoridades en calidad de comandante guerrillero, actividad que no podía estimarse como remunerada. La suma que reconoció fue establecida con criterios de equidad. Así lo dijo la Corte: "el segundo período, se inicia en el mes de marzo de 1997 y se extiende durante los años restantes de la expectativa de vida de la víctima. Sobre el particular, este Tribunal reconoce que no resulta posible establecer con certeza cuál habría sido la ocupación y el ingreso del señor Bámaca Velásquez al momento de su eventual incorporación a la actividad laboral de su país. Teniendo presente la carencia de elementos probatorios ciertos sobre los posibles ingresos que hubiese obtenido la víctima, la Corte en equidad decide fijar en US\$ 100.000,00 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) la cantidad como compensación por la pérdida de los ingresos para el período de que se trata" (negritas nuestras)⁴¹.

Por otra parte está el llamado **daño inmaterial** que comprende el **daño moral**, que es la aflicción síquica y afectiva que sufre la víctima y los familiares de la víctima ante un hecho violatorio de derechos humanos. Es lo que la doctrina civilista ha llamado el *pretium dolores* y que constituye una dimensión un tanto restringida que ha sido superada por la Corte a lo largo de su jurisprudencia al sumar otros dos conceptos como son el **menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones y la alteración de las condiciones de existencia o afectación del proyecto de vida de la víctima o de sus familiares**⁴², por ejemplo, cuando la víctima queda con secuelas físicas que le impide llevar una vida normal—por ejemplo en su sexualidad o en el desarrollo de un oficio o arte—o con secuelas psicológicas que implican tratamientos que alteran el curso normal de una persona. También cuando la ausencia de la víctima altera la vida de los familiares más cercanos, y sería el caso de la ausencia del padre o de la madre de los actos más significativos de sus hijos como pueden ser las ceremonias de graduación o las fiestas emblemáticas como las de los 15 años⁴³.

40 Nash Rojas, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad de Chile Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2004.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de reparaciones del 22 de febrero de 2002, párrafo 51b.

42 Ibid., Caso Bámaca Velásquez, sentencia de reparaciones párrafo 56 y Caso Trujillo Oroza, sentencia de reparaciones, párrafo 77.

43 Este concepto ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano bajo el nombre de daño en vida de relación. Así mismo, el Consejo de Estado ha reconocido el componente de daño fisiológico, distinto al daño moral propiamente que podría ser incorporado por la Corte Interamericana para seguir ampliando su visión de la reparación compensatoria.

La Corte Interamericana también ha desarrollado un concepto de **reparación inmaterial colectivo** cuando ordenó, en el caso de la comunidad Mayagna Awas Tingni, inversiones compensatorias de interés colectivo, a diferencia de como lo había hecho en el caso Aloeboetoe cuando ordenó indemnizar individualmente a los miembros de esa comunidad⁴⁴.

Otras formas de reparación las constituyen la adopción de medidas legislativas e institucionales (medidas de satisfacción) y las medidas como garantías de no repetición. Entre las primeras están las de búsqueda de los desaparecidos, exhumación de los cadáveres, inhumación de los restos de acuerdo con las convicciones religiosas de los familiares de las víctimas, implementación de mecanismos legislativos e institucionales orientados a prevenir las violaciones de derechos humanos, cursos de capacitación en derechos humanos a los miembros de la Fuerza Pública, remoción del cargo –no como sanción– de servidores públicos con récord negativo en derechos humanos, actos públicos de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado, perdón público de parte de los victimarios, designación de edificaciones públicas con el nombre de las víctimas, erección de monumentos recordatorios en homenaje a las víctimas, publicación de las decisiones de los órganos judiciales o extra judiciales, suscripción y ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos, ajuste de la legislación interna a los estándares internacionales de derechos humanos, entre otros⁴⁵.

TITULARIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN

Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cabe una distinción entre víctima y beneficiario. Víctima es quien directamente se ve afectado por una violación de un derecho, y beneficiario es quien puede suceder el derecho a una indemnización de quien fue víctima. La Corte Interamericana ha interpretado de manera amplia la condición de víctima y de beneficiario, extendiendo la titularidad de la indemnización a

44 La Corte considera que debido a la situación en la cual se encuentran los miembros de la Comunidad Awas Tingni por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debe además ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria. En las circunstancias del caso es preciso recurrir a esta clase de indemnización fijándola conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, el cual no es susceptible de una tasación precisa. Por lo expuesto y tomando en cuenta las circunstancias del caso y lo decidido en otros similares, la Corte estima que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana-Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni*, sentencia del 31 de agosto de 2001, párrafo 167.

45 La Corte Interamericana ha ordenado medidas de satisfacción y de garantía de no repetición entre otros casos en: *Gómez Poquiyauri*, *Marissa Urrutia*, *Juan Humberto Sánchez*, *Marco Antonio Molina Theissen*, *Villegón Morales*.

dependientes que no sean familiares y a ascendientes que demuestren una afectación. Así lo señaló en el caso Myrna Mack:

*"Es conveniente destacar lo indicado por el artículo 2.15 del Reglamento en el sentido de que el término 'familiares de la víctima' debe entenderse como un concepto amplio. Dicho concepto comprende a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano, incluyendo a los padres, hijos y hermanos, que podrían tener derecho a indemnización, en la medida en que satisfagan los requisitos fijados por la jurisprudencia de este Tribunal. En este punto debe resaltarse el criterio seguido por la Corte de presumir que la muerte de una persona ocasiona un daño inmaterial a los miembros más íntimos de la familia, particularmente, a aquellos que estuvieron en contacto afectivo estrecho con la víctima"*⁴⁶.

La definición de quién es víctima y de quién es beneficiario es fundamental a la hora de definir la titularidad de la indemnización. La Corte, como lo señala Nash Rojas (2004), remite al régimen probatorio del derecho interno de cada país para determinar la condición de hijos, cónyuges o compañeros permanentes, ascendientes y lo que se ha llamado la titularidad extensiva a aquellas personas que sin ser familiares logren demostrar un perjuicio real con la violación de los derechos de la víctima⁴⁷.

Como puede verse, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha desarrollado un concepto amplio y garantista de la reparación más allá del aspecto patrimonial. Es un enfoque integral, donde no sólo se incluye la indemnización compensatoria –no punitiva–, sino también el derecho a la verdad, el derecho a la justicia, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, siempre pensando en restablecer la situación de la víctima bajo el entendido de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha erigido como un cuerpo de derecho en protección de la persona contra los abusos del Estado y de otros actores privados que actúan con su apoyo o su tolerancia, transgrediendo el deber general de respeto y garantía consagrado en el

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Myrna Mack*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafo 243. Ver también. *Caso Bulacio*, párrafo 78; *Caso Juan Humberto Sánchez*, párrafo 156; *Caso Las Palmeras*. Sentencia de Reparaciones, párrafos 54 y 55.

47 *Ibid.*, ver *Caso Garrido y Baigorria*, reparaciones por daño moral. No han ofrecido pruebas fehacientes de una relación afectiva tal que la desaparición del hermano les haya provocado un daño grave. Algunos de ellos viven a más de mil kilómetros de donde moraba Adolfo Garrido y no hay pruebas de que se visitaran asiduamente entre ellos o que se preocuparan por la vida que llevaba su hermano habiendo podido hacerlo. Existen sólo constancias de visitas esporádicas realizadas por algunos de ellos cuando aquél estaba preso. Pero, por el contrario, los hermanos de Adolfo Garrido únicamente demostraron seria preocupación a partir del momento de su desaparición. La Corte estima equitativo fijar una indemnización por daño moral de 6.000 dólares de los Estados Unidos de América para cada uno de los hermanos de Adolfo Garrido".

sistema interamericano en el artículo I, I de la Convención y, por lo tanto, generando responsabilidad internacional del Estado⁴⁸.

3. CONSIDERACIONES EN TORNO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE REPARACIÓN INTEGRAL.

La ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), el marco jurídico de la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia⁴⁹, es una ley que tiene varias fases de evolución y de aplicación. Una primera fase se surtió en la deliberación en el Congreso de la República, donde las víctimas fueron excluidas y donde había un sobre-representación de los intereses en favor de las aspiraciones de los paramilitares, en el sentido de configurar una ley de impunidad. De todos modos, la deliberación en el Congreso no estuvo aislada de la influencia de la opinión pública nacional e internacional y de las presiones de otras fuerzas políticas, lo que permitió, al final del proceso, una ley que logró conciliar las exigencias de verdad, justicia y reparación con la posibilidad cierta de consolidar un proceso de paz⁵⁰. Las pretensiones maximalistas en uno y otro sentido fueron derrotadas, y la ley refleja un equilibrio imperfecto entre la necesidad de ofrecer beneficios en materia de justicia a los desmovilizados y el cambio de reconocimiento de los derechos de las víctimas.

Si tuviéramos que decir algo sobre cómo fue conciliada la ecuación verdad, justicia y reparación en la ley 975, diríamos que fue una ley generosa en beneficios en justicia,

⁴⁸ Sobre este particular existe una interesante discusión sobre cuál es la naturaleza de la responsabilidad internacional del Estado. Según el juez de la Corte Interamericana, Antonio Cancado Trindade –y ello pudo haber quedado reflejado en el reciente fallo de la Corte sobre la masacre de Pueblo Bello–, la naturaleza es objetiva pues no se precisa demostrar la culpa del agente estatal que comete la violación sino el hecho objetivo de que exista una obligación por parte del Estado que es transgredida por una acción o una omisión. La otra posibilidad es considerar que si se precisa demostrar una acción o una omisión –no importa si dolosa o culposa– para atribuir responsabilidad al Estado. Lo cierto es que está dándose una fructífera discusión que necesariamente conducirá a la consolidación de una especie de dogmática de los derechos humanos como presupuesto de claridad y certidumbre para los Estados, las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, los defensores de derechos humanos, los organismos intergubernamentales, poderes judiciales, servidores públicos en general, ciudadanos y ciudadanas. Discusión que debe verse enriquecida con la jurisprudencia que sobre responsabilidad individual desarrolla la Corte Penal Internacional.

⁴⁹ Marco jurídico que podría aplicarse al proceso de desmovilización de cualquier grupo armado legal pero que dada la forma como fue estructurado en la práctica opera sólo para los paramilitares, pero no por una consideración jurídica sino política.

⁵⁰ Uprimny Yepes, Rodrigo y Saffón Sarín, María Paula. "¿Al fin, ley de justicia y paz? La Ley 975 de 2005 tras el fallo de la Corte Constitucional", en, *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad de Justicia, Rodrigo Uprimny, Catalina Botero, Esteban Restrepo, María Paula Saffón, Bogotá, 2006.

ambigua en la verdad y con un reconocimiento de principios de los derechos de las víctimas con ausencia de mecanismos idóneos y eficaces para hacerlos efectivos.

Sin embargo, muchas de estas deficiencias –sobre todo en cuanto a condicionar los beneficios en materia de justicia a los desmovilizados a la efectiva contribución a la verdad y a la reparación– fueron corregidos por el fallo de la Corte Constitucional en su sentencia C-370 de 2006. Esta es la segunda fase de la ley, en la que interviene la Corte Constitucional y en su condición de tribunal contra mayoritario⁵¹ restablece los derechos de las víctimas y ajusta la sentencia a los estándares internacionales que consideró relevantes⁵².

Luego viene una tercera fase de aplicación que es la que corresponde a la implementación de la ley, responsabilidad que recae primordialmente en la Fiscalía General de la Nación –entidad que tiene una cuota muy alta en cuanto al establecimiento de la verdad y de la justicia–, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, al Ministerio Público, el Consejo Superior de la Judicatura, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, y el propio gobierno, que no debería quedarse simplemente en que se cumpla la ley, sino que debería formular una **política pública de justicia transicional**.

El mensaje central del fallo de la Corte es que avala el proceso de justicia transicional en medio del conflicto que diseñó el Congreso de la República, haciéndole unos ajustes en cuanto a armonizar la ley con algunas exigencias normativas internacionales y, sobre todo, porque la rebaja de penas estuviera condicionada al reconocimiento de los derechos de las víctimas.

Es decir, la ley sigue interpretándose y, por ejemplo, en materia de reparaciones la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación puede –y debería– adoptar los estándares de indemnización establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, más allá de las dificultades de financiación que ello entraña⁵³.

⁵¹ Rodríguez Peñaranda, María Luisa. *Minorias, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

⁵² No es la idea de hacer un balance del fallo de la Corte y los estándares internacionales en función de la ley 975 porque desborda la pretensión de la ponencia original que era la de identificar el tema de reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pero sí hacer algunas anotaciones sobre la aplicación de la ley teniendo de presente el pronunciamiento de la Corte. Para un análisis de la ley después del fallo ver el texto de Uprimny y Saffón ya reseñado más arriba, titulado "¿Al fin, ley de justicia y paz? La Ley 975 de 2005 tras el fallo de la Corte Constitucional.", en *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –de justicia, Rodrigo Uprimny, Catalina Botero, Esteban Restrepo, María Paula Saffón, Bogotá, 2006.

⁵³ Esta medida adicionalmente blindaría el proceso de aplicación de la ley a eventuales litigios ante el sistema interamericano, porque las víctimas verían satisfechas sus pretensiones de reparación que, como hemos visto, son integrales para la Corte; es decir, deben cumplir exigencias también de justicia y verdad. Otra alternativa es que la Comisión adopte los

El fallo de la Corte Constitucional logró equilibrar las exigencias de justicia con la necesidad de preservar los derechos de las víctimas. En términos generales avaló las rebajas de penas a los desmovilizados que confiesen plenamente todos sus delitos, entreguen sus bienes y contribuyan a la reconciliación nacional y, por otra parte, condicionó la conservación de los beneficios a que efectivamente el desmovilizado contribuya con la verdad y con la reparación integral.

En materia de justicia la Corte dejó en firme la imposición de la pena principal por todos los crímenes que se confiesen y que la Fiscalía logre demostrar que cumplió; la pena puede ser suspendida si el desmovilizado cumple con los requisitos de la ley, pero puede hacerse efectiva si por el contrario los incumple. Además, el cumplimiento de la pena, entre 5 y 8 años debe ser efectivo en un centro de reclusión y sin que pueda descontarse el tiempo de desmovilización en Ralito. Coincidimos con Uprimny y Saffón (2006) en que lo que hizo la Corte fue restablecer la dimensión simbólica de la pena principal como un mensaje de hacer saber que el desmovilizado cometió graves crímenes que son repudiados por el Estado y por la sociedad, y que para conservar los beneficios, debe adoptar una serie de comportamientos que pueden contribuir a la reconciliación nacional.

Como lo afirman Uprimny y Saffón:

*"De esta forma, la Corte lanza un mensaje contundente en el sentido de que el derecho a la justicia sólo puede ser flexibilizado tanto como lo es en la ley, en la medida y sólo en la medida en que los desmovilizados contribuyan a la protección de los derechos de sus víctimas y, con ellos, a la reconstrucción del tejido social y a la reconciliación nacional"*⁵⁴.

En materia de verdad el fallo de la Corte refuerza la necesidad de que la investigación judicial (la verdad procesal) lleve al establecimiento de la verdad histórica en la medida en que exige la confesión plena, completa y veraz de los crímenes cometidos por los desmovilizados y otorga un plazo superior al establecido inicialmente en la ley para que la Fiscalía General de la Nación pueda investigar los delitos confesados y de esa manera confirmar que la confesión fue plena. Así mismo, la Corte estableció que si la

orientación de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en cuanto a indemnización, que si bien son inferiores a las establecidas por la Corte, siempre y cuando se acompañen de otras medidas de reparación colectiva, reparación simbólica, y garantías de no repetición, pueden ser considerados como estándares razonables a la luz de las restricciones presupuestales ya señaladas por el gobierno nacional y por el propio Presidente de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.

⁵⁴ Uprimny Yepes, Rodrigo y Saffón Serín, María Paula. "¿Al fin, ley de justicia y paz? La ley 975 de 2005 tras el fallo de la Corte Constitucional". En, *Justicia Transicional sin Transición?* Verdad, justicia y reparación para Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - de Justicia, Rodrigo Uprimny, Catalina Botero, Esteban Restrepo, María Paula Saffón, Bogotá, 2006.

Fiscalía lograba demostrar posteriormente nuevos hechos no contenidos en la confesión inicial, el desmovilizado perdía la posibilidad de la suspensión de la pena alternativa, con lo que se crea otro incentivo importante para que la confesión sea completa y veraz como condición para conservar los beneficios judiciales.

En materia de reparación, el fallo de la Corte también corrigió varias deficiencias de la ley. Una de las principales consiste en que el desmovilizado debe responder tanto con sus bienes ilícitos como lícitos, y que la entrega efectiva de ellos con miras a la reparación es condición para recibir los beneficios en materia de justicia, o el hecho de la responsabilidad solidaria del grupo cuando no logre individualizarse un victimario; así mismo, otorga a las víctimas un protagonismo mayor en los procesos penales, amplía la noción de beneficiario de una eventual indemnización más allá de los familiares más cercanos si logra demostrarse la afectación material o moral por el daño causado por las violaciones de derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

En la medida en que el fallo de la Corte deja clara la íntima relación entre el proceso de desmovilización y el desmonte de las estructuras paramilitares, también hay un mensaje importante en lo que hace relación a las garantías de no repetición, pero que ello sea posible dependerá del comportamiento de los distintos actores comprometidos en el complejo proceso de aplicación de la ley.

El ajuste del marco jurídico de la desmovilización a los estándares internacionales⁵⁵ no constituye **fundamentalismo justiciero** como han sugerido algunos analistas como Alfredo Rangel y Eduardo Pizarro. Por el contrario, es un ejercicio responsable que implica entender el contexto actual en que se realiza un proceso de desmovilización como el que se lleva a cabo con los paramilitares, donde las exigencias de respeto por el derecho de las víctimas y la no tolerancia a la comisión de graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario deben ser resueltas por los países en sus procesos políticos y jurídicos internos y de esa manera blindarlo ante eventuales intervenciones de los órganos de protección de derechos humanos, tales como el sistema interamericano o la Corte Penal Internacional. Si se opta por la vía pragmática, reduciendo la ética y el derecho a la política —como al parecer quisieran Rangel y Pizarro—, dejando como marco jurídico lo que los paramilitares lograron imponer en la deliberación en el Congreso con la actitud complaciente del gobierno del Presidente Uribe, el proceso no es sostenible y tarde o temprano los estándares internacionales terminarán por imponerse, independientemente de la hipocresía con que se usan dependiendo de cada país.

El oportunismo de corto plazo es una mala inversión aún para los paramilitares; por eso consideramos que la ley aún tiene muchas posibilidades de ser corregida incorpo-

⁵⁵ Que constituyen a la vez mínimos y máximos que los Estados pueden modular de acuerdo con las características de cada conflicto.

rando algunos de estos estándares, tanto por la Fiscalía General de la Nación como por los Tribunales de Justicia y Paz y la Comisión Nacional de Justicia Transicional –por mismo, el gobierno debería formular una política integral de justicia transicional– por ejemplo mediante documento Conpes– donde se establezcan los parámetros de aplicación de la ley más allá de la intervención del poder judicial. Como lo señaló en su momento Pablo De Greiff⁵⁶, se precisa de dos declaraciones fundamentales para que el proceso no dependa de la buena fe de los desmovilizados y de lo que la justicia pueda demostrar. Primero, que la obligación de reparar corresponde al Estado⁵⁷ y, segundo, la necesidad de crear un rubro presupuestal del presupuesto nacional con fines de reparación, más allá de lo que logre recuperarse en los procesos penales y en los procesos de extinción de dominio de los bienes adquiridos de manera ilícita.

La reparación integral no puede estar condicionada a lo que logre probarse judicialmente. La exigencia de que las víctimas tengan que hacerse presentes en los procesos penales para hacer valer sus derechos puede ser un obstáculo mayor, debido a situaciones de amenazas, desconocimiento, intimidación o repudio por tener que encontrarse cara a cara con los victimarios. No se puede correr el riesgo ético y político de que la ley sea atendida nacional e internacionalmente como un proceso de intercambio simbólico entre unas concesiones generosas de justicia a cambio de indemnizaciones generosas a las víctimas. Es como si se pretendiera comprar el silencio de las víctimas, al decir de De Greiff (2005) o que las reparaciones fueran entendidas como una especie de precio que tienen que pagar los victimarios para ser reintegrados en la sociedad. Por ello es fundamental defender el principio de derecho internacional según el cual, la obligación de reparar los daños en casos de violaciones de derechos humanos corresponde al Estado, independientemente de si dichas reparaciones puedan financiarse con los bienes y recursos de quienes cometieron los hechos. Así mismo, es necesario entender el proceso de reparación que sigue a la ley 975 como un proceso que va más allá de una indemnización compensatoria, pues exige un proceso de restablecimiento de la dignidad de las víctimas como sujetos de derechos y como ciudadanos que necesitan recuperar la confianza en las instituciones estatales. Ese proceso de reconocimiento por supuesto también supone un esfuerzo de comprensión y de perdón –que sólo

pueden dar las víctimas– con los victimarios para que pueda entenderse como un verdadero proceso de reconciliación.

El proceso de desmovilización de los grupos paramilitares –que más parece un proceso de sometimiento a la justicia– y la justicia transicional que debe aplicarse sin que haya terminado el conflicto –¿justicia transicional sin transición? (Uprimny y Saffón, 2006) es el inicio de un proceso de mucho más largo aliento orientado a desactivar la violencia política en Colombia y a consolidar la confianza en las instituciones. De su éxito y de su consolidación, ofreciendo justicia razonable a los autores materiales e intelectuales, verdad histórica ejemplarizante como garantía de no repetición y reparaciones dignas restableciendo la dignidad de las víctimas, dependerá el éxito de futuros procesos de negociación con otros grupos armados ilegales y, en general, una pacificación justa y digna del país.

BIBLIOGRAFÍA

- Bassiouni, Cherif. Informe final sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales (E/CN.4/2000/62 de 18 de enero de 2000). Comisión de Derechos Humanos 56 período de sesiones, 2000.
- Botero Marino, Catalina & Restrepo Saldarriaga, Esteban. "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia". En *Entre el perdón y el perdón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Angelika Rettberg, compiladora. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales, CESO, Bogotá, pp. 19-65. 2005.
- Cejil, Amicus. Curiae ante la Corte Constitucional de Colombia. Expediente D-6032, proceso de constitucionalidad de la ley 975 de 2005, Washington, 2005.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 1985-1986, Washington, 1986.
- De Greiff, Pablo. "Elementos de un programa de reparaciones", en: *Cuadernos del Conflicto, Justicia, Verdad y Reparación en medio del conflicto*, Bogotá, Legis, Semana, Fundación Ideas para la Paz, 2005.
- De Greiff, Pablo. Reparación de Víctimas en Proceso de Paz. En *Cuadernos del Conflicto, Justicia, Verdad y Reparación en medio del Conflicto*. Bogotá, Legis, Semana, Fundación Ideas para la Paz, Bogotá, 2005.
- Jaspers, Karl (2006) *El problema de la culpa*, Paidós, Barcelona, 2006
- Joinet, Louis. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión (E/CN/Sub 2/1997/20, de 2 de octubre de 1997), Comisión de Derechos Humanos y Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las minorías, 49 período de sesiones, 1997.
- Nash Rojas, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2004, p.9.
- Rincón Covelli, Tatiana. La verdad histórica: una verdad que se establece y legitima desde el punto de vista de las víctimas. En *Revista Estudios Sociojurídicos* Número

⁵⁶ De Greiff, Pablo. Reparación de Víctimas en Proceso de Paz. En *Cuadernos del Conflicto, Justicia, Verdad y Reparación en medio del Conflicto*. Legis, Semana, Fundación Ideas para la Paz, Bogotá, abril de 2005.

⁵⁷ Tal y como está redactada la ley 975, daría la impresión que el Estado no tendría nada que ver en la reparación de las víctimas, y que ésta sólo corresponde a los desmovilizados, y sólo en los casos en que no logre individualizarse al responsable (artículo 42), la reparación debe hacerse con cargo al Fondo de Reparación. No puede perderse de vista la responsabilidad que le cabe al Estado colombiano en la conformación del paramilitarismo y, por lo tanto, en la reparación de las víctimas de los paramilitares. La propia Corte Interamericana en los casos de Magiraján y Pueblo Bello, estableció el grado de responsabilidad histórica que corresponde a sectores de la sociedad y del Estado en la conformación del paramilitarismo, razón por la cual, el Estado tiene que asumir una actitud mucho más acorde con esa responsabilidad.

- especial, volumen 7; Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005, pp. 332-354.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. Estándares regionales e internos para los procesos de paz y de reinserción en Colombia. En *Revista Estudios Sociojurídicos* Número especial, volumen 7; Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, páginas 355-408. Ver también Nash Rojas, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2004.
- Rodríguez Peñaranda, María Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Uprimny, Rodrigo. (2001) "El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal". En *Compilación de Jurisprudencia y doctrina internacional. Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*. Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Vol. 1, pp. 97-54.
- Uprimny Yepes, Rodrigo y Saffón Sanín, María Paula. ¿Al fin, ley de justicia y paz? La ley 975 de 2005 tras el fallo de la Corte Constitucional. En *¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- de justicia, Rodrigo Uprimny, Catalina Botero, Esteban Restrepo, María Paula Saffón, Bogotá, 2006
- Van Boven, Theo. Informe definitivo, estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales (E/CN.4/Sub.2/1993/8 de 2 de julio de 1993), Comisión de Derechos Humanos y Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las minorías, 45 periodo de sesiones, 1993.

LAS VÍCTIMAS DE SECUESTRO, EL ACUERDO HUMANITARIO Y LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ*

ANA CATERINA HEYCK PUYANA**

Fecha de Recepción: Agosto 22 de 2006
Fecha de Aceptación: Septiembre 18 de 2006

RESUMEN

Dentro del marco de análisis de la Ley de Justicia y Paz, bajo la perspectiva de la discusión sobre la existencia o no de un sistema de protección de los derechos de las víctimas del conflicto armado en Colombia, un tema que merece especial atención es el de los secuestrados. De hecho, en la propia Ley 975 de 2005, hay un capítulo especial titulado "acuerdos humanitarios". Pero ¿qué se sabe de este concepto? ¿Hasta qué punto la citada ley protege a los secuestrados? El país lleva años hablando de acuerdo humanitario, algunos han dicho que legalmente no es posible llevarlo a cabo, otros, que sí se puede, pero lo cierto es que tenemos en nuestras selvas colombianas que llevan casi nueve años privados de su libertad, sin que hasta la fecha se hayan dado pasos importantes y concretos para lograr el retorno a sus hogares.

En esta breve presentación se pretende aclarar un poco lo que es el concepto de acuerdo humanitario, los antecedentes de casos en los que ha habido algún tipo de intercambio o de concesión por parte de la guerrilla y del Gobierno para lograr la liberación de personas retenidas, lo que establece el Derecho Internacional Humanitario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto, la posición de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Colombia y del Comité Internacional de la Cruz Roja, la cronología de la posición del Gobierno Uribe, la regulación de la Ley de Justicia y Paz, para concluir con una respuesta al interrogante de si esta ley de verdad plantea un camino hacia la libertad de tantas víctimas del secuestro.

PALABRAS CLAVE

Acuerdo humanitario - Definición, concepto, antecedentes

- * El presente escrito corresponde a la conferencia presentada por la doctora Ana Caterina Heyck Puyana en la Universidad Nacional, el día 19 de mayo de 2006, dentro del Seminario "Ley de Justicia y Paz y Reconciliación Nacional - Participación de la Víctima y Garantía de los Derechos a la Verdad, Justicia y Reparación", organizado por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, el Instituto Unidad de Investigaciones Jurídicas Sociales "Gerardo Molina" UNIJUS y el Centro de Estudios Procesales - CENDEPRO.
- ** Abogada colegial de la Universidad del Rosario. E-mail: caterinaheyck@erb.net.co