



COLOMBIA: ¿HACIA UNA NUEVA CULTURA DE LA REPARACIÓN?

JOHN ARTURO CÁRDENAS MESA*

Resumen

Colombia es, tal vez, uno de los países que mayores avances ha tenido en materia legislativa y judicial, para reparar a las víctimas del conflicto armado interno; la nueva Ley de Víctimas es muestra de ello, pues recoge todos los avances internacionales que se gestaron en la materia durante la última década; sin embargo, para lograr el cometido de la ley no solo se requiere de una reestructuración radical de las instituciones del Estado, principalmente en materia de administración de justicia, sino el cambio de paradigma jurídico cultural, tanto de las víctimas como de los operadores judiciales, con miras a concientizarse de que todas las medidas de reparación son importantes y que esta no se concibe solo en términos económicos. No obstante, la importancia de la nueva ley, observamos con preocupación que son muchos los inconvenientes que generaría si se aplica tal como está concebida. Corresponderá a la Corte Constitucional delimitar su verdadero sentido y alcances.

Palabras clave: Colombia, reparación, Ley de Víctimas, Cultura.

Abstract

Colombia is perhaps one of the countries that have had major advances in legislative and judicial redress to victims of internal armed conflict, the new Victims Law is proof of this; it collects all the international developments in the field hatched during the last decade, however, to achieve the mission of the law not only requires a radical restructuring of state institutions, primarily in the administration of justice, but the legal cultural paradigm shift, from both the victims and judicial officials, in order to become aware that of all the remedial measures are important and that this is not conceived only in economic terms. Despite the importance of the new law, we note with concern that there are many disadvantages that it would generate if applied as it is conceived. It corresponds to the Constitutional Court to restrict its true meaning and scope.

Keywords: Colombia, repair, victims law, culture.

* Colombiano. Abogado litigante en responsabilidad del Estado en Colombia, miembro voluntario del Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos, organización no gubernamental con sede en Medellín-Colombia, Magíster en literatura colombiana de la Universidad de Antioquia y especialista en derecho contencioso administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

Introducción

En la experiencia como abogado litigante, me he encontrado con una anécdota que para unos sonará simpática, para algunos escandalosa u ofensiva y para otros será simplemente un reflejo de la idiosincrasia de nuestros campesinos y de nuestra sociedad en general, y es que todavía no dejo de cuestionarme el hecho de que los familiares de una víctima de violación a los derechos humanos, verbigracia, ejecutada extrajudicialmente por la fuerza pública, al acercarse a buscar asesoría jurídica, utilicen la expresión *quiero que me paguen el muerto*.

La primera vez que me ocurrió alcancé a sonrojarme, se supone que debería decir que yo era la persona más apropiada para enviar la cuenta de cobro si quería asegurar el caso y mis honorarios, aunque a largo plazo; pero también me llevó a pensar la razón para que una persona utilizara esa expresión materialista de su derecho a la reparación y hoy, después de muchos años de litigio profesional, he llegado a concluir que se debe a la carga de una larga tradición jurídica en la cual la única pretensión posible frente a graves afrentas a los derechos humanos era la económica. Obviamente, esta posibilidad en su momento fue un gran avance frente a la antiquísima tradición moralista que sostenía que la vida no se monedeaba; pero los avances de los últimos años han demostrado que existen otros caminos posibles y que podemos aspirar no solo a ser indemnizados cuando se violan nuestros derechos, sino a no resignarnos a la impunidad.

Opté entonces por proponer a los familiares de las víctimas la impulsión de los procesos penales y disciplinarios, para que sancionaran a los responsables directos de los hechos que les afectaban. La mayoría de ellos afirmaron que no querían tener más problemas, porque les daba temor y que lo hecho no tenía vuelta atrás. En ese momento me di cuenta de que la única posibilidad de reparación era solamente la económica y a eso me dediqué.

Esta forma de pensar puede ser producto de la resignación a la impunidad como problema estructural en Colombia; la falta de recursos económicos y el escaso nivel educativo de la gran mayoría de las víctimas de violaciones de los derechos humanos y, el hecho de que estas ideas son parte no solo de la cultura popular, sino de la cultura jurídica de los/as abogados/as litigantes en acciones indemnizatorias en contra del Estado y aún de operadores/as judiciales. Esta cultura tiene su plataforma en la concepción legal, basada en la filosofía de la Constitución de 1886, lejana a los derechos que hoy se afirma tienen las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Cambiar esta mentalidad no solo implica el cambio hacia el paradigma jurídico cultural que se ha gestado en la última década, frente al cual no solo falta la interiorización de la sociedad en su conjunto; sino un verdadero compromiso del Estado para brindar la posibilidad de acceso y participación en las acciones penales y disciplinarias, acceso que está consagrado de manera teórica, pero que en la práctica tiene infinidad de dificultades, que van

desde fenómenos de corrupción hasta limitaciones presupuestales, de personal y de medios logísticos.

Como espejo tenemos los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas en los casos colombianos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales están muy lejos de convertirse en realidad, no obstante mediar decisiones judiciales de tal magnitud. Esto se debe principalmente, además de los problemas generales ya mencionados, a la inexistencia de un marco jurídico adecuado para el cumplimiento de tales decisiones y a que se les antepone en la jerarquía normativa las disposiciones de derecho interno.

En estos días en los que se han publicitado algunas decisiones del Consejo de Estado, el cual ha ordenado al Estado ofrecer disculpas públicas por violaciones de derechos humanos de sus agentes, vemos que se corre el riesgo de convertir estos actos de reparación en una moda o en una farsa, sino va acompañado de sanciones reales de tipo penal contra quienes cometieron dichos actos.

Como veremos, no ha faltado en nuestro país regulación en materia de reparaciones, las cuales fueron en principio netamente económicas y se han ido transformando con el tiempo en reparaciones que pretenden ser integrales.

Presentaremos de manera esquemática sobre los cambios legislativos que se han dado en la última década en la concepción misma de reparación, moldeada por la jurisprudencia nacional e

internacional, sin pretender en absoluto abarcarlas completamente, pero si llamando la atención sobre los aspectos más relevantes, entre ellos, la Ley de Víctimas, cúspide del desarrollo del nuevo pensamiento en la materia, al menos teóricamente. Por otra parte, analizaremos de las perspectivas de cumplimiento de dichas normas, acudiendo a nuestra experiencia en el trabajo en esta materia. Es necesario aclarar que las situaciones sociales crean consecuencias en el ámbito jurídico, pero en otras ocasiones, los marcos jurídicos crean hábitos de los cuales a las sociedades le es difícil escapar. La calificación de esta situación en este tema será una conclusión personal.

La Reparación en el Sistema Penal Colombiano

El proceso penal es el nicho natural para obtener la reparación para las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos; una sociedad que castigue de manera eficaz a los transgresores de las normas penales, tiende a lograr la eficacia de la función preventiva de la pena. En Colombia, lastimosamente una de las principales fallas de nuestro sistema penal es el exagerado índice de impunidad, que ha facilitado la proliferación de formas de justicia privada y ha dejado a las víctimas con una sensación de desconfianza frente al sistema legal.

En el ordenamiento colombiano rigen de manera paralela cinco estatutos de procedimiento penal, cada uno de los cuales regula la protección de las víctimas y sus derechos. El primero de ellos es el Código de Procedimiento Penal de

la Ley 600 de 2000, aplicable a hechos punibles que se cometieron hasta el 31 de diciembre de 2004; posteriormente, la Ley 906 de 2005 consagró el sistema penal acusatorio y se aplica a los delitos cometidos a partir del primero de enero de 2005; existe también un estatuto especial denominado Ley de Justicia y Paz, Ley 975 de 2005, expedido para buscar la desmovilización de grupos de guerrilla y paramilitares que quieran acogerse a los beneficios de la ley, cumpliendo ciertas condiciones; la Ley 522 de 1999, Código Penal Militar, que se asimila teóricamente en materia de derechos de las víctimas a la ley 600 de 2000; y finalmente, el nuevo Código Penal Militar, o Ley 1407 de 2010, que pretende introducir en los juicios castrenses el sistema penal acusatorio.

Ley 600 de 2000

Este código de procedimiento penal complementa las disposiciones que en materia de reparación a víctimas establece el Código Penal o Ley 599 de 2000. Ofrece la posibilidad de que la víctima o los perjudicados directos del hecho punible o sus sucesores se constituyan en parte civil, dentro del proceso penal o por fuera de este. En el primer caso la acción civil sigue la suerte de la acción penal; en el segundo, la jurisdicción civil es la sede natural o la jurisdicción contencioso administrativa en aquellos casos, en los cuales hay agentes estatales involucrados en la comisión de delitos que comprometen la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta ley siguió con la filosofía de la normatividad

penal anterior¹, en la medida que la reparación para las víctimas de los delitos se concebía solamente como una compensación económica que se establece al libre arbitrio de los jueces en lo que hace relación con los perjuicios morales. La Ley 600 estipuló como límite máximo de cuantificación de estos perjuicios, la suma equivalente a 1000 salarios mínimos legales mensuales, equivalentes en Colombia a US 290.000 dólares americanos, aproximadamente. La titularidad de la acción civil puede ser individual o popular cuando se pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios colectivos causados por la conducta punible; son llamados a indemnizar no solamente las personas que resulten responsables penalmente, sino quienes de acuerdo con la ley sustancial, deban reparar el daño, sea porque tienen bajo su custodia o cuidado a la persona que cometió el delito o porque se cumple cualquiera de los supuestos que establece la normatividad civil al respecto. En relación a la oportunidad para constituirse en parte civil, la Ley 600 dispuso que podía hacerse a partir de la resolución de apertura de instrucción y hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o de única instancia, pero gracias a la sentencia de la H. Corte Constitucional C-228 de 2002, se morigeró no solo este aspecto, en el entendido que podía hacerse aún antes de dicho acto procesal, sino muchos otros, actualizando la legislación a los estándares internacionales de derechos de las víctimas y constituyéndose

1 La Ley Segunda de 1982 que adoptó como legislación en procedimiento penal el Decreto 409 de 1971 y derogó el Decreto 181 de 1981, que rigió muy poco tiempo. De igual manera los Decretos 050 de 1987 y 2700 de 1991.

de paso, en uno de las sentencias fundacionales de una nueva cultura de la reparación en Colombia.

Una vez la víctima sea admitida como parte civil, quedará facultada para solicitar la práctica de pruebas con el fin de demostrar la existencia del hecho punible, la identidad de los autores y los elementos en que se basa su responsabilidad, además de la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados. Podrá igualmente denunciar bienes del procesado y solicitar las medidas cautelares como embargo y secuestro, y obviamente tendrá la facultad para interponer recursos en los aspectos que le atañen.

Se estableció como causal de rechazo de la demanda que se acredite, que se ha promovido independientemente, la acción civil por el mismo demandante, que se ha hecho efectivo el pago de los perjuicios, que se ha producido la reparación del daño, que quien la promueve no es el perjudicado directo o que ha operado la prescripción de la acción contra el tercero civilmente responsable. En este punto se hace necesario aclarar de nuevo que, gracias a la interpretación que de la norma hizo la Corte Constitucional, la interposición de la acción civil por fuera del proceso penal como causal de rechazo de la demanda solo procede cuando en ambas demandas se realizan pretensiones económicas, pues es indudable que hoy se puede acudir válidamente al proceso penal con pretensiones de verdad y justicia, y al proceso civil o contencioso administrativo con pretensiones indemnizatorias o de reparación diferentes a las pedidas

en el proceso penal. Obviamente, si se declara la responsabilidad penal del procesado, en el proceso civil solamente, se discutirá el tema de de los perjuicios, aunque los terceros civilmente responsables pueden alegar eximentes de responsabilidad. En el caso de la responsabilidad administrativa del Estado, habrá que establecer si el hecho del agente se enmarca dentro de los supuestos de responsabilidad estatal, pues puede darse perfectamente que se declare la responsabilidad administrativa del Estado con un fallo absolutorio para el procesado, o que se condene al segundo y se absuelva al Estado, ello porque los títulos de imputación penal y administrativa son totalmente diferentes.

Como se dijo, los primeros pasos para abandonar la posición cultural de entendimiento de la reparación solo en sentido económico se dieron gracias a la sentencia C-228 de 2002. En los requisitos para la presentación de la demanda de constitución de parte civil de la Ley 600 de 2000, se establecía la obligación de prestar juramento de que no se había acudido a demandar civilmente. Esta situación ponía a las víctimas en una disyuntiva y, en ocasiones, cuando los regímenes de responsabilidad civil eran más benévolos que en la jurisdicción penal, verbigracia, en delitos donde estaban involucradas actividades peligrosas como accidentes de tránsito o manipulación de armas y explosivos, se acudía a esta en vez de hacerlo en el proceso penal, sacrificando en muchos casos los derechos a la verdad y a la justicia.

Concluyó la Corte Constitucional colombiana en aquella ocasión:

De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia no restringida exclusivamente a una reparación económica— fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello solo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

Finalmente, el estatuto procedimental dispone que la acción civil ejercida dentro del proceso penal prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En caso de muerte del procesado, indulto, amnistía impropia y las demás causales de extinción de la punibilidad que no impliquen disposición del contenido económico de la obligación, no se extingue la acción civil. Si se acude a la acción civil por fuera del proceso penal, se aplican las causales de extinción de las obligaciones consagradas en el Código Civil, pero si la vía es la acción contencioso

administrativa, no se habla de prescripción, sino de caducidad de la acción, que es un concepto procesal, en virtud del cual se enerva la facultad de accionar.

Frente a esto se hace necesario aclarar que en materia de prescripción de la acción penal, ha habido grandes avances en materia de protección a las víctimas, especialmente en delitos que la comunidad internacional ha considerado, especialmente graves como los de lesa humanidad, violaciones al DIH, los de agresión y el delito de genocidio, pero aún no se ha llegado a ampliar esta concepción a la acción administrativa dirigida contra el Estado, pues en este ámbito sigue operando la figura jurídica de la caducidad de la acción en un término genérico de dos años, salvo para el delito de desaparición forzada, que tiene norma especial.²

La pregunta que surge, es que si esa relativización del principio de legalidad frente a este tipo de delitos debe tener consecuencias frente a la responsabilidad civil o administrativa del Estado en Colombia, dado que aunque muchas de esas violaciones provienen de actos y abusos de autoridad cometidos de manera individual, en muchas otras ocasiones son producto de políticas generalizadas, como fueron el nacimiento y la consolidación de los grupos paramilitares en nuestro país.

2 El Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el Artículo 7 de la Ley 589 de 2000, dispuso que la acción de reparación directa en caso de desaparición forzada, puede intentarse desde el momento mismo del hecho, pero su caducidad se contabiliza desde la aparición de la persona o desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en proceso penal. Esta norma se mantiene en el nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, que entrará a regir el 2 de julio de 2012.

Sistema penal acusatorio

El nuevo estatuto procedimental penal consagrado en la Ley 906 de 2005 se constituyó en una barrera de acceso a las víctimas para hacer valer sus derechos en el proceso penal hasta que se hicieron algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional que sirvieron para aclarar el panorama de sus derechos; sin embargo, algunos fiscales no han entendido de manera cabal esta situación por lo que en muchas ocasiones, cuando el perjudicado o la víctima es indirecta, se oponen a su reconocimiento en la etapa de reparación.

El Artículo 11 del nuevo ordenamiento consagra los derechos de las víctimas para ser tratadas con respeto y dignidad; a aportar pruebas y ser tenidos en cuenta al momento de tomar decisiones en el proceso; a “una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder”; y a recibir “información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas”

El camino hacia la reparación comienza para las víctimas en su derecho a recibir información, toda vez que a quien acredite sumariamente dicha calidad, se le debe informar sobre el tipo de apoyo que puede recibir y quien lo brinda, los requisitos para acceder a una indemnización, el derecho que le asiste a que un abogado de oficio la represente en el incidente de reparación integral sino tiene medios para ello, cuándo y cómo pueden ser escuchada por el juez de control de garantías, etc.

La regulación del incidente de reparación integral dio lugar a una serie de interpretaciones restrictivas respecto del momento en que la víctima podía ejercer sus derechos, toda vez que este es viable a partir de que se anuncie el sentido del fallo condenatorio, por lo que algunos fiscales interpretaron que no era jurídicamente posible permitir la participación de las víctimas hasta antes de esta etapa procesal, no obstante el Artículo 11 ya aludido, pero afortunadamente esto fue superado gracias a la sentencia C-516 de 2007 de la Corte Constitucional³, que aclaró en gran medida el panorama para las víctimas. Por su parte, la Ley 1395 de 2010, consagró que el incidente es procedente solo después de que esté en firme la sentencia condenatoria, siempre y cuando se interponga dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta. En caso de transcurrir dicho término sin hacer uso de esta facultad, tendría que buscarse necesariamente la reparación, por fuera del proceso penal.

En la audiencia que se convoque para tal fin el juez podrá rechazar las pretensiones si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios en caso de ser esta la única pretensión.

3 Esta sentencia declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que la víctima también podría intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado. De otro lado, estableció que las víctimas serían asistidas por un abogado de oficio durante el juicio o en el incidente de reparación integral en todos los casos, no solamente cuando el interés de la justicia lo exigiere, como estaba concebida inicialmente la norma.

Un gran inconveniente lo encontramos en el fenómeno de verdades a medias que facilita el sistema de preacuerdos que consagran los artículos 348 a 354 de la Ley 906 de 2004, pues dada la aceptación de los cargos en un momento procesal determinado, se puede obtener una rebaja de pena considerable, en contravía de los intereses de la víctima y de la justicia. En este aspecto hay que sopesar la humanización de la pena con los derechos de la víctima y de la sociedad en general a conocer la verdad.

El concepto de víctima es amplio, dado que incluye a las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del hecho punible, de manera directa o indirecta, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto o de la existencia de una relación familiar con este.

Como aspecto positivo del nuevo sistema penal acusatorio hay que resaltar que estableció una causal de revisión de las sentencias basada en el incumplimiento de los deberes consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Garantías Judiciales y Protección Judicial).

Con fundamento en esta norma han sido admitidas varias acciones de revisión ante la Corte Suprema de Justicia, en casos en los cuales el Estado colombiano ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el incumplimiento de sus compromisos internacionales en materia de derechos

humanos. En efecto, mediante sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de julio 6 de 2011, con ponencia del Magistrado José Leonidas Bustos Martínez, se declaró la invalidez de la sentencia absolutoria frente a los señores Jaime Alberto Angulo Osorio y Francisco Antonio Angulo Osorio, quienes habían sido absueltos en 2001 por el Tribunal Superior de Medellín, tras haber sido acusados por la muerte del defensor de derechos humanos Jesús María Valle Jaramillo. De otra parte en el mes de septiembre de 2008, la Corte Suprema de Justicia declaró inválida la actuación realizada ante la Justicia Penal Militar (salvo las pruebas practicadas), mediante la cual ordenó cesar todo procedimiento en contra de un militar involucrado en las lesiones y tortura sufridas por el señor Wilson Gutiérrez Soler; consecuentemente, ordenó remitir la investigación a la Unidad Nacional de Derechos Humanos, en sede de justicia ordinaria, para que continúe su impulso.

El hecho de que la legislación contemple excepciones al beneficio de la cosa juzgada para personas involucradas en violaciones a los derechos humanos es un avance significativo, sin embargo, los verdaderos resultados se sabrán con el tiempo.

Régimen de Justicia y Paz

La Ley 975 de 2005, se constituye en nuestro sistema normativo en un régimen de procedimiento penal especial para aquellas personas pertenecientes a los grupos paramilitares y de guerrillas, que de manera individual o colectiva decidan postularse para recibir sus beneficios, a

cambio de verdad y reparación para las víctimas. Según la Corte Constitucional, no se equipara a una Ley de Amnistía o Indulto, no obstante los beneficios de penas alternativas para delitos atroces y de lesa humanidad. Regula además, varios aspectos que hay que concordar con la reciente Ley de Víctimas, que derogó algunas de sus normas, en especial las relativas a las funciones de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación; también establece algunas facultades que puede utilizar el gobierno nacional para facilitar acuerdos humanitarios con grupos armados al margen de la ley y el deber de memoria del Estado mediante la conservación de archivos, entre otros.

De manera especial se reconoce el derecho de las víctimas a recibir garantías de no repetición, actos en su memoria, medidas de satisfacción y el reconocimiento de responsabilidad, por parte de los autores y partícipes de los hechos. También, tienen la posibilidad de obtener indemnizaciones, por parte de los autores de los crímenes, situación que en perspectiva se torna sumamente difícil, dada la lentitud con que avanza el proceso; el gran número de víctimas; que la mayoría de los postulados no cuentan con los recursos para hacerlo y porque quienes manejan las estructuras financieras no están dispuestos a renunciar a sus bienes, mucho menos después de su extradición y estando estos en cabeza de testaferros. Afortunadamente, el Estado asumirá esta obligación a través del fondo de reparación de víctimas.

Como medidas de reparación, especialmente válidas en el marco de justicia y

paz, la colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas y la localización de los cadáveres de las víctimas son tenidas en cuenta. Finalmente, según la ley, es imperativo para el Gobierno adoptar un programa institucional de reparación colectiva con el fin de recuperar la institucionalidad del Estado Social de Derecho, de recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por la violencia y reconocer y dignificar a las víctimas, aspecto que finalmente, fue asumido directamente por el congreso a iniciativa del gobierno, por medio de la Ley de Víctimas, a la cual nos referiremos más adelante.

También, se consagran normas que propenden por el trato humano de las víctimas durante el proceso; su protección, la de su familia y los testigos; su derecho a aportar pruebas, a ser oídas y a ser representadas por un abogado de oficio, cuando no cuenten con recursos para contratar uno.

En relación con los postulados establece el beneficio de alternatividad, que consiste en la suspensión de la ejecución de la pena ordinaria y, en su lugar, se impone al condenado cumplir la pena alternativa que oscila entre 5 y 8 años de prisión, siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos en la Ley. Esta normatividad en principio fue concebida en torno a las prerrogativas de quienes se acogían a ella, pero gracias a algunas sentencias de la Corte Constitucional, en especial la C- 370 de 1996, el eje de la ley se tornó hacia las víctimas, dándole un contenido más específico a sus

expectativas de verdad, justicia y reparación. Esta sentencia, entre otras, amplió el espectro de las víctimas, concibiéndolas no en el sentido restringido, a los parientes en el primer grado de consanguinidad, sino incluyendo a otros parientes que pudieran haber recibido perjuicio; imponiendo la obligación a los postulados de responder con sus bienes, obtenidos lícita o ilícitamente, por hechos cometidos por ellos o por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron; al establecer la obligación de devolver las propiedades de las cuales habían sido desposeídas las víctimas, quitando la morigeración de “ser posible”, con lo que se constituyó en un imperativo. De otra parte, se declaró inexecutable lo estipulado en los artículos 70 y 71, que establecían la posibilidad de otras rebajas de penas y se calificaba la pertenencia a grupos paramilitares como delito de sedición, contrario a la realidad histórica y fáctica.

Todo esto sería altamente positivo, sino existiera esa gran diferencia entre vigencia y eficacia de la norma, pues hoy, después de seis años de haber iniciado este proceso, puede decirse que prolifera un esquema de impunidad y que la Ley de Justicia y Paz ha entrado en crisis debido a la carencia de una estructura institucional que sirviera de apoyo para su cometido; adicionalmente, la decisión de la Corte Suprema de Justicia de aceptar imputaciones parciales de hechos confesados por los paramilitares va en contravía de su misma concepción, pues la base para aplicar sus beneficios es la confesión de absolutamente todos los hechos, la colaboración con el

esclarecimiento de la verdad y la reparación a las víctimas. Observamos además, que no obstante haber sido extraditados algunos de los principales cabecillas del paramilitarismo, supuestamente por no haber colaborado con el cumplimiento de la ley, no se les ha retirado como postulados al proceso, amén de que existen muy pocas sentencias condenatorias⁴.

Los gobiernos anteriores y el actual han defendido a capa y espada este proceso bajo el argumento de ser el único en el mundo que se ha realizado en medio del conflicto y que ha logrado la desmovilización de aproximadamente 25000 hombres, además de propiciar la identificación de miles de víctimas desaparecidas, amén de que el Estado ha asumido el gran esfuerzo fiscal para la reparación económica.

Los inconvenientes de la ley empezaron desde su misma aplicación temporal, pues fue concebida para delitos cometidos antes de su vigencia, julio 25 de 2005; por ello, durante 2009 el gobierno Uribe radicó una propuesta para su aplicación, sin importar la fecha de comisión de los delitos, pero la misma naufragó en el congreso. Entonces, si un desmovilizado cometió delitos antes de dicha fecha y después de ella, solo recibiría beneficios por los primeros, debiéndose someter a la justicia ordinaria, en relación con el procedimiento y las penas, para los segundos.

4 La primera sentencia contra un cabecilla paramilitar en junio de 2010; en ella se condenó a ocho años de prisión a Über Enrique Bánquez, alias “Juancho Dique” y a Eduardo Cobos Téllez, alias “Diego Vecino”, por las masacres de Mampuján, San Cayetano e Islas Mécura en Bolívar.

Otro de los grandes inconvenientes que se ha criticado a la ley es el relativo a los criterios del gobierno para realizar las postulaciones, pues se han dado casos de desmovilizados que solicitan su postulación al momento de ser capturados; frente a esto se han estudiado varias propuestas, entre ellas, establecer causales legales taxativas o que la postulación pase a ser competencia de la Fiscalía General de la Nación.

En nuestro concepto, el principal problema radica en la falta de estructura y capacidad institucional, debido a la carencia de una visión macro del problema, que impidió que se abordara este compromiso con seriedad. Dentro de poco muchos desmovilizados estarán avocados a cumplir el tiempo máximo de pena alternativa, sin que se hubiese proferido en su contra una sentencia condenatoria, y peor aún, sin que hayan colaborado en la reparación de las víctimas, en el esclarecimiento de la verdad y los demás compromisos que impone la ley.

El informe “Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia”, entregado en octubre de 2011, por el jefe de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la OEA en Colombia, Marcelo Álvarez al Ministro de Justicia y Derecho, es contundente en este aspecto, pues entre las propuestas, además de incluir algunas relativas a los puntos ya anotados, destaca que se deben tener en cuenta patrones investigativos que busquen las estructuras generales, la financiación y los parámetros de las conductas, tendiendo en cuenta la naturaleza de los crímenes y el *modus operandi* de estas organizaciones.

Antiguo código penal militar

La Ley 522 de 1999 rige para delitos cometidos hasta el 10 de enero de 2010, dado que el nuevo código penal militar, Ley 1407 de agosto 17 de 2010, introdujo el sistema penal acusatorio en esta jurisdicción; sin embargo, mantuvo en nuestro concepto los mismos inconvenientes de concepción que regían en el sistema anterior, principalmente en relación con el tipo de delitos de los que puede conocer esta jurisdicción.

La Ley 522 de 1999 establece la obligación de reparar por la comisión del hecho punible; otorga la titularidad de la acción indemnizatoria a las personas naturales, o sus sucesores, y las personas jurídicas perjudicadas por el hecho punible, sin hacer diferencia alguna entre perjudicados directos o indirectos, siendo más amplio en este sentido que la normatividad común. Estableció que la petición indemnizatoria solamente puede ser ejercida a través de la acción contencioso administrativa dirigida contra el Estado y que en ningún caso los miembros de la fuerza pública podrían ser condenados al pago de perjuicios, lo que creaba una especie de inmunidad patrimonial para los militares involucrados en delitos y trasladaba la responsabilidad por sus hechos al patrimonio público. Afortunadamente estas disposiciones fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1149 de 2001, pero debido a que en términos reales la posibilidad efectiva de indemnización se concreta en la acción contencioso administrativa, en la práctica la acción civil dentro

del proceso penal militar siempre ha estado en desuso.

De otra parte, la ley establece que la extinción de la acción penal o de la pena no eximen al Estado de la obligación de reparar, siempre y cuando la acción respectiva se interponga con sujeción a las reglas de caducidad establecidas en el Código Contencioso Administrativo, frente a lo cual, dado el corto tiempo de caducidad, es altamente improbable que se cumpla esta hipótesis.

El estatuto penal castrense dispuso el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública aún por delitos comunes, pero afortunadamente la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 878 de 2000, declaró condicionalmente exequible esta norma, argumento aplicable al nuevo ordenamiento penal militar, que mantuvo la misma disposición:

En consecuencia, ha de concluirse que el Artículo 195 de la Ley 522 de 1999 es exequible, en el entendido que la jurisdicción penal militar solo tendrá competencia para conocer de los delitos comunes que llegue a cometer el miembro de la fuerza pública, cuando estos delitos tengan relación directa con el marco de las actividades asignadas a la fuerza pública por la Constitución. Si la mencionada relación no existe, la competencia para conocer de la comisión de un delito de esta naturaleza será privativamente de la jurisdicción ordinaria.

Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los

casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción.

En la práctica, la justicia penal militar ha tratado de asumir y retener todas las investigaciones que se adelantan en contra de miembros de la fuerza pública, inclusive por delitos comunes y los llamados falsos positivos, que son delitos de lesa humanidad, desconociendo esta decisión de la Corte Constitucional. Esto se constituye en uno de los grandes obstáculos para obtener una reparación en materia penal, pues además de que existe solidaridad de cuerpo, la estructura misma de esta jurisdicción se ha constituido históricamente en un barrera al acceso real y efectivo de las víctimas o sus familiares a la justicia; por ejemplo, la organización territorial penal militar no coincide con la división territorial del país, por lo que un hecho cometido en determinada zona puede llegar a conocimiento de un juez muy alejado geográficamente del sitio de los hechos, amén de que los juzgados funcionan dentro de las instalaciones militares y algunos no cuentan con canales de comunicación telefónicos, dado que la comunicación de que disponen se hace vía microondas. Estas dificultades, unidas al temor de los testigos y las víctimas de acudir a estas autoridades, además de una política de

abstenerse de iniciar investigaciones y de proferir medidas de aseguramiento en contra de los miembros de estamento militar, hace que esta justicia no cumpla con los estándares mínimos de justicia internacional, mucho menos cuando se trata de delitos graves, circunstancia que ya ha sido advertida por la Corte Interamericana de Derechos humanos.⁵

La constitución de parte civil en el proceso penal militar en la vigencia de la Ley 522 de 1999, tenía teóricamente por objeto exclusivo contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos, lo que prima facie parece una finalidad muy altruista, pero que leído en concordancia con las normas que establecían el amparo patrimonial para los militares involucrados en delitos y un fuero personalista que incluía delitos comunes, eran verdaderas prerrogativas sin sentido.

Sistema penal acusatorio castrense

El nuevo código penal militar, Ley 1407 de 2010, establece en su Artículo 88 la obligación del Estado de reparar los daños causados con ocasión de la conducta punible. Consideramos al respecto que la norma es infortunada en su redacción, toda vez que remite al Artículo 87 que solo se refiere a daños morales y

materiales; por ello, al dirigirse la acción civil dentro del proceso penal militar o por fuera de este, podría pensarse en la inviabilidad jurídica de indemnizar otras tipologías del perjuicio inmaterial que han sido reconocidos en nuestra jurisprudencia, por ejemplo, los perjuicios llamados indistintamente fisiológicos, de alteración de condiciones de existencia o de daño a la vida de relación; incluso los perjuicios por daño fuente o evento, que empieza a abrirse paso en nuestra jurisprudencia debido a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

También, existe la posibilidad de ejercer la acción civil popular cuando con la conducta punible afecta bienes colectivos.

Están obligados a indemnizar tanto el Estado como el miembro de la fuerza pública penalmente responsable. En este aspecto se deroga la vieja disposición de inmunidad patrimonial de los militares. Obviamente, si se acude a la acción indemnizatoria en el proceso penal, no podría intentarse en contra del Estado, pues esto daría lugar a una doble reparación; sin embargo, dado que en la acción contenciosa impera el fuero de atracción, bien podría demandarse en esta jurisdicción tanto al Estado como al funcionario público, para que respondan solidariamente, sin menoscabo, además de la acción de repetición que debe intentarse de manera obligatoria por parte del Estado, cuando resulta condenado por hechos dolosos o gravemente culpables de sus funcionarios, obligación que impone la nueva legislación en apoyo de la Ley 678 de 2001 que ya lo establecía.

5 Desde la sentencia Cantoral Benavides vs. Perú, de agosto 18 de 2000, la Corte ha sostenido: 202. Con respecto a la jurisdicción penal militar, la Corte ya ha establecido que en un Estado democrático de derecho dicha jurisdicción ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

No obstante, en este aspecto hay una inexactitud que deberá ser aclarada por la jurisprudencia, ya que la Constitución y la ley establecen la obligación de repetición, cuando un funcionario actúa de manera dolosa o gravemente culposa, lo que tiene sentido cuando hablamos de culpa civil, la cual según el Artículo 63 del Código Civil puede ser grave, leve o levisima. Esta disposición así fue llevada a la normatividad del nuevo código penal militar, sin embargo, en materia de responsabilidad penal no es viable hacer este tipo de clasificación.

En materia de prescripción de la acción civil hay que hacer dos consideraciones; la primera, en el proceso contencioso administrativo no opera la figura de la prescripción, sino la de la caducidad, figura procesal que enerva la posibilidad de accionar y que en el nuevo código contencioso administrativo, Ley 1437 de 2011, se constituye en una excepción previa.

En segundo lugar, cuando se ejerce la acción civil en el proceso penal militar, esta prescribe en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal; cuando se ejerza por fuera del proceso penal se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil. Aquí no debemos olvidar que, nuestra jurisprudencia constitucional ha definido que si se rompe el nexo con el servicio, es la justicia ordinaria la llamada a conocer de la investigación, caso en el cual aplicarían las normas que en materia de prescripción consagra la normatividad general; por ejemplo, la imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad.

Como aspecto positivo podemos resaltar el Artículo 193 que ordena el restablecimiento del derecho de las víctimas cuando sea procedente, independientemente de la responsabilidad penal.

Esta norma debe interpretarse en el contexto del derecho al trato digno a los intervinientes en el proceso penal; del deber de aplicar los tratados internacionales ratificados por Colombia y de los derechos que se otorgan a las víctimas que en general coinciden con los del régimen penal común -; de las garantías de comunicación e información en cuanto a derechos, recursos, derecho a ser asistido por un abogado designado de oficio, etc. Mirado así, nos proporciona una perspectiva positiva para la participación de los particulares afectados con la comisión del delito; pero mientras no cambie la praxis de administración de justicia en la jurisdicción penal militar, hacia una cultura de respeto a los derechos de las víctimas, todas estas disposiciones no pasarán de ser letra muerta.

El nuevo código regula el incidente de reparación integral a partir de que se emita el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, para lo cual se convocará a una audiencia en la cual se podrá conciliar la cuantía de los perjuicios; en este aspecto es diferente la oportunidad procesal en relación con el régimen penal ordinario, en el cual se requiere fallo condenatorio en firme.

Decreto 1290 de 2008 o de reparación por vía administrativa

Este decreto reguló la reparación para las víctimas de los grupos armados, sea guerrillas o autodefensas, de que tratan las leyes 418 de 1997 y 975 de 2005, por hechos ocurridos con anterioridad al 22 de abril de 2008. Para ello parte de la definición de víctima que trajo la Ley 418, esto es, la población civil que ha sufrido perjuicios en su vida, integridad personal y en sus bienes, sea por atentados terroristas, combates, secuestros, o masacres por motivos ideológicos o políticos en el marco del conflicto armado que vive el país. En relación con los destinatarios de la reparación, el decreto retoma la salvedad que hizo la sentencia C-370 de 2006 en relación con la Ley 975, bajo el entendido que no se excluye a otros familiares, diferentes al cónyuge o compañero o compañera permanente y los del primer grado de consanguinidad o parentesco civil, que hayan sufrido un perjuicio en caso de muerte de la víctima directa, bajo la condición no haber recibido antes indemnización por los mismos hechos.

Además, el decreto reconoce que la obligación originaria de reparación corresponde a los victimarios o al bloque al que pertenecieron, en caso de no haber sido identificado el autor, y que el Estado acude a esta reparación de manera subsidiaria y solidaria, esto es, sin reconocimiento de su responsabilidad, por violaciones a los derechos humanos, aspecto que fue retomado nuevamente en la Ley de Víctimas. Cuando el Estado otorga la indemnización individual

por vía administrativa se subroga en los derechos económicos del destinatario y puede repetir en contra del victimario directo en caso de ser posible.

Esta reparación no incluye daños contra la propiedad, el patrimonio, las violaciones colectivas o atribuibles a agentes del Estado. Los hechos que dan derecho a la reparación por vía administrativa, son: homicidio, desaparición forzada, secuestro, lesiones personales y/o psicológicas que produzcan incapacidad permanente, lesiones personales y/o psicológicas que no causen incapacidad permanente, tortura, delitos contra la libertad e integridad sexual, reclutamiento ilegal de menores y desplazamiento forzado.

Se establece una tabla de indemnizaciones por grupo familiar, así: homicidio, desaparición forzada y secuestro, cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes; tortura, delitos contra la libertad sexual y reclutamiento ilegal de menores, 30 SMLM, en caso de lesiones personales, sean físicas o psicológicas, que ocasionen incapacidad permanente, hasta cuarenta (40) SMML, sino causan incapacidad se dispone un pago de hasta máximo 30 SMLM, lo que presupone una ponderación de acuerdo al tipo de incapacidad; sin embargo, no se desarrollan criterios claros para concretar este tipo de indemnizaciones. Lo mismo ocurre con el desplazamiento forzado, cuya indemnización va hasta 27 SMLM, pero se paga como subsidio de vivienda, lo que desnaturaliza su carácter reparador, pues en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la vivienda se tiene independientemente de la condición de desplazado.

En caso de muerte o desaparición de la víctima directa, son destinatarios de la reparación el cónyuge o compañero o compañera permanente y los hijos por mitades. En caso de faltar el cónyuge su cuota parte corresponde a los padres. Si faltan el cónyuge y los hijos, corresponde la indemnización a los padres de una parte y a los hermanos y demás personas que dependían económicamente por la otra.

Las personas que únicamente han sido víctimas del desplazamiento forzado no tienen necesidad de presentar la solicitud de indemnización, pues el solo hecho de estar registradas en el Registro Único de Población Desplazada (RUPD), les da derecho a acceder a este programa, el cual les otorga un subsidio para vivienda nueva o usada en cualquier lugar del territorio nacional, por núcleo familiar. En este sentido, el decreto no trae para esta población ningún tipo de disposición diferente a lo que ya existía, dado que la ley 387 de 1997, en concordancia con la Ley 3 de 1991 y el Decreto 951 de 2001, el cual ha sido modificado en varias oportunidades, conferían el derecho de vivienda para la población desplazada en el marco de las políticas de mediano y largo plazo que debe implementar el gobierno nacional, para lograr el restablecimiento económico de estas personas. Los subsidios se otorgan bajo los componentes de retorno, si este es posible, o de reubicación, y se aplican como subsidios, para pago de arrendamiento, para compra de vivienda nueva, usada, y mejoramiento o construcción en sitio propio, de acuerdo a la situación de cada familia. No obstante en lo anterior, ha habido una deficiente política

en esta materia y desde el año 2007, no ha habido convocatoria para subsidios de vivienda para población desplazada.

El decreto también, reglamenta medidas de restitución que propenden porque las víctimas regresen a la situación anterior a la comisión del delito que las afectó; medidas de rehabilitación que buscan asistencia para la recuperación de traumas físicos y psicológicos; el reconocimiento y homenaje a las víctimas, identificación de cadáveres y su posterior inhumación principalmente. También, busca consolidar las garantías de no repetición, encaminadas a prevenir en el futuro estas conductas violatorias a los derechos fundamentales.

En la práctica hemos observado que se ha presentado el absurdo de que Acción Social da conceptos previos negativos a la Comisión Nacional de Reparación entidad que en última instancia toma la decisión de otorgar la reparación administrativa, respecto de personas que están reconocidas como víctimas en el marco de la Ley de Justicia y Paz, incluso cuando ha habido confesión expresa de los hechos de parte de los postulados al proceso. Esto se debe a que no existía una norma que dispusiera una excepción a la reserva de las investigaciones ante la Fiscalía General de la Nación y a la falta de una verdadera coordinación entre dichas entidades.

Sistemas de asistencia social

Es necesario establecer las diferencias entre la reparación, como acto positivo del Estado para resarcir los daños producidos

por éste o por actores del conflicto armado, de la ayuda o asistencia humanitaria, que no constituye reparación y se basa principalmente en la solidaridad social; aunque, no debe perderse de vista que la reparación también puede tener el mismo sustento, pero mientras esta siempre debe ser integral, la asistencia humanitaria solo busca establecer paliativos temporales frente a determinadas situaciones de emergencia.

A manera de ejemplo, podemos observar que personas que han sido víctimas de atentados terroristas dirigidos contra instalaciones militares, pueden acudir a la acción judicial para que el Estado les indemnice respecto de absolutamente todas las tipologías de perjuicios que reconoce nuestra jurisprudencia y, a la vez, pueden acceder a los programas de asistencia médico, quirúrgica y hospitalaria, a los programas de rehabilitación y al auxilio económico que establece la Ley 418 de 1997.

La Ley 387 de 1997 con sus múltiples decretos reglamentarios y modificaciones respectivas,⁶ es la regulación matriz en materia de asistencia humanitaria y restablecimiento social para las víctimas de desplazamiento forzado. En nuestro concepto, bien podría considerarse esta reglamentación como una política

de reparación que después de definir y asumir la magnitud del problema, delimita la meta, las estrategias y determinar las entidades responsables y los procedimientos a seguir, pasa a buscar el restablecimiento de las personas, lo que se desarrolla en tres etapas: una inicial de ayuda humanitaria de emergencia, que es claramente un componente de asistencia social; una de estabilización socioeconómica y finalmente, la de retorno o restablecimiento definitivo.

La ley define como desplazado a toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su residencia o actividades productivas habituales, debido a que su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personal fueron vulneradas o se encuentran amenazadas por el conflicto armado interno, por disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público. Esta condición se mantiene hasta tanto se logre la estabilización socioeconómica definitiva, sea en un marco del retorno voluntario al sitio de donde fue objeto de desplazamiento o de la reubicación definitiva en otro lugar.

También se definen los principios que rigen la atención a la población desplazada, los cuales, en virtud del Artículo 93 de la Carta política, deben ser interpretados a la luz de Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas. Entre ellos están el

6 Esta ley ha sido modificada y adicionada, entre otras, por la leyes 962 de 2005 y 1448 de 2011 (Ley de Víctimas) y reglamentada y complementada por los Decretos 976 de 1997, 2562 de 2001, 951 de 2001, 1660 de 2007, etc. Esta normatividad asimila el desplazamiento forzado a una calamidad pública originada en desastres naturales. Por ello, una de las entidades responsables de la atención inicial de emergencia es el sistema Nacional de Atención y Prevención de Desastres.

derecho primigenio a no ser desplazado; a recibir ayuda internacional; a no ser discriminado por la condición social de desplazado o por motivos de raza, religión, opinión política, lugar de origen o incapacidad física; el derecho de reunificación familiar; de acceso a soluciones definitivas a su situación y el derecho al regreso al lugar de origen.

La etapa de atención humanitaria tiene como fin prestar una ayuda inicial, consistente en alojamiento transitorio, alimentación y elementos de aseo principalmente. Esta ayuda se concibió por un término inicial de tres meses, prorrogables por una sola vez, pero gracias a la sentencia C-278 de 2007 de la Corte Constitucional, se debe brindar mientras subsistan las necesidades de la persona y familia desplazadas y hasta tanto estén en condiciones de asumir su autosostenimiento.

La ley establece, además la especial obligación del gobierno de apoyar a la población desplazada que quiera retornar a sus lugares de origen y busca la implementación de medidas de mediano y largo plazo con el propósito de generar condiciones de autosostenibilidad económica, sea en el marco del retorno voluntario o de reasentamiento en otras zonas del país. El autosostenimiento se busca principalmente mediante la implementación de proyectos productivos a través del Sistema Nacional de Reforma Agraria, por medio de los incentivos a las microempresas y de planes de empleo a cargo de la entonces Red de Solidaridad Social.

La atención a esta población funciona como sistema, esto es, hay

responsabilidades de diferentes entidades nacionales y de las entidades territoriales, que asumen sus obligaciones directamente o a través de sus entidades descentralizadas, coordinadas en los comités que creó la ley para tal fin. La Oficina Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, hoy Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, funciona como ente coordinador, aunque obviamente maneja de manera directa algunos programas; existe además un observatorio del desplazamiento interno que evalúa el resultado de las políticas adoptadas y las tendencias del problema y un fondo que funciona como una cuenta especial, que tiene a su cargo las prestaciones económicas.

Lastimosamente, el Estado no ha sido eficiente en materia de atención a la población desplazada, por ello la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional mediante sentencia T-025 de 2004, en la cual a partir de un análisis riguroso y extenso del tema llegó a la conclusión de que esta población se encuentra en condiciones de vulnerabilidad extrema y manifiesta, debido a la falta de una política de Estado coordinada y a la falta de recursos suficientes para financiar esta política, lo que hace que se violen sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños.

Para subsanar dicha circunstancia se adoptaron una serie de órdenes y se ha hecho un seguimiento a su cumplimiento.

Dichas órdenes van desde adoptar interpretaciones de la ley que deben asumir las diferentes entidades del sistema, hasta órdenes tendientes a corregir actuaciones negligentes o discriminatorias y omisiones de las autoridades encargadas de atender a la población desplazada.

Adicionalmente, la Ley 104 de 1993, “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”, reguló la atención a víctimas de atentados terroristas (arts. 18 a 47); para ello determinó los beneficiarios, las instituciones responsables de la atención y los derechos en materia de salud, vivienda y educación. Esta normatividad creó una pensión mínima legal a favor de aquellas personas que con ocasión de actos terroristas sufrieren una pérdida definitiva de capacidad laboral del 66 % en adelante, siempre y cuando carecieren de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.

Posteriormente la Ley 241 de 1995 prorrogó los programas de asistencia humanitaria que traía la Ley 104 de 1993 y la modificó, entre otros aspectos, en lo relativo al porcentaje de pérdida de capacidad laboral, ajustándolo al 50 %, como se establece en el régimen general de seguridad social. Luego se expidió la Ley 418 de 1997, “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”, que derogó expresamente las normas a las que venimos haciendo alusión y reglamentó directamente los programas de asistencia humanitaria para víctimas de actos

terroristas. Esta ley ha sido prorrogada y modificada por varias normas, entre ellas, las leyes 548 de 1999 y 782 de 2002, las cuales mantuvieron la prerrogativa de la pensión mínima legal, para víctimas de actos terroristas, pero la Ley 1106 de diciembre 22 de 2006, no prorrogó esta norma, como tampoco lo hizo la Ley 1421 de diciembre 21 de 2010, por lo tanto hoy en día no existe esta prestación para víctimas de actos terroristas.

También la Ley 418 de 1997 establece, en relación con la población civil víctima de hechos violentos que se susciten en desarrollo del conflicto armado interno que “sufren perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno”, tienen derecho a un auxilio económico de 40 salarios mínimos legales mensuales, para los familiares de la víctima directa en caso de muerte y de 2 SMLM en caso de lesiones que no causen incapacidad permanente. La normatividad incluye como víctimas a los desplazados, en los términos de la Ley 387 de 1997, y a los menores de edad que tomen parte en las hostilidades.

Esta ayuda humanitaria se otorga siempre que se solicite dentro del año siguiente a la ocurrencia del hecho, salvo fuerza mayor o caso fortuito que impida presentar la solicitud, caso en el cual este término se empieza a contar partir de que cese la causa que impida hacerlo. La fuente para otorgarla es el principio de solidaridad social y el daño especial sufrido por las víctimas. Llama la

atención que la ley acuda al concepto de daño especial, traído de la jurisprudencia como una de las teorías de imputación de responsabilidad del Estado conforme al Artículo 90 de la Constitución Nacional, y se entiende como aquel daño anormal por su gravedad, excesivo en relación con los que tienen que soportar el común de los asociados y que por tal motivo rompe la igualdad de las cargas públicas. Con fundamento en esta tesis se ha indemnizado plenamente a víctimas por perjuicios causados por terceros ajenos a la administración o incluso por el ejercicio de actividades lícitas de esta.⁷

Ley de Víctimas o Ley 1448 de 2011

La Ley de Víctimas en Colombia fue tal vez uno de los puntos de mayor discrepancia entre el gobierno del anterior presidente de Colombia y el actual, principalmente por las profundas discusiones en materia de restitución de tierras, el reconocimiento a las víctimas del Estado, la preocupación por el impacto fiscal de la ley y la inclusión de un artículo que reconoce el conflicto interno armado en Colombia. Es en todo caso el marco mínimo de derechos de las víctimas en Colombia, que complementa y sirve de criterio de interpretación para otras normas que regulen la materia y es tal vez, la

⁷ Por ejemplo, mediante sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de mayo 25 de 2010, proceso 2006- 00033-01, con ponencia del Magistrado, Hernán Andrade Rincón, se condenó a la Nación Colombiana- Policía Nacional, al pago de perjuicios morales, materiales y fisiológicos a favor de una persona que sufrió la amputación de una pierna al ser lesionada por una mina antipersonal dejada al parecer por la guerrilla en una zona de combates con la fuerza pública en el Departamento del Cauca.

síntesis de toda la tendencia del sistema interamericano de derechos humanos.

La ley tiene como objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas en beneficio de las víctimas con el fin de hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, dentro del marco de la justicia transicional, con gradualidad y sostenibilidad financiera y tener en cuenta adicionalmente que de forma paralela se seguirán desarrollando las acciones pertinentes de la política social del Gobierno Nacional, para la población vulnerable. Es una ley que parte de la base de la participación efectiva de las víctimas en la elaboración de la política pública de reparación y de una responsabilidad nacional compartida por el Estado y la sociedad civil en su conjunto.

No deja de ser paradójico el hecho de que la ley haya sido concebida para una etapa de postconflicto, cuando en Colombia existe una guerrilla plenamente operante y se han conformado bandas criminales denominadas BACRIM que obedecen a las viejas estructuras de los grupos paramilitares desmovilizados en un marco general de un recrudecimiento de la violencia. En nuestro concepto debió haberse pensado en una ley de reparación de víctimas con vocación de permanencia mientras subsista el conflicto.

El problemático concepto de víctima

En general la ley tiene un primer ámbito de vigencia temporal de diez años, que va desde el 10 de junio de 2011, hasta el 10 de junio de 2021 (Artículo 208);

de otra parte, beneficia a las víctimas del conflicto que hayan sufrido menoscabo de sus derechos entre el período comprendido entre el primero de enero de 1985 hasta el término de vigencia de la ley (Artículo 3). No obstante, si se pretende restitución de tierras, el Artículo 75 establece una limitación adicional, esto es, que su despojo debe haberse producido con posterioridad al primero de enero de 1991. Como tercer aspecto, vemos que las personas que hayan sufrido menoscabo de sus derechos con anterioridad al primero de enero de 1985, tienen un derecho imprescriptible e inalienable a conocer la verdad de los hechos (Artículo 3 párrafo 4 en concordancia con el Artículo 23), a la reparación simbólica (Artículo 141) y a las garantías de no repetición (Artículo 149); pero se desconocen sus derechos a la indemnización administrativa (Artículo 132), a las medidas de restitución de tierras y vivienda (Artículos 73 y 123), de rehabilitación (Artículo 135) y de satisfacción (Artículo 139).

Verbigracia, una persona que a raíz del conflicto perdió sus tierras en 1984, no tendría derecho a acudir al proceso expedito que consagró la ley para obtener su restitución, como tampoco a las medidas de asistencia psicosocial; si fue despojado en 1990, tendría derecho al acompañamiento psicosocial, más no a la restitución de sus tierras; pero si fue despojado en 1992, tendría todos los derechos que establece la ley.

Esta reglamentación ha sido objeto de serios reparos y ya cursan varias demandas en contra de los artículos 3 y 75 de la ley,

en lo referente a los tiempos establecidos, bajo el argumento que los mismos establecen diferenciaciones arbitrarias entre las víctimas y por ello una clasificación que vulnera la cláusula de no discriminación que consagra la Carta Política.

El Artículo tercero de la ley define como víctimas a aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños o menoscabo a sus derechos (por hechos ocurridos a partir de enero primero de 1985) como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos, con ocasión del conflicto armado interno. El tema de la existencia del conflicto interno en Colombia ha suscitado fuertes debates entre sectores políticos que lo niegan a capa y espada y otros que simplemente lo aceptan como parte de la realidad del país; pero en verdad la ley no hace más que repetir lo que desde hace años consagró la Ley 418 de 1997, prorrogada en varias oportunidades y vigente hoy⁸. No obstante incluye, si había dudas, a las víctimas del Estado, dado que Colombia ha ratificado los tratados que rigen la materia y porque además la ley reconoce expresamente la posibilidad de acudir a acciones indemnizatorias en contra del Estado.

8 El Artículo 16 de la Ley 418 de 1997, modificado por la Ley 782 de 2002 estableció: "En desarrollo del principio de solidaridad social, y dado el daño especial sufrido por las víctimas, éstas recibirán asistencia humanitaria, entendiéndose por tal la ayuda indispensable para sufragar los requerimientos necesarios a fin de satisfacer los derechos constitucionales de quienes hayan sido menoscabados por actos que susciten en el marco del conflicto armado interno..."

Aunque el reconocimiento del conflicto interno no supone un reconocimiento de beligerancia ni mucho menos, el párrafo quinto del artículo tercero dispone que la definición de víctima que trae la ley, “en ningún caso podrá interpretarse o presumir reconocimiento alguno de carácter político sobre los grupos terroristas y/o armados ilegales, que hayan ocasionado el daño al que se refiere como hecho victimizante la presente ley, en el marco del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos...”

Consideramos que reconocer el conflicto armado interno y a renglón seguido negar el carácter político de este no deja de ser contradictorio, pues los actos de violencia común están expresamente excluidos de la reparación por la misma ley.

Esto hace que queden en el limbo las víctimas de las hoy denominadas BACRIM (bandas criminales al servicio del narcotráfico), herederas del paramilitarismo que operan como ejércitos que dominan zonas específicas y cometen actos de desaparición, asesinatos selectivos, desplazamientos y actos sustitución del Estado, como administrar justicia en casos particulares.

Las víctimas indirectas son el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiares en primer grado de consanguinidad o primero civil de la víctima directa, en caso de muerte o desaparición. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente. También, se consideran víctimas las personas

que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

La ley no hace relación con los hermanos como víctimas indirectas, los cuales fueron tenidos en cuenta en el Decreto 1290 de 2008. Para delimitar este concepto habrá que tener en cuenta los lineamientos jurisprudenciales, en especial la sentencia C-370 de 2006, que condicionó la constitucionalidad de los incisos 2 ° y 5 ° del Artículo 5 ° de la Ley 975 de 2005 “...en el entendido que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley.”

Los miembros de la fuerza pública solamente tendrán derecho en términos reales a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición; esto porque la norma establece que su reparación económica corresponderá a la que tengan derecho de acuerdo al régimen especial que les sea aplicable. Lastimosamente, en este aspecto confunde conceptos de reparación con conceptos de seguridad social, las cuales tienen fundamento y fuentes muy diferentes.

Finalmente, no se consideran víctimas a los miembros de los grupos armados al margen de la ley, ni sus familiares se considerarán víctimas indirectas, salvo que se trate de menores de edad, pero solo si estos hubieren sido desvinculados del grupo siendo menores de edad, o cuando los familiares de miembros de

grupos armados al margen de la ley sufran un perjuicio directo por alguno de los actores armados.

No encontramos un panorama muy claro en esta redacción y de hecho, entendida literalmente es abiertamente inconstitucional, pues si un insurgente es capturado y ejecutado extrajudicialmente por la Fuerza Pública, o incluso por miembros de otro grupo armado, en desmedro de las disposiciones que regulan el DIH y el DIDH, no entendemos como no sea una víctima directa y no sean víctimas indirectas sus familiares. Sostener lo contrario implicaría renunciar al deber de garante del Estado respecto a sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

Medidas de atención humanitaria, asistencia y atención

Estas medidas se conciben de manera diferente para el universo de víctimas con respecto de las víctimas de desplazamiento forzado, pues pareciera que para las primeras, todos los gastos en que incurra el Estado para brindarles este tipo de atención de emergencia se puede descontar de la reparación administrativa, pues no otro sentido podría dársele al párrafo primero del Artículo 60 que dice: “el costo en el que incurra el Estado en la prestación de la oferta dirigida a la población desplazada, en ningún caso será descontado del monto de la indemnización administrativa o judicial a que tiene derecho esta población.”

A contrario sensu, estos costos pueden ser descontados a quienes no ostenten la

calidad de desplazados. La redacción de la ley en este sentido es infortunada y carece de precisión conceptual al confundir estas medidas con las de reparación.

La ayuda humanitaria se orienta a atender los problemas inmediatos originados por el hecho victimizante, como la alimentación, aseo personal, atención médica y psicológica de emergencia, alojamiento transitorio, entre otras; las medidas de asistencia son el conjunto de recursos y programas de tipo jurídico, político y económico orientados a recuperar los derechos de las víctimas, tales como la asistencia médica y psicológica especializada, particularmente para quienes han sido afectados por delitos sexuales, quienes tendrán derecho al examen del VIH sida y servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos permitidos por la jurisprudencia Constitucional y/o la ley, la cobertura de gastos funerarios y de traslado a cargo de los municipios, el acceso gratuito a los establecimientos educativos oficiales en los niveles de preescolar, básica y media, así como el acceso a líneas especiales de crédito educativo, para financiar la educación superior. La atención consiste en la información y acompañamiento que se debe dar a las víctimas, para que puedan hacer efectivos sus derechos, especialmente lo concerniente a la orientación jurídica y psicosocial.⁹

La Ley de Víctimas complementa la Ley 387 de 1997, normatividad básica para la

9 La atención psicosocial ha sido una medida de reparación ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Ituango, La Rochela, Pueblo Bello, Mapiripán, Germán Escué y Jesús María Valle. Sin embargo, no obstante tras haber transcurrido más de seis años desde las primeras sentencias ha sido imposible su implementación efectiva.

población desplazada. Para ello concibe tres etapas de atención: la inmediata, que procede si se solicita dentro de los tres meses subsiguientes al hecho que origina el desplazamiento; la de emergencia, que procede cuando se ha inscrito a la persona afectada en el Registro Único de Víctimas (RUV); y la de Transición, para aquellas personas inscritas en el RUV, que no tienen la necesidad y la urgencia para recibir la ayuda de emergencia. Aquí se ubican programas de empleo, de proyectos productivos, etc.

Aunque la ley circunscribe la atención inmediata al albergue temporal y a la asistencia alimentaria, consideramos que les serían aplicables las prescripciones consagradas para las víctimas de la violencia en general, como marco mínimo de derechos, toda vez que son más amplios.

La responsabilidad para la atención inmediata para población víctima de la violencia, sea desplazada o no recaer en primera instancia en las entidades territoriales; la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación a Víctimas y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la atenderán subsidiariamente.

Se mantiene el deber que tienen las víctimas de rendir declaración ante el Ministerio Público con destino a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UAEARV), dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del hecho que dio origen al desplazamiento, para casos ocurridos a partir de la vigencia de la ley, esto es, junio 10 de 2011; o cuatro años para hechos ocurridos con posterioridad

al 1º de enero de 1985, siempre y cuando no se encuentre registrada en el Registro Único de Población Desplazada. Si la declaración se rinde después de estos períodos, se valorará de todas formas su inclusión conforme a las circunstancias específicas del caso. Sin embargo, en el evento en que se presenten atentados terroristas y desplazamientos masivos la Alcaldía y la Personería Municipales, deberán elaborar el censo de las personas afectadas, para ser remitido a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Esta información hará las veces de la declaración que deben hacer las víctimas ante el Ministerio Público para ser registradas como tales.

La condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, ocasionada por el desplazamiento cesará cuando la víctima, sea por sus propios medios o de los programas gubernamentales, alcance el goce efectivo de sus derechos. La ley, a diferencia de la normatividad anterior, dispone que se haga constar este hecho en el registro de víctimas.

No se establecen términos máximos para otorgar la ayuda inmediata, de emergencia y de transición; sin embargo, la primera se otorgará mientras se decide de manera definitiva la inclusión de la víctima en el registro oficial; las otras, mientras subsista la condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, de acuerdo a la gravedad de la situación, lo cual está consonancia con el criterio de la jurisprudencia constitucional; no obstante, subsiste la duda de la constitucionalidad de exigir la inclusión en el

registro para la segunda y tercera etapa de atención, dado que se ha reiterado que la condición de desplazado no depende de registro alguno, sino del hecho mismo del desplazamiento.

Restitución de tierras

Tal vez, el aspecto más problemático de la ley gira en torno a la medida de restitución de tierras, dado que tuvo fuerte oposición de sectores económicos y políticos del país, obviamente, porque toca con estructuras económicas consolidadas y porque puede constituirse en otra arista del conflicto. La ley consagra acciones para la restitución jurídica y material; la restitución por equivalencia y la compensación económica. La última solamente en caso de no ser posibles las dos primeras; por lo tanto, el despojado no podrá optar voluntariamente por la compensación.

Procede la restitución por equivalencia cuando el inmueble a restituir se encuentre en zona de alto riesgo de inundación, derrumbe, u otro desastre natural; cuando el inmueble haya sido restituido a otra víctima despojada del mismo bien; cuando la restitución jurídica y/o material del bien implique riesgo para la vida o la integridad personal del despojado o de su familia y cuando el bien haya sido destruido parcial o totalmente y sea imposible reconstruirlo en condiciones similares a las que tenía antes del despojo.

El despojo es la privación arbitraria de la propiedad, posesión u ocupación, mediante aprovechamiento de la situación de violencia, ya sea de hecho, mediante

negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia. Sabemos que ha sido una práctica frecuente en el conflicto colombiano la adquisición de tierras mediante compraventas forzadas, pero el hecho de que se incluyan las decisiones administrativas y judiciales se constituye en un cambio de paradigma frente a la intangibilidad de dichos actos.

Se entiende por abandono forzado de tierras, la situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona forzada a desplazarse, la cual se ve impedida para ejercer la administración y explotación de su predio.

El tiempo que dure el despojo o la imposibilidad de ejercer el derecho de posesión no se tendrá en cuenta para interrumpir la prescripción adquisitiva en el caso de los poseedores, o el tiempo de explotación económica necesaria en el caso de adjudicación de bienes baldíos.

La legitimación para demandar está en cabeza de los propietarios, poseedores o explotadores de baldíos, víctimas de despojo o abandono forzado en el término de vigencia de la ley, lo que presupone, que no habría acción judicial para quienes después de esa fecha sean despojados, lo que es un problema que nace del concepto mismo de solución de continuidad del conflicto y de que la ley parte del postconflicto en medio del conflicto.

Se extiende la legitimación al cónyuge o compañero(a) permanente con quien se convivía al momento en que ocurrió

el despojo o el abandono forzado y a los llamados a sucederlos en caso de haber fallecido los anteriores o estar desaparecidos. Cuando los sucesores sean menores de edad o personas incapaces, o estos vivieran con el despojado y dependieran económicamente de este al momento de la victimización, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRT) ejercerá la acción en su favor. Según se desprende del Artículo 81 de la ley, esta unidad también podrá actuar en nombre del titular directo de la acción en caso de que se le pida, de donde se deduce que en este caso es una facultad que opera a petición de parte; por el contrario, en la primera hipótesis es un imperativo que debe realizarse de manera oficiosa y la representación de los incapaces y los menores es otorgada a la UAEGRTD en virtud de la ley. En el caso de las personas que dependían económicamente del despojado, consideramos que debe operar a petición del interesado si tienen capacidad legal.

La acción es independiente del retorno del despojado y de la responsabilidad penal, administrativa, disciplinaria, o civil de las personas involucradas en la desposesión del inmueble, como de quienes realizaron las amenazas o los actos de violencia. Otra de las características es la informalidad; puesto que la demanda puede ser interpuesta de forma escrita u oral, con o sin apoderado, por intermedio o de la Unidad de Restitución de Tierras, de manera individual o colectiva cuando se de uniformidad con respecto a la vecindad de los bienes despojados o abandonados, el tiempo y la causa del

desplazamiento. De otra parte, las notificaciones se surtirán por el medio que el juez o magistrado consideren más eficaz.

El juez de conocimiento tiene grandes facultades oficiosas en materia probatoria y de dirección del proceso, debe buscar la verdad material a toda costa; por ello, la ley dispone que tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo sin necesidad de decretar o practicar las pruebas solicitadas, lo que en principio consideramos inconstitucional. En efecto, no se puede soslayar el derecho de contradicción, de defensa y el debido proceso de las personas contra quienes se instaura la acción de restitución, dado que los procesos deben estar sustentados no en convicciones personales sino en pruebas objetivamente recaudadas. Otra cosa es que el juez pueda negar el decreto de una prueba por considerarla inconducente o impertinente, o negar la práctica de una ya decretada si se dan criterios objetivos para hacerlo.

Se establece la inversión de la carga probatoria a favor de las víctimas del despojo. En nuestro ordenamiento se parte, por regla general, del principio que quien afirma un hecho lo debe probar, salvo que el hecho se base en negaciones indefinidas o hechos notorios. Sin embargo, en ocasiones se ha acudido a presunciones judiciales de culpa o la teoría de la carga dinámica de la prueba, para endilgar la obligación de probar a la parte que tiene conocimientos específicos sobre temas técnicos o científicos, independientemente de que se afirme o no un hecho. Parece que la ley no solo invierte la carga

de la prueba sino que releva a las víctimas de la obligación de probar; el Artículo 78 dispone que les bastará probar sumariamente la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución, salvo que estos también hayan sido reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio. Sin embargo, nos preguntamos qué puede entenderse como una prueba sumaria de la propiedad, cuando según la legislación civil, esta solamente puede demostrarse con la escritura pública otorgada ante notario, con la correspondiente nota de registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Consideramos pues, que esta norma no debe entenderse como derogatoria de aquellas que exigen una prueba solemne para determinados actos y hechos.

Como corolario la ley establece presunciones cuando un predio sea inscrito en el Registro de Tierras despojadas y abandonadas, verbigracia, se presume de derecho, esto es, sin que admita prueba en contra, que existe ausencia de consentimiento o causa ilícita en los actos jurídicos que afecten derechos reales, la posesión u ocupación respecto de inmuebles objeto de restitución, si fueron celebrados entre la víctima o por quienes tienen legitimación para instaurar la acción, con las personas que hayan sido condenadas por cualquier tipo de relación con grupos armados ilegales, o por narcotráfico o delitos conexos, hayan actuado por sí mismos o a través de terceros.

Existen otras presunciones que admiten prueba en contrario, respecto de la ausencia de consentimiento o causa lícita en ciertos actos jurídicos, por ejemplo, en aquellos que afecten inmuebles en cuya colindancia hayan ocurrido actos de violencia generalizados, fenómenos de desplazamiento forzado colectivo, o violaciones graves a los derechos humanos en la época en que ocurrieron las amenazas o hechos de violencia que se alega causaron el despojo o abandono; también, respecto de inmuebles vecinos de aquellos donde se hubieran producido alteraciones significativas de los usos de la tierra como la sustitución de agricultura de consumo y sostenimiento por monocultivos, ganadería extensiva o minería industrial, con posterioridad a la época en que ocurrieron las amenazas, los hechos de violencia o el despojo.

Llama la atención la causal que establece esta presunción en los casos en los que el valor formalmente estipulado en el contrato, o el valor efectivamente pagado, sean inferiores al 50 % del valor real trasladado al momento de la transacción. Evidentemente la norma tiene sentido cuando se trata del valor efectivamente pagado, no así en la primera hipótesis, pues ha sido costumbre, no solo en el campo, sino en todo el país, firmar contratos de compraventa con el valor del avalúo catastral, con el fin de evitar mayores gastos notariales y de registro, sin que ello implique ningún tipo de ilegalidad que tenga relación con el tema que regula la ley. La norma entendida literalmente establece una causal objetiva de restitución,

en la cual no importaría realmente si la persona que pretende la restitución recibió un justo precio por su predio.

Cuando no se logre desvirtuar las presunciones legales, se declarará la inexistencia de los actos jurídicos y todos los actos posteriores que se hayan celebrado sobre la totalidad o parte del bien estarán viciados de nulidad absoluta.

Estas disposiciones habrá que analizarlas conforme al derecho de defensa y al debido proceso, pues la norma endilga una consecuencia jurídica sancionatoria que puede afectar a terceros de buena fe, como ocurriría cuando una persona adquirió en segundo o tercer grado un predio que fue despojado. La víctima inicial puede pedir la restitución del predio frente al actual propietario, que bien puede ignorar totalmente las circunstancias específicas en las que se realizó la primera venta, incluso el solo hecho de no tener información sobre el acto jurídico va a imposibilitar su defensa, pues el consentimiento en un acto jurídico es totalmente personal y en principio solo pueden tener acceso a dicha información las partes que intervinieron en el negocio.

En relación con los actos administrativos se vislumbra el mismo panorama, pues no podrá negarse la restitución del bien con fundamento en que un acto administrativo posterior legalizó una situación jurídica contraria a los derechos de la víctima. Se presume legalmente que tales actos son nulos y esta produce el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad de todos

los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre el bien.

Esto es un cambio no solo normativo, sino del paradigma del principio de legalidad, consagrado no solo en la legislación nacional, sino en los artículos 6, 29, 121, 122 y 209 de la Carta Fundamental. Históricamente, se han concebido mecanismos como la vía gubernativa y la revocatoria directa, además de controles judiciales, no para enervar el principio de legalidad, sino para afianzarlo.

Subsiste la duda respecto de la facultad del legislador para asignar a estos jueces decisiones que tocan con la anulación de actos administrativos, cuando por expreso mandato constitucional, hay una clara división entre la justicia ordinaria y la contencioso administrativa, según los artículos 235 y 236 de la Carta Política.

En relación con las decisiones judiciales, si el solicitante prueba la propiedad, posesión u ocupación, y el posterior despojo de un bien inmueble, “no podrá negársele su restitución con fundamento en que una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada otorgó, transfirió, expropió, extinguió o declaró la propiedad a favor de un tercero, o que dicho bien fue objeto de diligencia de remate.”

El Artículo 29 de la Carta Política consagra el principio de cosa juzgada para todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas. Habrá que armonizar la tendencia que se proyecta desde hace más de una década, en la cual se va ampliando el abanico de los derechos de las víctimas, en busca del principio de

justicia material, con el principio constitucional de seguridad jurídica y ver si la Ley de Víctimas y Restitución lo regula de manera adecuada.

La ley aplicada en su tenor literal puede ser un instrumento para propiciar una nueva forma de despojo del cual serían víctimas los terceros de buena fe que hubiesen adquirido estos predios. Creemos que debió darse un alcance más restrictivo y delimitar la acción de restitución efectiva a aquellos bienes que están aún cabeza de los despojadores, de sus causahabientes, de sus testaferros o de personas naturales o jurídicas respecto de las cuales se pueda probar su relación con el victimario. En el caso de terceros de buena fe exenta de culpa, o incluso los de buena fe simple, se debió optar por la restitución por compensación o por equivalencia para el despojado.

Solamente, se admitirán como excepciones de fondo la buena fe exenta de culpa, del justo título del derecho y las demás referentes al valor del derecho, o la tacha de la calidad de despojado de la persona o grupo en cuyo favor se solicitó la restitución. Obviamente pueden surgir otro tipo de excepciones que el magistrado o juez no podrá desconocer, como la identidad jurídica y material del predio, cuando haya sido englobado o desenglobado de otro.

Esta regulación sin duda, dará origen a múltiples conflictos, pues podríamos pensar en un caso en que una persona adquirió de buena fe un predio que había sido despojado con anterioridad, lo afectó con garantía real para el pago de

una deuda y tiene además un problema de posesión de parte del predio. Al momento de salir vencido, probando su buena fe no tendría derecho a ninguna compensación, exenta de culpa, tendría derecho a la compensación y el magistrado de conocimiento deberá ordenar las acciones necesarias para garantizar el pago de la deuda y dar solución al proceso posesorio. Pero que pasará, por ejemplo, con los intereses del crédito que se generen en la morosidad del proceso de restitución, el cual, dada la situación de congestión de la justicia en Colombia, podría durar tanto tiempo que subsuma el valor de la compensación. Podría pensarse en bienes por años por fuera del comercio, etc.

Para acudir al procedimiento judicial de restitución es requisito de procedibilidad inscribir previamente el predio en el *Registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente* a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. Esta inscripción se comunicará a los que aparezcan con algún derecho en el predio, al poseedor u ocupante de este.

Recientemente, el Decreto 4829 de 2011 reglamentó el trámite previo ante esta entidad, otorgándole la facultad de representar de manera gratuita a las personas que quieran acudir al trámite de restitución. Por su parte, el superintendente de notariado y registro, Jorge Enrique Vélez, informó que a febrero de 2012 se han detectado 750 mil hectáreas de tierras despojadas y que aproximadamente 310 mil casos irán a conocimiento de los jueces agrarios.

La Comisión de Seguimiento a la Política Pública de Desplazamiento Forzado, verificó que para el año 2010 existían en Colombia aproximadamente 6.6 millones de hectáreas de tierras despojadas entre los años 1980 a julio de 2010, sin contar los territorios colectivos. De esta cifra, solo el 15.4 % de las tierras despojadas lo fueron entre 1980 y 1997, lo que da a entender que el grueso del problema se ubica en el ámbito de aplicación temporal de la Ley de Víctimas y Restitución. Otras cifras menos pesimistas tampoco son muy halagadoras, pues el mismo presidente Santos se ha referido a aproximadamente dos millones de hectáreas, mientras otras fuentes han calculado entre tres y cuatro millones de hectáreas despojadas.

Desde ahora se vislumbran largos y tediosos procesos de restitución, amén de los obstáculos que tendrán que salvarse para poner a tono en materia tecnológica todas las instituciones del Estado que se relacionan con este procedimiento, además de la necesidad de crear mecanismos eficientes de coordinación entre estos.

Este proceso de restitución es verdaderamente *sui generis* en nuestro ordenamiento jurídico, dado que otorga al juez facultades extraordinarias que no tiene en ningún otro procedimiento que se haya regulado antes en nuestro país.

La competencia para conocer estos procesos corresponde a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial Especializados en Restitución de Tierras, quienes decidirán en única instancia en aquellos casos en que se

reconozcan opositores dentro del proceso. Así mismo, conocerán de las consultas de las sentencias dictadas por los Jueces Civiles del Circuito Especializados, la cual procede cuando la sentencia sea adversa a quien pretende la restitución.

Los Jueces Civiles del Circuito Especializados en Restitución de Tierras, conocerán y decidirán en única instancia los procesos en los que no se reconozcan opositores y tramitarán los procesos hasta antes del fallo en caso contrario.

El auto que admita la solicitud deberá disponer la inscripción de la solicitud en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la sustracción provisional del comercio del predio cuya restitución se solicita, la suspensión de los procesos declarativos de derechos reales, de los procesos sucesorios, ejecutivos, divisorios y en general de todo tipo de procesos judiciales, notariales y administrativos que se hubieran iniciado en relación con el inmueble, cuya restitución se solicita, con excepción de los procesos de expropiación.

Dicho auto también dispondrá la notificación del inicio del proceso al representante legal del municipio donde esté ubicado el predio, y al Ministerio Público; la publicación de la admisión de la solicitud en un diario de amplia circulación nacional, para que quienes tengan derechos legítimos relacionados con el predio comparezcan para valer sus derechos. El traslado de la solicitud se surtirá a quienes figuren como titulares inscritos de derechos en el predio y a la Unidad Restitución de Tierras Despojadas, cuando la solicitud no haya sido

tramitada con su intervención. Con la publicación de la admisión de la solicitud, en un diario de amplia circulación nacional, se entenderá surtido el traslado de la solicitud a las personas indeterminadas que consideren que deben comparecer al proceso para hacer valer sus derechos legítimos y a quienes se consideren afectados por el proceso de restitución, después de lo cual, si los terceros indeterminados no se presentan, se les designará un representante judicial.

La ley dispone (Artículo 88) que las oposiciones deberán presentarse ante el juez dentro de los quince (15) días siguientes a la solicitud, cuando el término obviamente debe contarse a partir de las notificaciones efectivas o de las publicaciones. Consideramos que hay que garantizar el debido proceso de los opositores sino queremos incurrir en un sinnúmero de nulidades y procesos inocuos. Aunque la ley no lo establece, debe intentarse la notificación personal, tanto a quienes están determinadas como a las indeterminadas que puedan tener un derecho eventual en el predio. En este aspecto, pensamos que debió ahondarse en garantías y además de la publicación en un diario de amplia circulación nacional, se debió disponer la fijación de un aviso en el predio objeto de litigio.

El concepto de acumulación que regula la ley es absolutamente novedoso, pues se concentrarán en este trámite especial todos los actos judiciales, administrativos o de cualquier otra naturaleza que adelanten autoridades públicas o notariales en los cuales se hallen comprometidos derechos sobre el predio objeto

de la acción. También, se acumularán las demandas en las que varios sujetos reclamen inmuebles colindantes, o inmuebles que estén ubicados en la misma vecindad, así como las impugnaciones de los registros de predios en el Registro de Tierras Despojadas y abandonadas forzosamente. Estamos pues, ante la presencia de una nueva jurisdicción con facultades superlativas.

Desde el momento en que los funcionarios sean informados sobre el inicio de un proceso de restitución por el magistrado que conoce del asunto, perderán competencia sobre los trámites respectivos y procederán a remitírselos en el término que este señale.

Para evitar decisiones contradictorias las entidades públicas que tengan alguna función en relación con este trámite, deberán poner al tanto a los funcionarios judiciales, a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y a las Notarías, sobre requerimientos de los procesos de restitución, para lo cual se integrarán sus sistemas de información con el de la rama judicial.

El fallo se dictará dentro de los cuatro meses siguientes a la solicitud. El incumplimiento de este término constituirá falta gravísima. Desde ya vislumbramos que esta norma, como muchas que se han dictado en materia de descongestión de la rama judicial, quedará como adorno en el orden jurídico colombiano.

La sentencia se pronunciará sobre absolutamente todos los aspectos relativos a la propiedad, posesión u ocupación – en

caso de baldíos- del predio objeto de la demanda y decretará las compensaciones a que hubiera lugar, a favor de los opositores que prueben buena fe exenta de culpa; ordenará a la oficina de registro de instrumentos públicos que cancele todo antecedente registral posterior al despojo o abandono; incluirá las órdenes para que los inmuebles restituidos queden protegidos en los términos de la Ley 387 de 1997, si los sujetos a quienes se les restituya el bien están de acuerdo; se pronunciará sobre la declaración de pertenencia o adjudicación de baldíos; sobre la transferencia del bien despojado al Fondo de la Unidad Administrativa cuando sea imposible restituirlo al demandante y decidirá sobre la declaratoria de nulidad de las decisiones judiciales y de los actos administrativos que por efectos de la sentencia pierdan validez jurídica. Adicionalmente, se ordenará que la restitución y/o la compensación se efectúen a favor de los cónyuges, compañeros o compañeras permanentes, aunque uno de ellos no hubiera comparecido al proceso y así no estuvieren unidos por vínculo legal al momento de dictarse la sentencia. Creemos que debe entenderse que el vínculo debe establecerse no al momento del fallo, sino al momento del despojo o abandono.

Uno de los puntos más problemáticos de la ley es el relacionado con la existencia de proyectos agroindustriales productivos en inmuebles objeto de restitución, pues se otorgan facultados al magistrado que conozca del proceso para autorizar la celebración de contratos entre los beneficiarios de la restitución y el opositor que estuviera desarrollando el proyecto

productivo, siempre y cuando se reconozca el derecho de dominio al demandante y el opositor pruebe su buena fe exenta de culpa. De no ser así, se entregará el proyecto productivo a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas para lo explote a través de terceros y se destine la utilidad a programas de reparación colectiva para víctimas en las vecindades del predio, incluyendo al beneficiario de la restitución. Vislumbramos que dicha administración no será un foco más de corrupción y de desidia administrativa, como la que se ha visto en la administración de bienes incautados al narcotráfico por la Dirección Nacional de Estupefacientes. Algo parecido ha sucedido con los bienes entregados por los paramilitares postulados al proceso de Justicia y Paz, muchos de los cuales amenazan ruina.

Finalmente, queremos decir que este trámite requiere de ingentes esfuerzos fiscales y administrativos para que no sea el proceso de restitución un canto a la bandera y no se creen expectativas falsas a los beneficiarios, ni perjuicios adicionales a los terceros poseedores de buena fe, o terceros con derechos reales o procesos iniciados sobre los predios objeto de restitución.

Indemnización a las víctimas

La reparación económica para las víctimas puede obtenerse por tres vías: acudiendo el proceso judicial directamente en contra del victimario; en el proceso judicial de Justicia y Paz, por intermedio del Fondo de Reparación de Víctimas,

que responde subsidiariamente, si el victimario no cuenta con recursos para hacerlo, caso en el cual el pago se limitará al monto establecido para la indemnización individual por vía administrativa. La tercera opción es la indemnización administrativa, que ya tuvo sus antecedentes en el Decreto 1290 de 2008, ya comentado.

En materia de efectividad de las reparaciones económicas los organismos con funciones de policía judicial destinarán de su planta de personal a un grupo especializado de agentes, para desarrollar labores de identificación de bienes y activos que hayan ocultado los victimarios; también se investigará el apoyo financiero voluntario a los grupos ilegales, por personas naturales o jurídicas constituidas en el territorio nacional o en el extranjero, con filiales o subsidiarias en el territorio nacional, con el fin de vincularlas al incidente especial de reparación en caso de dictarse sentencia condenatoria en contra de los representantes legales de dichas personas jurídicas o en contra de los procesados, cuando sean personas naturales. En caso de declararse la responsabilidad penal, el Juez de conocimiento, previa solicitud del fiscal o del Ministerio Público, abrirá inmediatamente un incidente de reparación especial, sin necesidad de que se individualicen las víctimas. A título de reparación se ordenará, que la misma suma de dinero con la que el condenado contribuyó a la organización ilegal, o su equivalente en dinero si el apoyo fue en especie, o la suma que el funcionario judicial estime pertinente cuando no haya sido posible concretar el apoyo brindado, sea consignada a favor del Fondo de

Reparación a las Víctimas de la Violencia. En este caso la persona jurídica acudirá como tercero civilmente responsable. Esto sin perjuicio de las medidas de satisfacción que sean conducentes y de la responsabilidad subsidiaria del Estado.

Las víctimas de violaciones por agentes estatales pueden acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción de reparación directa, obviamente cuando la conducta de dichos funcionarios comprometa la responsabilidad estatal, pero se dispone que al momento de tasar el monto de la reparación, la autoridad judicial deberá valorar y tener en cuenta el monto de la reparación adoptada por el Estado, en aras de que sea contemplado el carácter transicional de la Ley de Víctimas.

Entendemos esta norma como una limitación a las facultades del juez contencioso administrativo, para ordenar la indemnización integral a las víctimas, y como un intento de limitar a una tarifa legal el monto de las indemnizaciones. Creemos que es abiertamente inconstitucional y parte de una concepción errada, pues cuando un juez profiere una condena al Estado, lo hace por haberse acreditado la imputación de la responsabilidad, conforme al Artículo 90 de la Constitución Nacional¹⁰; en cambio, cuando el Estado acude directamente a reparar un daño, lo hace sin aceptar en absoluto responsabilidad suya o de sus funcionarios; incluye no

10 Podría pensarse que tiene algún sentido dicha limitación en lo que toca con la responsabilidad derivada de la teoría del daño especial, como cuando se indemniza a una persona que resultó afectada por una mina antipersonal.

solo hechos propios, sino los de los grupos armados ilegales, en virtud de principios de solidaridad y en el marco de justicia transicional.

Adicionalmente, se prescribe que cuando la víctima reciba la indemnización administrativa deberá suscribir un contrato de transacción en el cual acepta que el pago realizado incluye todas las sumas que este debe reconocerle por concepto de su victimización, con el objeto de precaver futuros procesos judiciales o terminar litigios pendientes. Este punto debe leerse en concordancia con la norma que establece la subrogación que opera en favor del Estado y el deber de repetición en contra del victimario, cuando este acude a indemnizar de manera subsidiaria.

Para incentivar las transacciones se establece que si la víctima acepta la indemnización administrativa, el monto de esta indemnización será superior al valor que se le entregaría a la víctima por este mismo concepto, según la reglamentación que expedirá el gobierno nacional. Esta norma opera aún para quienes ya hubiesen recibido indemnización administrativa por parte del Estado, quienes contarán con un año, a partir de la expedición de la ley, para manifestar a la Agencia Presidencial para la Acción Social o a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación a las Víctimas, si desean aceptar que la indemnización administrativa fue entregada en el marco de un contrato de transacción, caso en el cual, se entrará a examinar el monto entregado a la víctima y se le comunicará el procedimiento

a seguir, para entregar la suma adicional a que haya lugar.

Si la víctima no acepta la indemnización administrativa en el marco de un contrato de transacción y el Estado resulta condenado judicialmente, se descontarán de dicha condena las sumas de dinero que la víctima haya recibido de cualquier entidad del Estado y que constituyan reparación. Así mismo, se descontará el valor de los predios que sean restituidos. Consideramos que es necesario aclarar que sería viable descontar este último valor si dentro de la demanda administrativa se pidió indemnización por la pérdida de predios, pero si no se incluyó este concepto en la acción judicial no habría relación alguna entre la condena y la suma que se pretende compensar. Por ejemplo, si una persona muere en un falso positivo y su familia por ese hecho se ve obligada a desplazarse, abandonando un predio de su propiedad, pero solo demanda los perjuicios morales y materiales por la muerte de su familiar, podría de manera independiente intentar la restitución del predio abandonado. Lo mismo ocurriría aún cuando solicitase indemnización por perjuicios morales a raíz del desplazamiento; pero si adicionalmente pretendió pago alguno por concepto del predio abandonado, procedería la compensación en los términos de la ley.

La ley trata de desincentivar las acciones contenciosas en contra del Estado atacando los honorarios de los abogados que se dedican a esta rama del litigio; en efecto, cuando las víctimas decidan interponer recursos de tutela o acudir a

la justicia contencioso administrativa, con el fin de obtener la indemnización por el daño sufrido, los abogados que las representen no podrán, recibir o acordar honorarios que superen dos salarios mínimos legales mensuales vigentes en el primer caso, o veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, en el caso de las acciones contencioso administrativas, incluyendo la suma que sea acordada como cuota litis.

Es un principio la prohibición de doble indemnización, por ello lo que se reciba por vía administrativa se descontará de la reparación que se defina por vía judicial, siempre y cuando sea por el mismo concepto. Entonces, el monto de los 40 salarios mínimos legales vigentes del año de ocurrencia del hecho, que hayan sido o sean otorgados en virtud de la Ley 418 de 1997, por la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional con motivo de hechos victimizantes que causan muerte o incapacidad permanente al afectado por la violencia, constituyen indemnización por vía administrativa, cuando antes eran una ayuda humanitaria. Así mismo, aunque la ley no lo dice, las indemnizaciones otorgadas en virtud del Decreto 1290 de 2008 y aquellas que el Estado hubiere otorgado en virtud de una decisión judicial.

El Artículo 185 de la ley trae una disposición problemática, al establecer que la entidad judicial o administrativa que reconozca la indemnización a favor de un menor de edad, ordenará, en todos los casos, la constitución de encargo fiduciario a favor de estos, asegurándose que ofrezca los mayores rendimientos

financieros en el mercado, durante los últimos seis meses. La suma de dinero les será entregada una vez que alcancen la mayoría de edad.

Esta previsión, tomada de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Masacres de Ituango, se ha convertido en un obstáculo que aplaza o dificulta el ejercicio de los derechos a la educación, alimentación, vivienda, recreación y en general a una vida digna de los menores, pues la tasa de interés en Colombia ha sido realmente baja en los últimos años y las cifras que se vienen pagando a estos por intermedio de sus representantes legales resultan casi irrisorias. Creemos que la ley debió haber creado un mecanismo de rendimiento mínimo a favor de estas personas, si verdaderamente quería protegerlas.

Finalmente, debemos recordar que la ley desconoce el derecho a la indemnización administrativa de las víctimas de hechos ocurridos antes del primero de enero de 1985; sin embargo, el Decreto Reglamentario 4800 de 2011, morigeró el tema al establecer en el inciso segundo del Artículo 155 que la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación de Víctimas, no incluirá a estas personas en el registro único de víctimas, pero podrá concederles la reparación individual por vía administrativa siempre y cuando cumplan con los requisitos del Decreto 1290 de 2008.

Medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición

La rehabilitación individual y colectiva, consiste en el “conjunto de estrategias,

planes, programas y acciones de carácter jurídico, médico, psicológico y social, dirigidos al restablecimiento de las condiciones físicas y psicosociales de las víctimas”. Busca que estas se desempeñen en su entorno familiar, cultural, laboral y social; debe prolongarse en el tiempo de acuerdo con las necesidades de las víctimas, tener en cuenta la perspectiva de género y las especificidades culturales, religiosas y étnicas. Para ello, se crea el Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a Víctimas a cargo del Ministerio de Protección Social, lo que se considera positivo desde el punto de vista de la consagración legal, pero que vemos distante en su realización efectiva, dados los nefastos antecedentes en la materia.

Desde principios de 2008, el Ministerio de Protección Social inició labores para dar cumplimiento a la medida de reparación psicosocial ordenada en siete casos litigados contra Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los cuales se agregó el de Jesús María Valle Jaramillo, fallado en noviembre 27 del mismo año.

Inicialmente, se debía realizar un diagnóstico previo de la situación de salud mental y física a los beneficiarios, lo que efectivamente se cumplió a principios de 2009; pero hoy, después de dos años y medio, no se ha iniciado el proceso de atención concreta, entre otras causas, porque no queda claro el concepto de atención con enfoque psicosocial, que el gobierno ha querido limitar a consultas médicas y psicológicas, desconociendo que el mismo toca con la reconstrucción de proyectos de vida personales,

familiares y sociales. Surgen serias y fundadas dudas frente al cumplimiento de esta medida de la Ley de Víctimas, puesto que implica una reestructuración total de la visión de la salud en Colombia, que requiere, por supuesto, una nueva normatividad que la desarrolle.

Las medidas de satisfacción serán aquellas acciones que propicien bienestar y contribuyan a mitigar el daño moral de las víctimas; se incluye aquí el reconocimiento público de la dignidad, buen nombre, honor y el carácter de las víctimas. Esto se implementará mediante la realización de homenajes públicos, monumentos y difusión pública del relato de las víctimas sobre el hecho que la victimizó. También, se tienen en cuenta aquí la colaboración para la identificación de cadáveres y la aceptación de responsabilidad hecha por los victimarios, entre otras.

Aunque la Ley de Justicia y Paz concebía estos aspectos como parte esencial de los derechos de las víctimas, asistimos como testigos a muchas audiencias de versión de los postulados, donde en vez de cumplir estos preceptos, se daban verdaderos partes de guerra, en los cuales, prácticamente todas las víctimas asesinadas o desaparecidas eran subversivos dados de baja. Cumplir esta normatividad implica un compromiso real por parte de la sociedad y de las personas vinculadas al conflicto, para reconocer los excesos y su verdadero rol dentro de este.

De otro lado, la reparación simbólica beneficia tanto a las víctimas como a la comunidad en general y tiende a preservar

la memoria histórica con el fin de que estos hechos no vuelvan a repetirse. Para ello se requiere la aceptación pública y la solicitud de perdón públicos; en este ítem se consagra el 9 de abril de cada año como el Día de la Memoria y Solidaridad con las Víctimas.

Se creará un Centro de Memoria Histórica, la cual tendrá como principales funciones las de acopio, preservación y custodia de los materiales que recoja, tanto de los casos colombianos como relativos a las experiencias de otros países, con el fin de fomentar actividades de investigación histórica y actividades formativas en relación con el conflicto interno, además del fomento de todo tipo de actividades que propendan por la restitución de los derechos de las víctimas.

El Decreto 4803 de diciembre de 2011, se encarga de reglamentar estas disposiciones de la ley; las cuales han sido objeto de serias críticas originadas en diversos sectores sociales e incluso por la Procuraduría General de la Nación, dado que la conformación de una memoria histórica en medio del conflicto, sin la presencia de uno de los actores armados, puede resultar contraproducente.

Finalmente, las garantías de no repetición, son principalmente, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley, tanto en sus estructuras militares como económicas. Principal relevancia tiene la aplicación de sanciones a los responsables de las violaciones a los derechos humanos, no solo en el marco de Justicia y Paz y de la política de desmovilización,

sino en el marco de la aplicación de las sanciones que regula el derecho penal común, para quienes persistan en sus actos de violencia; para ello se requiere el fortalecimiento de la justicia en Colombia y de políticas de prevención de violaciones de derechos humanos y al DIH; la creación de una pedagogía ciudadana para la reconciliación; el desminado humanitario; la inclusión de una cátedra de derechos de las víctimas para las Fuerzas Militares y la reintegración de niños que hayan participado en los grupos armados al margen de la ley, entre otras.

Este es tal vez el aspecto más utópico de la ley, dado que uno de los problemas estructurales en Colombia es el alto índice de impunidad, debido a la debilidad institucional. De otra parte, la Ley de Justicia y Paz es una muestra de la falta de preparación para afrontar este reto.

Conclusiones

La actividad punitiva del Estado es el nicho natural para obtener la restitución de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. En cada uno de los cinco ordenamientos procesales penales que rigen de manera paralela en nuestro país se han ido ampliando paulatinamente sus derechos, no obstante, subsisten ciertos aspectos que deben ser corregidos por los operadores judiciales, por ejemplo, el fenómeno de verdades a medias que facilita el sistema de preacuerdos que consagra nuevo el sistema acusatorio; el nuevo estatuto penal castrense mantiene la norma que establece el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública aún

por delitos comunes y la aceptación de imputaciones, parciales de la Corte Suprema de Justicia en el marco de la Ley de Justicia y Paz, entre otros.

No obstante, el alto índice de impunidad de nuestro país ha hecho que este sea el mecanismo menos eficaz y menos utilizado para buscar reparación, por ello se acude a formas de justicia privada, a mecanismos de reparación alternos con contenido económico, o a formas de asistencia y ayuda humanitaria a víctimas del conflicto, con prestaciones económicas y asistenciales.

La debilidad de la principal fuente de reparación, unida a la tradición jurídica del país ha contribuido a generar una cultura social de reparación mediada por lo económico, aunque los avances en la última década en el sistema interamericano de derechos humanos ha abierto las puertas a otra forma de pensamiento que ha sido acogido por las altas cortes y finalmente, ha sido adoptado como legislación permanente.

La Ley 1448 de 2011, regula una serie de garantías, para las víctimas que conforman un marco mínimo de derechos extensible a todos los estatutos de procedimiento penal y trata de retomar los estándares internacionales de reparación, para víctimas de violaciones a los derechos humanos en el marco del conflicto armado; esto es, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Sin embargo, es apenas el embrión que dará paso al desarrollo de una política de Estado acorde a estos derechos y en perspectiva, adolecerá de la ineficiencia

de las entidades del Estado al afrontar el cumplimiento de las ingentes obligaciones que consagra la ley.

Sectores de derecha y de izquierda la han criticado, los primeros argumentan que el impacto económico del proceso de restitución de tierras perjudicará gravemente al país y que se verán afectados muchos empresarios del campo, quienes pagarán los platos rotos sin haber tenido responsabilidad en el conflicto. Los segundos dicen que restringe de manera caprichosa el concepto de víctima, que no toca a grandes empresas que se aprovecharon de la situación de conflicto y que deja por fuera a víctimas de grupos herederos del paramilitarismo, que hoy son considerados delincuencia común.

De cualquier modo, Colombia se encuentra ante grandes desafíos para implementar la ley, primero, porque consideramos que se regularon muchos aspectos de manera inconveniente y otros, contrario los preceptos de la Constitución Nacional, específicamente en relación con el debido proceso y al derecho de defensa; segundo, por el reto fiscal que supone, dadas la ingentes sumas de dinero que habrá que pagar a millones de víctimas y al costo de la adecuación de instituciones como la defensoría pública, la implementación de una jurisdicción especial para la restitución de tierras, etc., tercero, frente a la obtención de la anhelada reconciliación nacional, que enfrenta un primer obstáculo al tratar de construir la memoria histórica sin que la guerrilla tenga intención de iniciar dicho camino y cuando el otro gran actor del conflicto ha mutado en bandas

criminales que conservan las viejas estructuras paramilitares; finalmente, porque implica la estructuración definitiva en la conciencia social de la reparación como un todo integral desligado de las reparaciones solamente económicas.

Bibliografía

Corte Constitucional Colombiana (2000). Sentencia C-878 de julio 12 de 2000 con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra. Consultada el 18 de junio de 2011 en <http://www.secretariasenado.gov.co>.

Corte Constitucional Colombiana (2001). Sentencia C-1149 de octubre 31 de 2001 con ponencia del Magistrado Jaime Araújo Rentería. Consultada el 18 de junio de 2011 en <http://www.secretariasenado.gov.co>.

Corte Constitucional Colombiana (2002). Sentencia C-228 de abril 3 de 2002 con ponencia de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynnet. Consultada el 15 de julio de 2011 en <http://www.secretariasenado.gov.co>.

Corte Constitucional Colombiana (2004). Sentencia T-025 de enero 22 de 2004 con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa. Consultado el 18 de junio de 2011 en <http://www.secretariasenado.gov.co>.

Corte Constitucional Colombiana (2006). Sentencia C-370 de mayo 18 de 2006 con ponencia de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés

Vargas. Consultado el 15 de julio de 2011 en <http://www.secretariasenado.gov.co>.

Corte Constitucional Colombiana (2007). Sentencia C-278 de abril 18 de 2007 con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla. Consultado el 18 de junio de 2011 en <http://www.secretariasenado.gov.co>.

Corte Constitucional Colombiana (2007). Sentencia C-516 de julio 11 de 2007 con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño. Consultado el 18 de junio de 2011 en <http://www.secretariasenado.gov.co>.

CIDH (2005). *Caso Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de septiembre 15 de 2005. Consultado el 15 de agosto de 2011 en <http://www.corteidh.or.cr>.

CIDH (2009). *Caso Wilson Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de junio 30 de 2009. Extraída el 15 de agosto de 2011 de la página <http://www.corteidh.or.cr>.

CIDH (2011). *Caso Masacres de Ituango vs. Colombia*. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de febrero 28 de 2011. Consultado el 15 de junio de 2011 en <http://www.corteidh.or.cr>.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública de Desplazamiento Forzado, Universidad Nacional de Colombia (2010). *III Encuesta Nacional de Verificación de los Derechos de la Población Desplazada*. Bogotá, Codhes, octubre de 2010. Consultado el 23 de enero de 2012 en <http://www.codhes.org>.

Recibido: 29/10/2011 • Aceptado: 28/08/2012