

DERECHOS DE LAS VICTIMAS EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ EN COLOMBIA

DIANA MORALES

MELISSA COCA DELGADILLO

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHOS HUMANOS Y DEFENSA ANTE SISTEMAS
INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN
BOGOTA D. C.
2011**

DERECHOS DE LAS VICTIMAS EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ EN COLOMBIA*

DIANA MORALES**

MELISSA COCA DELGADILLO***

Resumen

El presente estudio y luego casi de seis años de vigencia de la Ley de Justicia y Paz Ley 975 de 2005, donde la Justicia y la Paz son ingredientes necesarios en el desarrollo del ser humanos desde una perspectiva constitucional e internacional en la materia, donde el modelo de Justicia transicional desplegado por Colombia en aras de obtener una solución pacífica al conflicto armado y la obligatoriedad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad imponiendo al Estado adaptar las legislación interna a los estándares de derecho internacional humanitario. El proceso de justicia transicional ofrece herramientas conceptuales y normativas, bajo los estándares jurídicos internacionales que resultan aplicables en contextos de justicia transicional que, como Colombia, enfrentan la necesidad de negociar la paz con grupos que han perpetrado graves violaciones de los derechos humanos. Abordando las tensión existente entre la justicia transicional y la justicia

* El presente artículo, se inscribe dentro de proyecto de investigación sobre “Derechos de las víctimas en la Ley de Justicia y Paz en Colombia”, que se desarrolla al interior de la Especialización de Derechos Humanos y Defensa ante Sistemas Internacionales de Protección de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

** Abogada de la Universidad Externado de Colombia Estudiante Especialización de Derechos Humanos y Defensa ante Sistemas Internacionales de Protección de la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá D.C. dianamoralesr@gmail.com

*** Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada. Estudiante Especialización de Derechos Humanos y Defensa ante Sistemas Internacionales de Protección de la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá D.C. jomecodel@gmail.com

restaurativa. Teniendo en cuenta que la verdad, justicia y reparación aparecen como presupuestos necesarios para el éxito de todo proceso transicional, dentro del análisis teórico y jurídico de la situación que atraviesa Colombia en la actualidad.

Palabras Clave

Ley de Justicia y Paz, Derechos Humanos, Paz, Justicia Transicional, Procesos de reinserción, Lealtad, Verdad, Reparación, Colombia.

RIGHTS OF THE VICTIMS IN THE LAW OF JUSTICE AND PEACE IN COLOMBIA

Abstract

The present study and then almost of six years of force of the Law of Justice and Peace Law 975 of 2005, where the Justice and the Peace are necessary ingredients in the development of the human Being since a constitutional and international perspective in the matter, where the model of Justice transicional unfolded by Colombia for the sake of obtaining a solution pacifica to the armed conflict and the obligatory nature of the norms Humane and its integration in the block of constitutionality imposing on the State to adapt the internal legislation to the standards of humane international law. The process of justice transicional offers regulatory and conceptual tools, under the international legal standards that turn out to be applicable in contexts of justice transicional that, like Colombia, they face the need to negotiate the peace with groups that have perpetrated serious violations of the human rights. Undertaking the existing tension between the justice transicional and the justice restaurativa. Keeping in mind that the truth, justice and repair appear like necessary budgets for the success of every process transicional, inside the legal and theoretical analysis of the situation that crosses Colombia currently.

Key Words

Justice and Peace Law, Human Rights, Peace, Transitional Justice, Process of Peace, Loyalty, Truth, Repair, Colombia.

Introducción

Es importante el papel que desempeñan las víctimas del conflicto para la presente investigación en relación a sus derechos en la Ley 925 de 2005. Cuyo problema, es establecer si el proceso de justicia transicional propuesto en dicha Ley es propicio para la satisfacción de la colectividad Colombiana o al contrario limita la posibilidad que se repare integralmente dejando al país por fuera de los estándares jurídicos nacional e internacional.

Donde la discusión sobre verdad, Justicia y reparación compromete instituciones y políticas diversas, donde la justicia penal no le queda otro remedio sino aportar su parte dentro del gran esfuerzo estatal por asumir esta Problemática. En donde la hipótesis surge de la necesidad de la paz como elemento constitutivo de bienestar individual y colectivo y concedida de igualdad social. La metodología que se ha seguido para el desarrollo de la investigación de la cual surge el presente artículo y el consecuente esfuerzo por dar respuesta al problema de investigación planteado fue la analítica deductiva y el uso del método descriptivo y analítico, mediante al cual se pretende describir un fenómeno eminentemente social, acudiendo para ello a la consulta de fuentes bibliográficas, secundarias del conocimiento y jurídicas.

Por estas razones este estudio se limita al proceso de justicia y paz en Colombia, limitándose para ello a un análisis concreto de la Ley 975 de 2005, primero a través de sus antecedentes históricos segundo el derecho de las víctimas y finalmente su Desarrollo normativo a partir de la Ley de Justicia y Paz para las víctimas del conflicto.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

El escepticismo se ha transformado en confianza hasta el 2002, pues en los procesos de paz adelantados con grupos armados en Colombia nunca se tuvieron en consideración los derechos de las víctimas ni tampoco elementos de justicia. Los acuerdos de paz alcanzados en las décadas de los 80 y los 90 con grupos como el M-19, el Quintín Lame o el Ejército Popular de Liberación supusieron la concesión de amnistías e indultos para todos sus miembros.

Los procesos de paz de los años noventa trajeron consigo la firma de acuerdos de paz en los cuales un requisito fundamental era la concesión por parte del Gobierno de la amnistía y el indulto. Sin embargo, dado que en Colombia solo se permite la concesión de la amnistía y el indulto por delitos políticos algunos desmovilizados si fueron procesados penalmente. No obstante y a nivel general, la política de los años 90 en materia de justicia fue de perdón y olvido. En diciembre de 2002 las Autodefensas Unidas de Colombia, organismo que integraba a gran parte de los grupos paramilitares del país, oficialmente un alto al fuego. Las conversaciones entre el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez y los principales jefes de las Autodefensas se estaban llevando a cabo en la zona de concentración de Santafé de Ralito, en el departamento de Córdoba.

Donde la construcción del marco jurídico que soporta la justicia transicional en Colombia fue larga y no estuvo exenta de obstáculos. Su origen tuvo lugar durante las negociaciones de paz (2002) con los grupos ilegales de autodefensa que habían mostrado su voluntad de deponer las armas y reintegrarse a la vida civil. Sin embargo subsistía la pregunta de cómo actuar frente aquellas personas responsables de haber cometido crímenes atroces.

El contexto internacional y doméstico había sufrido una transformación significativa, en el sentido de no permitir que los crímenes más graves quedaran impunes. La creación de la Corte Penal Internacional y la creciente visibilidad y reconocimiento a las víctimas, hacían necesario crear nuevos mecanismos donde la paz pasara por

el descubrimiento de la verdad, el reconocimiento de responsabilidades por crímenes atroces y la reparación de las víctimas. En este contexto, por iniciativa del Gobierno se presentó el proyecto de Ley de Justicia y Paz, el cual fue debatido en el Congreso de la República por cerca de dos años. Durante este lapso, se introdujeron sustanciales modificaciones al proyecto inicial, teniendo en cuenta los puntos de vista de académicos y expertos, partidos y movimientos políticos, organizaciones no gubernamentales y organismos e instituciones nacionales e internacionales. La discusión de la Ley se desarrolló en un entorno ampliamente participativo, en el cual los más diversos sectores expresaron sus opiniones.

Bajo ese contexto internacional, nace también la Ley 975 de 2005, denominada “Ley Justicia y Paz” en Colombia. Teniendo como antecedentes que desde, el 13 de agosto de 1961, las autoridades soviéticas y de Alemania Oriental decidieron cerrar las calles y vías ferroviarias hacia el occidente de Berlín y ordenaron la colocación de las primeras alambradas. La construcción del muro comenzó unos días después, el 18 de agosto. Para entonces, muchos habían huido ya, y muchos otros siguieron intentándolo a pesar de la mole de hormigón. Alrededor de 270 personas pagaron con la vida hasta la caída del muro el 9 de noviembre de 1989¹.

A partir de la caída del muro se dieron una serie de cambios políticos y sociales que desencadenaron la unificación alemana el 3 de octubre de 1990 que dio fin a la guerra fría. Esta Alemania unificada empezó a juzgar a funcionarios y militares por las personas que intentaron escaparse durante la existencia del muro y que resultaron muertos. Desde 1991 hasta noviembre de 2004, cuando se dicta la última

¹ ANDREAS Forer, abogado penalista, consultor internacional y actualmente es coordinador del Proyecto Pro Fis de “Apoyo al proceso de paz en Colombia en el contexto de la Ley de Justicia y Paz – un ejemplo de justicia transicional”, por encargo del Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de Alemania, administrado por la agencia de Cooperación Técnica Alemana (GTZ). Pro Fis apoya desde febrero de 2008 a instituciones del Estado, en especial a los organismos judiciales para la aplicación de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005). Este texto contó con la colaboración de Alejandro Guerrero Torres, abogado, especialista en derecho constitucional, analista jurídico del Proyecto Pro Fis. El presente texto expresa exclusivamente la opinión del autor, y no compromete a ninguna institución.

sentencia en este tipo de procesos, hubo 240 procesos penales contra soldados de frontera, superiores militares y dirigentes políticos².

Sucesivamente empezaron a caer los regímenes de la cortina de hierro soviética, además a lo largo de los años 90, se crearon diferentes tribunales internacionales ad-hoc, como el de Yugoslavia y Ruanda, cuya creación sólo fue posible por la unanimidad en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que tomó la decisión de crearlas basado en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.³ Además se retomó la vieja idea de antes de la II Guerra Mundial de crear una Corte Penal Internacional permanente, lo que se llevó a cabo en 1998 con la aprobación del Estatuto de Roma, que entró en vigor luego de la ratificación de 60 Estados el 1° de julio 2002.⁴

2. Desarrollo normativo a partir de la Ley de Justicia y Paz para las víctimas del conflicto

En julio de 2005, el Congreso de la República aprobó la Ley 975 o Ley de Justicia y Paz, con el objeto de facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Con ella se buscó generar un marco legal para la regulación de lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a esos grupos, y que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir a la reconciliación nacional.

² ÉRASE una vez el muro de Berlín. En: La república, página principal, 21 de agosto de 2009. Perú. Disponible en: <http://www.larepublica.pe/internacionales/21/08/2009/erases-una-vez-el-muro-de-berlin>. Consultada el 7 de Julio de 2011.

³ WERLE, Gerhard. Völkerstrafrecht. 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007. Pág. 19.

⁴ WERLE, Gerhard. Op.cit . Pág. 27.

En general, la Ley 975 de 2005 que es la norma que establece el dicho proceso consagra un procedimiento especial aplicable a aquellas personas que han sido parte de grupos armados ilegales, tanto de autodefensas como de guerrilleros, ⁵ y que voluntariamente deciden entregarse, confesar sus delitos cometidos durante y en consecuencia de su participación en dichos grupos y entregar los bienes que tengan ilegalmente en su poder. Los beneficios de dicha ley se fundan en tres pilares: el primero de ellos es el establecimiento de una pena alternativa, ⁶ que

⁵ La ley 975 del 2005 establece en su "Artículo 1°. *Objeto de la presente ley.* La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otra modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002." Si bien la ley es el fruto de negociaciones con grupos paramilitares, la redacción de la misma así como las explicaciones que ha hecho el gobierno sobre ella indican que está abierta para ser aplicada a guerrilleros que decidan desmovilizarse. Sin embargo, se prevé que para el caso de ciertos grupos guerrilleros, los beneficios concedidos por esta ley resultan insuficientes por lo cual habrá que renegociar nuevos puntos.

⁶ **Artículo 3°. Alternatividad.** Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley.

Artículo 29. Pena alternativa. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal. En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos. Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a

oscila entre 5 y 8 años de prisión y que reemplaza a la pena principal, aplicable a aquellas personas que hayan cometido graves delitos contra los derechos humanos. El segundo elemento importante es que el procedimiento para dichos juicios es especial y se funda principalmente en la confesión de los beneficiarios. El tercer pilar es el respeto por los derechos de las víctimas,⁷ para lo cual se establecen medios de reparación colectivos e individuales, así como herramientas de participación en el proceso.

El análisis más importante, desde el punto de vista jurídico que se pueda hacer a esta ley en Colombia, lo ha realizado ya la Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad de la misma originado en una extensa y compleja demanda presentada por varios peticionarios, en la cual se hacía un examen detallado de la ley y se alegaba un gran número de cargos de inconstitucionalidad por vicios de

promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció. Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia. Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el periodo de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan. Parágrafo. En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa.

⁷ **Artículo 4°.** *Derecho a la verdad, la justicia, la reparación y el debido proceso.* El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados. Los capítulos VIII Derechos de las víctimas frente a la administración de Justicia, IX Derecho a la reparación de las Víctimas y X Conservación de Archivos, que van desde el Art. 37 hasta el Art. 58 de la ley 975 se refieren a la protección de las víctimas en el proceso.

forma y por inconstitucionalidad material, principalmente por violación al debido proceso y a los derechos de las víctimas.

La sentencia C-370/06 desarrolla el examen de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, a través del estudio de los múltiples cargos que fueron presentados en la más amplia de las demandas de inconstitucionalidad contra dicha norma.

La demanda, se estructura fundamentalmente sobre cuatro pilares: 1) Inconstitucionalidad formal por no haberse tramitado como una ley estatutaria. 2) Inconstitucionalidad formal de algunos artículos, por faltas graves en el procedimiento. 3) Inconstitucionalidad material de la ley por generar un perdón general al modo de indulto frente a graves violaciones de derechos humanos. Y 4) Inconstitucionalidad material de algunos artículos de la norma por desconocer parcialmente los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad, justicia y reparación por los hechos sucedidos.

El método usado por la Corte en el examen de esta ley, ha sido tradicionalmente utilizado por ella cuando se trata de determinar la afectación de un Derecho por el ejercicio o la protección de otro. Este método se fundamenta en las posturas beligerantes que conciben los derechos fundamentales como realidades jurídicas cuyo ejercicio tiende a chocar, por lo que en muchas circunstancias los conflictos se hacen inevitables.

Cuando se dan las situaciones de conflicto, *“existen dos soluciones posibles, la primera consiste en jerarquizar los derechos y admitir que algunos tienen más valor intrínseco que otros, por lo cual el conflicto se define prefiriendo un derecho sobre el otro”*⁸. El otro mecanismo de solución que se emplea dentro de la concepción conflictivista de los derechos fundamentales *“es la ponderación de derechos. Este*

⁸ Ver Castillo, Luis Fernando, *Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N°12, UNAM enero a junio 2005. Pp.

mecanismo, ha sido principalmente desarrollado en el ámbito anglosajón”,⁹ y actualmente cuenta con gran acogida en los sistemas de protección de los derechos humanos.

Robert Alexy, ha escrito, con relación a los exámenes de ponderación que:

El Tribunal constata que en tales casos existe "una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguarda de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental". Esta relación de tensión no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería "prioridad sin más". Más bien, el "conflicto" debería ser solucionado "a través de una ponderación de los intereses opuestos". En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto.¹⁰

Se entiende pues, que el sistema de ponderación actúa a través del principio de proporcionalidad puesto que no es posible definir bien una relación de ponderación sin tener clara la relación de proporcionalidad entre las medidas impugnadas y los derechos en juego. Así, Barnes afirma que "aun presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor del otro. La proporcionalidad se pondrá,

⁹ Por citar algunos, Aleinkoff, T. Alexander, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Yale L. J., 96, 1987, pp. 943-1005; Watkins, John, *The Mass Media and the Law*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1990; y Pildes, Richard, *Conceptions of Value in Legal Thought*, Michigan L. R., 90, 1992, pp. 1520-1532.

¹⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdéz, Madrid, CEC, 1993 (trad. de *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1996, p. 90).

una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte".¹¹

La Corte Constitucional Colombiana ha adoptado en su jurisprudencia el Test de proporcionalidad para la solución del conflicto entre dos derechos o valores constitucionales, en ejercicio del método de ponderación, según la siguiente fórmula:

Corresponde al juez constitucional no sólo estudiar la constitucionalidad de la finalidad perseguida por la medida examinada sino, además, examinar si la reducción del derecho es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. Para ello, debe el juez primero determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son "adecuados" para lograr el fin perseguido, segundo si son "necesarios", en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son "proporcionados stricto sensu", esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer.¹²

Así las cosas, la Corte empieza por analizar la constitucionalidad de la finalidad perseguida, para responder tajantemente que la Paz es un valor fundamental del Estado Colombiano y representa por lo tanto un objetivo legítimo.¹³ En

¹¹ Barnes, Javier, *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, 1998, Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, pp. 35-36.

¹² Sentencia C-309/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹³ Sentencia C-370/06, Párr. 4.1.8. En conclusión de todo lo anterior, cabe afirmar que la Paz constituye (i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental de Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento. (...)4.2.5. Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el

Consecuencia la Corte pasa a hacer el examen sobre la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas propuestas en la ley.

Explica la Corte en la sentencia:

“El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable; así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado conflictos armados internos. Se trata de una decisión política y práctica del Legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional. En ese sentido, la Ley 975 de 2005 es un desarrollo de la Constitución de 1991. Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado. El Legislador ya optó por fórmulas concretas de armonización entre tales valores y derechos, que como se dijo, restringen el ámbito de efectividad del valor y el derecho a la justicia en aras de lograr la paz, por medio de la concesión

Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.

de beneficios penales y procedimentales a los desmovilizados. Compete, pues, a la Corte determinar, a través del método de ponderación entre tales valores y derechos, si la armonización diseñada por el Congreso y plasmada en las normas acusadas respeta los contenidos mínimos protegidos por la Constitución.”

La Corte examina a lo largo de la sentencia si las medidas propuestas por la Ley 975 e impugnadas por la demanda son, individualmente consideradas, adecuadas para lograr el objetivo de la paz, y si se justifican las restricciones a los derechos de la sociedad y de las víctimas. Para ello se vale de una serie de herramientas de su propia jurisprudencia y de la valoración de los tratados internacionales firmados por Colombia en materia de Derechos Humanos y de derecho internacional humanitario. De dicho examen surgen unas “subreglas constitucionales”¹⁴ cuya importancia radica en que son el marco constitucional al que deberá sujetarse todo proceso de justicia transicional con que se busque lograr la paz en el país.

Hablar de subreglas jurisprudenciales es una práctica doctrinal que se ha puesto de moda en los últimos años en el país¹⁵, y que corresponde al testimonio académico de una evolución en el sistema jurídico colombiano, en que a los jueces constitucionales se les ha ido reconociendo un papel protagónico en la formación del derecho. La jurisprudencia ha pasado de ser una fuente auxiliar para convertirse, poco a poco, en una fuente formal principal de derecho colombiano.

La discusión sobre el valor jurídico de estas “subreglas” no es accidental, puesto que tiene como objeto un elemento estructural de nuestro sistema identificado generalmente como continental francés o legalista, a diferencia del sistema del

¹⁴ Se entiende por sub reglas las razones que motivan la decisión o ratio decidendi, en el sentido en que tienen carácter vinculante y constituyen reglas jurisprudenciales que pueden ser usadas como argumentación para un caso similar.

¹⁵ Ver entre otros: López Diego; *El Derecho de los Jueces*, 2000. Rodrigo Uprimny et alias, *Libertad de Expresión y Derechos Fundamentales*, 2006 entre otros.

Common Law o anglosajón.¹⁶ Sin embargo la realidad jurídica demuestra que el papel de la Corte Constitucional, por lo menos en materia de interpretación de los Derechos Fundamentales, no se limita a la sola revisión de los casos particulares, sino que constituye un ejercicio de unificación de la jurisprudencia en el sentido de determinar la interpretación autorizada de dichos derechos.¹⁷

Desde esa perspectiva, vale la pena enumerar las “subreglas” jurisprudenciales que la Corte establece en la sentencia de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, en el entendido de que dichas subreglas constituyen el marco jurídico en el que debe ajustarse todo proceso de justicia transicional que afecte los derechos a la verdad, justicia y reparación y que esté justificado en la búsqueda de la paz.

En estas circunstancias existe un marco normativo claro que además fue complementado, al parecer de forma innecesaria¹⁸, por un decreto reglamentario de

¹⁶ En el primero, la jurisprudencia no constituye precedente ni obliga a terceros, en la segunda en cambio, el derecho se forma a través de los precedentes jurisprudenciales que son estrictamente obligatorios.

¹⁷ Por una parte, el principio de universalidad implica que los derechos humanos deben interpretarse de la misma manera para todas las personas, y por otra, la Corte Constitucional a través de las tutelas contra sentencias y de las sentencias unificadas SU, ha ejercido en la práctica el control final para el respeto d sus interpretaciones. De hecho, actualmente cursan en el Congreso proyectos tendientes a evitar el llamado “choque de trenes” causado por la tutela contra sentencias, pero lo cierto es que ninguno de los proyectos tiende a eliminar el poder de control de la Corte Constitucional y en los debates, especialmente en las intervenciones de Jaime Arango y Eduardo Uprimny se defiende la necesidad de tener una interpretación univoca de los Derechos Fundamentales en el país.

¹⁸ La reglamentación de la ley 975 por el Decreto 3391 de 2006, no solo era innecesaria puesto que la Sentencia de la Corte Constitucional fue suficientemente expedita y minuciosa de forma que para el juez del caso, había suficiente claridad para poder ejecutar la ley, sino que además el Decreto comete, aparentemente algunas contradicciones con la sentencia constitucional. Así por ejemplo, al parecer, el decreto 3391 revive la computación del tiempo que los beneficiarios hayan pasado en zonas de concentración como parte de la ejecución de la pena, aspecto que fue declarado

la ley el 3391 del 2006 de tal manera que las reglas del procedimiento sean claras para todos.

En ese sentido, algunos importantes observadores internacionales han fijado su objetivo en el proceso que se sigue en Colombia, con miras a advertir las nefastas consecuencias que podría traer un manejo irresponsable del proceso fijado en la ley.

Se hace indispensable por ello, revisar cuál es la competencia de las jurisdicciones internacionales frente al proceso de justicia transicional y hasta que punto podrían influenciar en los resultados del mismo.

La creación de la Corte Penal Internacional a través del Estatuto de Roma de 1998, tuvo como principal objetivo el de garantizar que los graves crímenes contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario no quedaran impunes. El preámbulo del citado estatuto reza:

“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensifica la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,”¹⁹

En ese sentido la Corte Penal Internacional conserva una competencia residual para juzgar a aquellas personas que han cometido alguno de los cuatro tipos

inexequible en la sentencia de la Corte Constitucional y para hacerlo se vale de la creación de “Establecimientos de reclusión de Justicia y Paz” en los que se computa el tiempo de reclusión antes y después de impuesta la pena.

¹⁹ Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, preámbulo, Párrs. 4, 5 y 6.

penales que incumben su competencia, 20: Genocidio, Lesa Humanidad, crímenes de guerra y Crimen de agresión.

En cuanto a la *rationae temporis*, la Corte es competente únicamente para conocer de los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia del estatuto, es decir, el 1 de julio del 2002. Sin embargo, debe tenerse en cuenta frente a este tema dos reglas: la primera es que se debe distinguir entre hechos instantáneos, sucesivos y continuados, de forma que solo quedan excluidos de la competencia de la corte los hechos instantáneos y la parte de los sucesivos anteriores a la fecha de entrada en vigor, pero no sucede igual con los delitos de ejecución continuada como los secuestros o desapariciones de personas, en que la fecha de comisión perdura tanto como el delito. La segunda regla es la aplicación del art. 124 del Estatuto que prevé que un Estado podrá suspender hasta por 7 años la competencia de la Corte en materia de Crímenes de Guerra.

En cuanto a la persona y el lugar, la competencia de la Corte le permite juzgar a personas nacionales de Estados partes o que hayan cometido los delitos en los territorios de Estados partes incluidas las aeronaves y naves de su bandera.²¹

El instrumento de ratificación por el cual Colombia acepta la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, fue depositado ante la Secretaría General de las Naciones Unidas, según la información oficial de la ONU, el 5 de agosto de 2002, es decir, un mes después de que el Estatuto de la Corte había entrado en vigor. El depositado por Colombia fue el instrumento de ratificación número 77.

En sentencia C-578 de 2002. La Corte indicaba al Estado una serie de formulaciones que recomendaba hacer en su instrumento de ratificación.

²⁰ Ibid, Art. 5

²¹ Estatuto de la C.P.I. Art. 12 Párr. 2

Ningunas de las disposiciones del estatuto de Roma referente al ejercicio de la jurisdicción por la Corte Penal Internacional privan al Estado colombiano de la posibilidad de conceder amnistías, suspensiones temporales de un castigo o perdones judiciales para los crímenes políticos, a condición de que se concedan en conformidad con la constitución y con los principios y las normas del derecho internacional aceptados por Colombia.

Colombia declara que las disposiciones del Estatuto se deben aplicar e interpretar de una manera constante con las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario y, por lo tanto, que nada en el estatuto afecta los derechos y las obligaciones incorporadas a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en especial aquellas que se refieren al tema de amnistías, contenidas en el artículo 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra y en sus protocolos adicionales I y II. Asimismo, en caso que un nacional colombiano tenga que ser investigado y ser procesado por la Corte Penal Internacional, el Estatuto de Roma debe ser interpretado y aplicado, cuando sea apropiado, de acuerdo con los principios y las normas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Con respecto a los artículos 61(2)(b) y 67(1)(d), Colombia declara que será siempre un interés de la justicia el hecho de que a los nacionales colombianos se les garantice completamente su derecho a la defensa, especialmente el derecho de ser asistido durante las fases de la investigación y procesamiento por la Corte Penal Internacional.

Referente al artículo 17(3), Colombia declara que el uso de la palabra "de otra manera" con respecto a la determinación de la capacidad del Estado de investigar o de procesar un caso, hace referencia a la ausencia evidente de las condiciones objetivas necesarias para conducir el proceso.

Colombia declara así, que ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma alteran el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de su jurisdicción dentro del territorio de la República de Colombia.”

Sirviéndose de la opción proporcionada en el artículo 124 del Estatuto y conforme a las condiciones establecidas en él, el Gobierno de Colombia declara que no acepta la jurisdicción de la Corte con respecto a la categoría de los crímenes mencionados en el artículo 8 cuando el crimen alegado haya sido cometido por nacionales colombianos o en territorio colombiano.

De acuerdo con el artículo 87(1) (a) y el primer párrafo del artículo 87(2), el Gobierno de Colombia declara que las solicitudes de cooperación o ayuda serán transmitidas a través del canal diplomático y estarán dentro o serán acompañados por una traducción en la lengua española.

El Estado Colombiano tomó, por iniciativa de la Corte Constitucional Colombiana la decisión de ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional con una serie de declaraciones interpretativas, buscando hacerla coherente con el derecho interno, a pesar de que su ratificación implicaba la modificación del art. 93 de la Carta Constitucional, así como una nueva serie de relaciones entre los derechos consagrados en la Constitución, frente a las obligaciones surgidas del Estatuto de Roma.²²

Lo cierto es que los Estados, en la práctica recurren asiduamente al uso de “declaraciones interpretativas”, cuya finalidad, a diferencia de las reservas, no es excluir o limitar la aplicación de una disposición del tratado, sino únicamente, el de ayudar a precisar el sentido de la norma.

²² Sobre el tema es interesante el estudio realizado de Ramelli, Arteaga; La constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000

En el caso concreto, el Estatuto de Roma excluye la posibilidad de interponer reservas,²³ y admite como única modificación la posibilidad de suspender la competencia de la Corte por un periodo de 7 años y frente a los crímenes de guerra, de tal forma que toda declaración interpretativa hecha por un Estado frente al Estatuto carece de valor jurídico puesto que no puede producir ningún efecto frente a las obligaciones que implica el dicho tratado.

De hecho, con respecto a la primera declaración, cuya redacción a indicios de la intención del Estado colombiano de excluir la competencia de la Corte Penal Internacional frente a los casos de amnistía o indulto, la valoración de dicha interpretación es que no produce ningún efecto, puesto que, si fuese una declaración no podría producirlos y si fuese una reserva, ella estaría prohibida por el Estatuto.

De funcionar el proceso, tal como está consagrado en la ley y el decreto reglamentario y de lograrse una reinserción efectiva con cesación de criminalidad por parte de los beneficiarios de la ley, sumada a una reparación proporcional, la Corte Penal Internacional no tendría en principio competencia para juzgar a quienes hayan sido juzgados con base en la Ley 975 de 2005. Habría que revisar que la pena alternativa se haya cumplido a cabalidad en respeto de todas las condiciones legales y constitucionales propuestas y que esta haya sido proporcionada dentro de los límites fijados por dicha ley. De ser así, la Corte Penal no podría conocer de estos delitos.

En el caso contrario, es decir, si la ley es usada de forma arbitraria, y las sentencias dan lugar a pensar que están hechas únicamente para evadir la competencia de la Corte Penal, por lo desproporcionado de la pena o por no cumplirse con las condiciones legales impuestas para obtener los beneficios de la ley de justicia y paz, la Corte podría procesar a quienes hayan cometido, crímenes de Genocidio o

²³ Art. 120, Estatuto de la Corte Penal Internacional

de Lesa Humanidad, que hayan sido cometidos después del 2002, o eventualmente y a partir del 2009 también será competente para juzgar los crímenes de guerra cometidos a partir de julio del 2002.

Adicionalmente, de la posible competencia por parte de la Corte Penal Internacional se trata específicamente de tutelar los derechos de las víctimas de los delitos cubiertos por el proceso de justicia y paz. En el entendido en que el proceso puede llegar a vulnerar los derechos a la protección judicial y a la reparación efectiva consagrados en los Arts. 11 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respectivamente, la Corte Interamericana, sería competente para conocer las demandas que la Comisión presente en representación de las víctimas.

El primero es que la Corte Constitucional en la sentencia que revisó la constitucionalidad de la ley 975 de 2005 tuvo muy en cuenta la jurisprudencia de la Corte y las consideraciones de la Comisión sobre el tema. Adaptándose a los estándares internacionales en materia de derechos a la verdad, justicia y reparación. Segundo, la jurisdicción de la Corte Interamericana se ejerce sobre casos puntuales y víctimas individualizadas, de forma tal que el estudio de las violaciones se hace caso por caso, donde las demandas solo podrían surgir de situaciones que a posteriori sucedan con la aplicación de la ley y que generen un daño específico a una persona determinada, que a su vez, debe agotar todos los recursos jurídicos internos relativos a la protección de sus derechos.

Si bien la Ley fue considerada por la Corte Constitucional como exequible, algunos autores, como el profesor Kai Ambos,²⁴ sostienen que ello no excluye la posibilidad de que en un lapso de tiempo, nuevas circunstancias, surgidas de la aplicación de la ley, exijan un nuevo examen de constitucionalidad, por lo que denominan la “inconstitucionalidad sobreviniente” surgida principalmente de dos elementos:

²⁴ Kai Ambos, Conferencia: *El Proceso de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional*. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C. octubre 10 de 2006.

Un cambio de las circunstancias que sirvieron de fuente para la constitucionalidad de la ley: Puesto que la constitucionalidad se basa en una ponderación, que se sustenta en que el objetivo perseguido es un fin legítimo y consiste en la búsqueda de la paz, si el proceso diera cuenta de que realmente no se busca lograr la paz, sino por ejemplo, lograr el status político o la legitimación de ciertos grupos, las circunstancias habrían cambiado de tal manera que la Corte podría replantear su decisión.

La naturaleza condicional de la pena alternativa, implica que durante un tiempo correspondiente al tiempo de prueba, sea posible verificar si la ley se está aplicando según los parámetros que determina la constitución, o si, por el contrario, a pesar de la reincidencia de los beneficiados no se les han revocado los beneficios. En este último caso, los efectos de la ley serían contrarios a la Constitución y por ende podría revisarse nuevamente la exequibilidad de la misma.

Estas consideraciones son puramente doctrinarias, pero parecen viables frente a un proceso tan complejo como puede resultar el proceso de paz. En todo caso, es que si el proceso de paz es real, es decir, si las medidas son adecuadas para buscar la paz y si la finalidad es esa y no la de indultar a los beneficiados y legitimar sus acciones, la restricción de algunos derechos se justifica.

De la misma forma en que la constitucionalidad podría ligarse a ciertas condiciones, lo que sí es claro, es que la responsabilidad internacional, principalmente ante la Corte Penal Internacional, parece estar igualmente sujeta a la realidad de que el objetivo buscado con el procedimiento sea el de encontrar la paz, de forma que si el proceso resulta ser un medio de evadir responsabilidades y continuar o legitimar las acciones violatorias de los derechos humanos, nada excluye la posibilidad de juicios ante la justicia penal internacional.

De hecho, la jurisdicción internacional, tanto de la Corte Penal, como incluso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son en cierto modo flexibles frente a una situación en que, finalmente, la restricción de algunos derechos se revela como

una herramienta necesaria para lograr un fin legítimo y de importancia trascendental para el respeto futuro de los derechos humanos.

2.1 Factores de Riesgo de la Ley de Justicia y Paz

Uno de los mayores temores que han surgido frente al proceso de Justicia y Paz es el de que la Ley 975 de 2005 sirva únicamente para legitimar las actuaciones de ciertos jefes paramilitares y permitirles que luego de una breve estadía por lugares especiales de reclusión, puedan participar abiertamente en la política nacional, usando el poder y los recursos que les ha traído el ejercicio del paramilitarismo y el narcotráfico.

Es sobre este punto que se han pronunciado entre otros, Luis Moreno Ocampo, Fiscal de la Corte Penal Internacional ²⁵ así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien expresó²⁶:

La CIDH reconoce que en una situación tan compleja, dolorosa y prolongada como la colombiana requiere desactivar a los actores armados mediante mecanismos de negociación. Por ello, para asegurar la perdurabilidad de la paz, se debe garantizar

²⁵ En Marzo de 2005 en la primera intervención de la Corte Penal Internacional con relación a Colombia, el Fiscal de la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, envió una comunicación al gobierno del presidente Álvaro Uribe, en el que solicita información sobre las investigaciones que se adelantan frente a los crímenes de lesa humanidad y pidió al gobierno que le mantenga informado sobre los entonces proyectos de ley, para castigar a los autores de dichos delitos, es decir sobre la actual ley de justicia y paz. La CPI aclaró que Colombia no está blindada ante la competencia de la Corte, por haber suscrito una reserva de siete años para delitos de guerra, y precisó que a la luz del artículo 124 del Estatuto (que la creó) "no tiene jurisdicción sobre crímenes de guerra, pero sí sobre alegaciones de crímenes de lesa humanidad y genocidio".

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia, Doc. OEA/Ser.LN/ii.120, doc. 60, 13 de diciembre de 2004.

la no repetición de crímenes de derecho internacional, de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. Ello requiere el esclarecimiento y la reparación de las consecuencias de la violencia a través de mecanismos aptos para establecer la verdad de lo sucedido, administrar justicia y reparar en forma integral a las víctimas a la luz de sus obligaciones internacionales conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta de la OEA. La CIDH continuará ejerciendo su mandato de promover y proteger los derechos humanos en Colombia en el marco del proceso de desmovilización y la interpretación y aplicación de su marco jurídico, tanto a través de la elaboración de informes generales y especiales como del estudio y decisión de casos individuales.²⁷

De tal manera, un uso irresponsable de la ley, que necesariamente va a contrariar los tratados internacionales por la delgada línea en que se sostiene el proceso, implicará que el Estado sea responsable internacionalmente y tenga que pagar sumas desmesuradamente altas para reparar a quienes, siendo víctimas de los paramilitares, no fuesen debidamente reparados y por otra parte, los posibles juicios en la justicia penal internacional crearían una serie de demandas de extradición que podrían convertir al país en el infierno de bombas en el que fue sumido en los tiempos de las extradiciones contra narcotraficantes.

El desprestigio para el gobierno y las instituciones del Estado podría implicar efectos realmente nocivos al desarrollo del país en todos sus ámbitos. Las demandas al Estado, implicarían, además un desbalance en las finanzas del mismo, un descrédito internacional que lo pondría en la lista de los grandes violadores de derechos humanos. Con las implicaciones en materia política y de relaciones económicas que ello puede implicar.

²⁷ CIDH, Comunicado de prensa 26/05, Washington D.C. 26 de julio de 2005

Por otra parte, la persecución de delincuentes que han sido juzgados en Colombia por parte del Corte Penal Internacional, sería un símbolo vergonzante de corrupción de la justicia colombiana, que hasta hoy, ha sido reconocida por permanecer firme ante la adversidad de la guerra y el narcotráfico. Sería un golpe mortal a la credibilidad de nuestras instituciones y al orgullo nacional.

Lo anterior, con el fin de aliviar en parte los daños colectivos y la pérdida de la capacidad social como comunidad en materia de reproducción social, liderazgo comunitario, desarrollo económico e incremento de la pobreza y la pérdida de su infraestructura y bienes comunitarios.

Por ejemplo, la masacre de El Salado significó la disolución de tramas sociales y culturales en las que se desenvolvía el proyecto de vida de la comunidad. La desaparición del pueblo y de algunas de las veredas comprometió severamente la prosperidad económica y frustró la expectativa de constituirse en municipio. Así mismo, suprimió los espacios, los objetos y las personas que reproducían la cultura e identidad. Se fracturaron el proyecto colectivo y los diversos proyectos de vida al interior de él, produciéndose un sentimiento de humillación, una pérdida de estatus como sujeto colectivo y un golpe a la dignidad colectiva. Entre las pérdidas más afectadas están la música y la fiesta, las corralejas, las peleas de gallos, los bailes populares y los campeonatos de fútbol, se abandonaron las casas, los enseres valiosos fueron saqueados y los animales domésticos murieron donde las viviendas no solo reclaman su valor económico, sino como símbolo de seguridad y protección del individuo y la familia.²⁸

En el caso anterior, varios líderes de la comunidad fueron asesinados, entre ellos una profesora, una madre comunitaria, una promotora de salud y dos presidentes

²⁸ CNRR-Grupo de Memoria Histórica, La Masacre de El Salado, Bogotá, editorial Planeta, 2009, p.82.

de juntas de acción comunal. La pérdida del liderazgo comunitaria a casusa de la violencia sistemática, inhibe la participación en las organizaciones comunitarias, bloquea la reconstrucción de la vida pública y niega la autonomía comunitaria, impidiéndoles la libertad de acción necesaria para decidir su destino. Donde la humillación para dicho habitantes es la constante pues la eliminación de sus líderes reduce las posibilidades y las esperanzas de recuperar su pueblo perdido²⁹.

La profundización de la pobreza es una constante en los distintos casos, como consecuencia tanto de la pérdida de activos como de la ausencia de inversión pública durante los años de ocupación paramilitar y conflicto. En el caso de libertad (San Onofre, Sucre), por ejemplo, las cosechas fueron saqueadas, los electrodomésticos y animales robados, y la inversión pública en salud, educación, saneamiento ambiental e infraestructura vial se detuvo por varios años.

En el caso de a ocupación paramilitar de las comunidades de Buenos Aires y de El Tigre (Valle del Guamuez, Putumayo), los maestros fueron amenazados y obligados a abandonar las escuelas. Estas se convirtieron luego en sitios de recreación, entrenamiento y trinchera de tropas paramilitares. Los niños y niñas tuvieron que suspender las clases y quedarse encerradas en sus casas, afectándose así su desarrollo educativo. En otros casos, por temor a las distintas formas de violencia sexual, las jóvenes adolescentes no acudieron a la escuela³⁰.

El ejercicio del poder militar ilegal en Colombia, ya no se limita a la guerra, sino que la violencia se ha convertido en riqueza y poder político. La influencia de los grupos ilegales en sus territorios de dominio no se ejerce a través de las armas solamente, sino que ellas, directa o indirectamente a través de los dineros ilícitos, han conducido a los votos y con ellos al poder y al manejo de los recursos Estatales.

²⁹ CNRR-Grupo de Memoria Histórica, La Masacre de El Salado, ob. Cit.

³⁰ Ibid.

En ese círculo vicioso, la gente va quedando enredada en la telaraña de la violencia y el desarrollo humano se convierte en una utopía. La imposibilidad que conviva el desarrollo y la violencia es tal, que ni siquiera los violentos pueden desarrollarse porque se hacen esclavos de su propio poder.

De igual manera, otro factor de riesgo que se puede concluir es lo manifestado por la Defensoría del Pueblo *"los esfuerzos de las entidades del Estado que deben velar por la propiedad de la tierra de la población en situación de desplazamiento, siguen siendo mínimos e ineficaces. Tampoco hay un registro real de las tierras que las víctimas de este fenómeno se vieron obligadas a abandonar y, en tal virtud, es imposible adoptar medidas para su protección"*³¹. Por consiguiente, para que esas medidas de protección dejen de ser de imposible aplicación, deben enfrentarse las dificultades que han obstaculizado el eficaz funcionamiento del registro.

Otra línea de crítica, fue el mecanismo creado en virtud del artículo 4 del decreto 3391 establece el deber de la Superintendencia de Notariado y Registro de coordinar e implementar un sistema que permita la interrelación de notariado, catastro y registro. Tal sistema es restrictivo porque la información de notariado, catastro y registro no contempla en la mayoría de los casos a poseedores, tenedores y ocupantes que es la calidad que ostenta la mayoría de la población desplazada³².

³¹ Defensoría del Pueblo, documento presentado en la audiencia de la Corte Constitucional del 29 de junio de 2005.

³² La posesión es una figura jurídica que reconoce el "ánimo de señor y dueño" de una persona sobre un bien, a pesar de no ser dueña del mismo, siempre que ejerza su posesión pacífica y públicamente y no haya un requerimiento de propiedad por parte del verdadero dueño. La posesión de un bien por un tiempo permite al poseedor pedir judicialmente su reconocimiento como dueño (art. 762 del Código Civil colombiano). La tenencia de un bien es el derecho a gozar de ella, sin ser el propietario ni pretenderse propietario de ella (inciso 2º del art. 669 del Código Civil Colombiano). El ocupante es la persona que adquiere el dominio de un bien que no pertenece a alguien y cuya adquisición no está prohibida por la ley (art. 685 del Código Civil colombiano).

3. Derechos de las víctimas en los procesos de Justicia y paz

El artículo 5 de la Ley 975 de 2005 define quiénes son víctimas dentro del proceso penal especial que regula, estableciendo que tienen tal carácter:

- Las personas que, individual o colectivamente consideradas, hayan sufrido un daño directo como consecuencia de acciones ilegales ocasionadas por grupos armados organizados al margen de la ley;
- Los familiares más próximos de las víctimas directas, personas a cargo de la víctima directa y aquellas que hayan sufrido daño al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización, que demuestren haber sufrido un daño real, concreto y específico³³;
- Los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido daños directos como consecuencia de las acciones ilegales de integrantes de grupos armados al margen de la ley.

El carácter de víctima deberá acreditarse sumariamente dentro del proceso, según lo dispuesto en el párrafo del artículo 11 del Decreto 4760 de 2005. Ahora bien, las víctimas dentro del proceso establecido por la ley tienen varias posibilidades para su representación:

1. Abogados de confianza, entre los cuales pueden encontrarse organizaciones sociales. En efecto, según el artículo 36 de la ley, la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz deberá impulsar mecanismos para la participación de estas para la asistencia a víctimas.

³³ El segundo inciso del artículo 5 de la ley 975 de 2005 establecía que “también se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida”. La Corte Constitucional al examinar este artículo declaró su constitucionalidad condicionada bajo el entendido de que no se excluyen como víctimas a aquellos familiares que hayan sufrido un daño real, concreto y específico, ampliando de esta forma el concepto de víctima establecido en la ley 975.

2. La Defensoría del Pueblo tiene el deber de asistir a las víctimas en el ejercicio de sus derechos y en el marco de la ley, como lo establece el inciso 2 del artículo 34 de la ley 975³⁴.

3. El Ministerio Público, por su parte, deberá intervenir a través de las instituciones que lo conforman, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales (art. 28 de la ley y núm. 5 del art. 11 del decreto 4760 de 2005). Respecto a los edictos emplazatorios expedidos por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, el artículo 8 del decreto 3391 de 2006 estableció que en caso de no comparecencia de las víctimas, el Ministerio Público tendrá el deber de garantizar su representación en los procesos.

Así mismo, las víctimas tendrán la posibilidad de actuar a través de actores populares, según jurisprudencia de la Corte. En efecto, en la sentencia T-219 de 2003, la Corte sostuvo que:

“existen circunstancias en las cuales la comisión de un delito activa un interés de la sociedad en su conjunto, por establecer la verdad y lograr que se haga justicia, para lo cual estaría habilitado un actor popular como parte civil.

(...)

³⁴ El inciso 2 del artículo 34 original establecía que: “La Defensoría del Pueblo asistirá a las víctimas en el ejercicio de sus derechos y en el marco de la presente ley”. La Corte declaró inexecutable la expresión “presente” al considerar que “*las víctimas integran, sin duda, uno de los sectores más vulnerables de la población frente al cual la Defensoría del Pueblo, en el marco de sus competencias, puede desarrollar toda una gama de posibilidades de asesoría, asistencia y protección, en desarrollo de las facultades que le han sido atribuidas por las leyes que se ocupan de esta importante institución. La expresión “presente” del segmento normativo impugnado en efecto introduce una severa restricción a las posibilidades de asistencia a las víctimas por parte de la Defensoría del Pueblo, lo cual riñe con la concepción amplia de los derechos de las víctimas (...)*”.

“En este orden de ideas, debe admitirse que en presencia de hechos punibles que impliquen graves atentados contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y una grave puesta en peligro de la paz colectiva, valorados por el respectivo juez o fiscal, debe admitirse la participación de la sociedad –a través de un actor popular –, como parte civil en el proceso penal. La Corte Constitucional no duda en incluir dentro de tales graves conductas la comisión de delitos de lesa humanidad, pues la comisión de uno de tales delitos altera de manera significativa el orden mínimo de civilidad e implica el desconocimiento de principios fundantes del orden social imperante”.

De todo lo expuesto y analizado por la Corte, así como del conjunto de decisiones se pueden resumir algunas conclusiones que constituirían el marco jurídico para cualquier proceso de justicia transicional en Colombia. Ese es evidentemente el verdadero aporte de la sentencia y la justificación cuyo resultado para las víctimas es el siguiente:

- El Estado tiene el deber de buscar los medios para lograr la paz y en ese sentido, el legislador tiene un amplio margen discrecional para decidir cuales son los medios adecuados a tal fin. La paz es un valor constitucional y un derecho fundamental y como tal, es un fin legítimo cuya persecución admite restricciones a algunos derechos, siempre y en cuando, dichas restricciones sean proporcionadas y necesarias. En cualquier caso, el derecho al recurso efectivo y a la justicia de las víctimas no puede desaparecer. Por ello todo proceso de paz debe sujetarse al cumplimiento de los parámetros constitucionales e internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
- El indulto para delitos graves contra los derechos humanos está prohibido. Todo crimen debe ser castigado, y no pueden plantearse penas o sanciones que en realidad se conviertan en formas de indulto disfrazado. El

Estado puede calcular la gradación de la pena, que en todo caso debe respetar un cierto margen de proporcionalidad, pero en ningún caso, un crimen grave contra los derechos humanos o el derecho internacional humanitario puede quedar impune.

- La utilización de penas alternativas, es decir a penas que reemplazan condicionadamente a la pena principal, como herramientas para buscar la paz es un medio aceptable constitucionalmente siempre y cuando, para la adjudicación de esa pena se esté condicionado: 1) a la verdad completa, 2) a la reparación del daño y 3) al cumplimiento de las garantías de no repetición.
- El derecho a la verdad implica que: 1) Que el Estado establezca en el procedimiento especial, medidas destinadas a lograr eficazmente que las confesiones sean completas y veraces, condicionando la elegibilidad a eso elementos. 2) En caso de secuestros, es condición de elegibilidad de los grupos el que sean liberados todos los secuestrados. 3) Las víctimas tengan derecho a participar del proceso y acceder a todos los documentos. 3) Los familiares de las víctimas, sin ninguna limitación, tengan derecho a conocer la verdad de los hechos. 4) Los familiares de las víctimas tengan derecho a conocer el paradero de los restos de los desaparecidos. 5) La sociedad tenga acceso a los documentos y procesos, con la limitante de los derechos de las víctimas. 6) La sociedad tiene derecho a que se construya un relato histórico sobre lo sucedido, con la finalidad de crear memoria colectiva sobre los hechos.
- El derecho a la justicia, implica que: 1) No haya indultos disfrazados y todas los delitos tengan una pena. 2) Que las víctimas y sus familiares tengan acceso al proceso y puedan alegar los daños causados. 3) Que los procedimientos respeten el derecho a la defensa y tengan en cuenta términos razonables para la instrucción y juicio. 4) Que de aplicarse una pena alternativa está debe estar condicionada a la no reincidencia, a que la confesión haya sido completa y veraz y a que entregue todos los bienes

ilícitos y lícitos necesarios para la reparación. 5) Que la pena alternativa no admita ninguna clase de rebajas o descuentos.

- El derecho a la reparación implica que: 1) Todo daño debe ser reparado y toda víctima tiene derecho a una reparación integral. 2) La obligación de reparar continúa en cabeza del responsable de los hechos. 3) El Estado solo entra a reparar cuando los bienes del responsable son insuficiente para reparar. 4) Para ser beneficiario del procedimiento, el desmovilizado debe entregar todos los bienes ilícitos que tenga en su poder. 5) La reparación se hace, además con los bienes propios, sobre los cuales el juez podrá imponer las medidas cautelares que vea necesarias. 6) Si el beneficiado no entrega todos los bienes ilícitos en su poder, o esconde sus bienes propios para tratar de esquivar la reparación, pierde inmediatamente los beneficios del procedimiento especial. 6) El Estado tiene derecho a organizar un fondo para las reparaciones, pero una vez decidido judicialmente el monto de la reparación, el Estado no puede desconocer esos derechos, ni siquiera fundándose en consideraciones de tipo presupuestal.
- Las garantías de no repetición, que son finalmente las que hacen palpable la adecuación de las medidas de justicia transicional a la búsqueda de la paz y que en ese sentido justifican la existencia del procedimiento especial, implican que: 1) El Estado se compromete a vigilar a quienes hayan sido beneficiados por la pena alternativa, para que dentro de un periodo de prueba, no menor a la mitad de la pena alternativa, en caso de reincidencia en la delincuencia, el responsable pierda todos los beneficios del procedimiento. 2) La reincidencia implica cualquier tipo de delitos y no únicamente los delitos por los cuales fue condenado. 3) La reconstrucción general de los sucesos para la generación de una memoria histórica de la sociedad, es una forma de garantizar la no repetición de los hechos.

Algunos de los elementos más importantes que garantizan la paz como son la justicia y la verdad. La primera garantiza que las personas y las colectividades puedan continuar hacia un camino de paz, por el contrario, la injusticia y la impunidad se entienden como la imposición de un poder dominante contra el que la colectividad o parte de ella espera poder combatir.

El perdón puede ser un elemento de la justicia, pero solo es válido cuando lo dan las víctimas y no el Estado a nombre de ellas. La víctima que no es reparada y a nombre de la cual responde el Estado dando el perdón, es una víctima de doble violación y es el sujeto de una injusticia. Quien da el perdón no es el Estado, sino las víctimas.

Las víctimas de los delitos cometidos por los paramilitares exigen justicia, pero su concepto de justicia no está en un castigo largo a los delincuentes, sino a una reparación efectiva y a la garantía de poder volver a sus hogares en paz y con un futuro posible.

Las formas en que la Ley 975 de 2005 y el Decreto 3391 de 2006 han establecido los medios de reparación hacen pensar a futuro, que son suficientes para una reparación efectiva, en tanto, exigen devolver a los secuestrados y revelar los sitios en que se encuentran los restos de los desaparecidos; exigen confesar los crímenes; exigen devolver los bienes ilícitos y además, se tienen como garantía los bienes lícitos para la reparación de los daños causados.

El compromiso del Estado en este proceso debe ir más allá de garantizar que las personas beneficiadas con esta ley reparen a las víctimas y cumplan sus condenas, se debe garantizar que la paz va a perdurar, que el proceso no va a servir para legitimar el poder ilegal de los paramilitares y sobre todo, que las víctimas podrán regresar a sus hogares y podrán ver sus derechos efectivamente protegidos.

La dimensión psíquica y psicosocial debe ser considerada de manera especial en cualquier proceso judicial en el que tomen parte víctimas de violencia violaciones a los derechos humanos y a los que se desprenden del mismo proceso judicial. Por lo tanto, se debe garantizar que los distintos agentes del Estado que participan en los procesos judiciales: a) sean sensibles a la situación de vulnerabilidad de las víctimas; b) cuenten con conocimientos y recursos básicos para brindar asistencia especializada; y c) puedan identificar los daños psíquicos y psicosociales generados por la violación y establecer medidas de reparación idóneas.

A. De estas disposiciones se desprende el deber del Estado de asegurar que los funcionarios encargados de aplicar la ley 975 de 2005 cuenten con las capacidades pertinentes para:

- Comprender la problemática psicosocial de las víctimas que concurrirán a los procesos; adecuar los procedimientos a las necesidades, posibilidades y características socioculturales de las víctimas;
- Crear un clima adecuado durante las audiencias;
- Ajustar el contenido de los interrogatorios a las particularidades de cada caso;
- Identificar si las víctimas requieren protección especial o asistencia profesional; y
- Dar respuesta apropiada y oportuna a otras necesidades que, por su condición de vulnerabilidad, las víctimas puedan requerir (respetando, en todo caso, el principio de voluntariedad).

B. La asistencia psicosocial puede abarcar prácticas profesionales, tales como:

- Escuchar atentamente a las víctimas respecto de sus temores y preguntas con relación al procedimiento judicial;
- Brindar orientación e información oportuna sobre las características y retos de cada etapa del proceso;

- Apoyar anticipadamente la preparación de su intervención en diligencias, audiencias y en el incidente de reparación integral;
- Contribuir en la evaluación de situaciones de riesgo o amenaza para que se adopten medidas al respecto; y
- Brindar primeros auxilios psicológicos o atención en crisis cuando sea necesario.

C. Otros daños psicosociales que es preciso considerar pueden hacer referencia a:

- Duelos individuales y colectivos no resueltos,
- La estigmatización y desprestigio de las víctimas,
- La transformación en la naturaleza de los lazos afectivos de las familias y las comunidades,
- El cambio forzado de roles dentro de las familias,
- La ruptura de lazos y redes sociales,
- La afectación de procesos organizativos y
- La interrupción de prácticas culturales.

Sin deterioro de lo anterior, las víctimas también tienen derecho a recurrir a peritos independientes que puedan valorar las consecuencias psíquicas y psicosociales de las violaciones, más allá de las secuelas predecibles o perceptibles. Los resultados de estos peritajes podrán ser presentados durante el incidente de reparación integral establecido por el artículo 23 de la misma ley. Adicionalmente, en ese momento, podrán ser presentadas las expectativas de reparación de las víctimas y las sugerencias de los peritos al respecto.

En conclusión, la ley asigna a los magistrados de la Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial la responsabilidad de valorar e incluir en la sentencia medidas apropiadas, de distinto orden, orientadas a la reparación psicológica y psicosocial de las víctimas. Por tanto, estos magistrados deben estar al corriente de los criterios y parámetros de derechos humanos empleados para realizar la valoración y la expedición de medidas de reparación en esta materia.

CONCLUSIONES

La Ley de justicia y paz es una herramienta para lograr un fin legítimo, en la protección y garantía de los derechos humanos de los colombianos (as) depende sin lugar a dudas de se pueda controlar la violencia y que pueda cesar la guerra, pero el precio de la paz no puede estar por encima de los valores de un país democrático, justo y respetuoso de los derechos humanos. También se necesita de justicia, de reparación, de verdad, de garantías de no repetición y de un compromiso y una acción efectiva por parte del Estado en la readecuación de las comunidades afectadas y en el impulso de proyectos de vida para las personas que fueron víctimas de la violencia.

La reparación de las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos en Colombia es una tarea pendiente pues la cesación de la violencia armada, es indispensable para la consecución de la Paz, representando un impulso para el desarrollo de la vida de las víctimas individuales y de las comunidades enteras, sino para la vigencia y calidad de la democracia y las relaciones entre los ciudadanos y el Estado.

En Colombia vivimos en una constante entre el país violento, generalmente rural que convive con la guerra y que sobrevive entre el atraso y la pobreza, y las ciudades en desarrollo que se mueven a pasos agigantados y que solo perciben los efectos de la violencia a través de los centenares de familias desplazadas que llegan cada día huyendo de esa violencia. Pues para muchos colombianos, las perspectivas sociales radican en la buena prestación de los servicios públicos o el buen manejo de arcas del Estado para otros colombianos, la preocupación diaria es conservar su vida, la familia y las pocas pertenencias.

El derecho a la verdad está bien desarrollado en el marco legal del proceso, y evidentemente representa un elemento fundamental para los colombianos (as), pero la verdad es realmente importante si sirve para conocer las fuentes de la violencia y deja una enseñanza para evitar en el futuro que vuelva a suceder.

Por último, el gobierno colombiano debe afrontar tres grandes desafíos: por un lado, llevar adelante las negociaciones con las AUC, lo que implica grandes decisiones en la esfera de lo político, pero que deberá respetar lo jurídico y el orden democrático. Por otro lado, debe asumir la aplicación concreta de la Ley de justicia y paz y el proceso de desmovilización con todos los efectos que esto implica en el campo de lo jurídico y aplicación de penas, la reparación a las víctimas, así como garantizar una verdadera desmovilización y reinserción. La última tarea implica la creación de programas y políticas públicas concretas, destinadas a evitar que los desmovilizados retomen las armas, fenómeno que se viene percibiendo en muchos lugares del país.

BIBLIOGRAFIA

ALEINKOFF, T. Alexander, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Yale L. J., 96, 1987.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón

ANDREAS Forer, abogado penalista, consultor internacional y actualmente es coordinador del Proyecto Pro Fis de “Apoyo al proceso de paz en Colombia en el contexto de la Ley de Justicia y Paz – un ejemplo de justicia transicional”, por encargo del Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de Alemania, administrado por la agencia de Cooperación Técnica Alemana (GTZ).

BARNES, Javier, *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, 1998, Cuadernos de Derecho Público, núm. 5.

CASTILLO, Luis Fernando, *Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N°12, UNAM enero a junio 2005.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, San José de Costa Rica, 1969

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-309/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-370/06 Sala Plena

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 443 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz;

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 293 de 1995, MP, Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-527/05, M.P. Jaime Córdoba Treviño

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 412 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 275 de 1994, MP, Alejandro Martínez Caballero.

CNRR-Grupo de Memoria Histórica, *La Masacre de El Salado*, Bogotá, editorial Planeta, 2009.

DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio (Talking Rights Seriously), Traducción Marta Guastavino, Barcelona, Ariel derecho, 1º Edición 1.984

ÉRASE UNA VEZ EL MURO DE BERLÍN. En: La república, página principal, 21 de agosto de 2009. Perú. Disponible en: <http://www.larepublica.pe/internacionales/21/08/2009/erese-una-vez-el-muro-de-berlin>

ESTATUTO DE ROMA, de 1998 sobre la Corte Penal Internacional

FAJARDO, Luis; *Desarrollo Humano Sustentable: Concepto y Naturaleza* En Revista CIVILIZAR N°10, Universidad Sergio Arboleda, Junio de 2006

FAJARDO, Luis; Moreno, Luis Javier; *La Corte Penal Internacional y sus Implicaciones Constitucionales*, en *Principios y Valores Constitucionales*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2006

KAI Ambos, Conferencia: *El Proceso de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional*. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C. octubre 10 de 2006.

Ley 975 de 2005

LÓPEZ, Diego; *El Derecho de los Jueces*, Temis, Bogotá 2000.

REVISTA ELECTRÓNICA DE DIFUSIÓN CIENTÍFICA – Universidad Sergio Arboleda Bogotá – Colombia <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar>
Reservados todos los derechos de autor No. 11

PILDES, Richard, *Conceptions of Value in Legal Thought*, Michigan L. R., 90, 1992.

Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y social de las Naciones Unidas, mediante resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General. Mediante resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citados en la sentencia C- 293 de 1995.

RAMELLI, Alejandro; La constitución colombiana y el Derecho Internacional Humanitario. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2000

ROSALES, Mario El Rol de la Municipalidad en el Desarrollo Humano Sustentable, disponible en: <http://www.infomipyme.com/Docs/GT/sidel/ponencias/municipalidad.htm>

UPRIMNY, Rodrigo et alias, *Libertad de Expresión y Derechos Fundamentales*, De Justicia, Legis Bogotá 2006

VALDÉZ, Madrid, CEC, 1993 (trad. de *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1996).

Watkins, John, *The Mass Media and the Law*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1990;

WERLE, Gerhard. *Völkerstrafrecht*. 2. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.