

**LA REPARACIÓN INTEGRAL COMO ELEMENTO DE LA REINSERCIÓN SOCIAL
EN ESCENARIOS DE TRANSICIÓN**

ÁLVARO FRANCISCO CÓRDOBA CAVIEDES

**Trabajo de grado para optar por el título de
MAGÍSTER EN ESTUDIOS DE PAZ Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

TUTOR: JOHN JAIRO MONTOYA RIVERA

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES INTERNACIONALES
BOGOTÁ, D.C.**

2019

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 4 |
| CAPÍTULO I. ENFRENTAR LOS CRÍMENES DEL PASADO EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN..... | 8 |
| 1. Crímenes internacionales a los cuales se aplica la jurisdicción universal: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra..... | 10 |
| 2. Las víctimas y la obligación de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación..... | 15 |
| 2.1 El concepto de víctima..... | 17 |
| 2.2 Derecho a la verdad y derecho a la justicia: investigar, juzgar y sancionar | 21 |
| 2.3 La reparación integral como derecho de las víctimas..... | 29 |
| CAPÍTULO II. LA JUSTICIA EN ESCENARIOS DE TRANSICIÓN | 34 |
| 1. Justicia transicional o justicia de transición..... | 36 |
| 2. Justicia consensuada y mecanismos de terminación anticipada del proceso penal..... | 41 |
| 3. Justicia restaurativa..... | 50 |
| CAPÍTULO III. LAS TRANSICIONES EN COLOMBIA, PROCESOS DE PAZ, SOMETIMIENTO A LA JUSTICIA, LEGISLACIÓN APLICABLE Y TRATAMIENTO PUNITIVO | 58 |
| 1. Ley 975 de 2005 - Ley de Justicia y Paz..... | 59 |
| 1.1. Asignación de responsabilidad y sanción penal | 60 |
| 1.2. Mecanismos de reparación y reinserción social | 62 |
| 2. Acuerdo de paz para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera..... | 65 |
| 2.1. Asignación de responsabilidad y sanción penal | 66 |
| 2.2. Mecanismos de reparación y reinserción social | 67 |

| | |
|---|------------|
| CAPÍTULO IV. HACIA UNA REPARACIÓN INTEGRAL QUE DIGNIFIQUE A LAS VÍCTIMAS Y OFREZCA OPORTUNIDAD PARA LA REINSERCIÓN SOCIAL DE LOS RESPONSABLES DE GRAVES CRÍMENES..... | 69 |
| 1. Dos perspectivas frente a la comisión de delitos graves: los responsables y las consecuencias derivadas de sus acciones, y las víctimas y sus derechos | 72 |
| 1.1 Los responsables y las consecuencias derivadas de sus acciones..... | 72 |
| 1.2 Las víctimas y sus derechos | 78 |
| 2. La reparación integral como oportunidad para la reinserción social de los responsables de graves crímenes y materialización eficaz del derecho a la justicia en contextos de transición..... | 85 |
| 3. Hacia una reparación integral como punto de convergencia entre las víctimas y los responsables de graves crímenes y cimiento para la no repetición y la convivencia pacífica..... | 94 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 111 |

INTRODUCCIÓN

En sociedades que necesitan transitar del conflicto a la paz, como la colombiana, la reinserción social de los responsables de delitos, la cual se denomina con diferentes vocablos tales como resocialización, reintegración social, o repersonalización, entre otros, constituye un asunto relevante.¹ En este sentido, la legislación penal colombiana (Ley 599 de 2000, artículo 4), como en general la normatividad penal aplicable en gran número de países, establecen la reinserción social como una de las funciones principales de la sanción penal o de la pena. De este modo, el presente trabajo de grado de la maestría en Estudios de Paz y Resolución de Conflictos propone incluir la reparación integral o reparación del daño en favor de la víctima como un elemento sustancial para una reinserción social eficaz, en el entendido de que quien no repare a la víctima de manera voluntaria y comprometida, evidenciaría que su reinserción social no es satisfactoria.

Si la reparación integral a las víctimas de los crímenes debería permitir valorar el grado de reinserción social de los responsables de esos crímenes en el campo del derecho penal ordinario, esa exigencia debería ser reconocida en el marco de procesos de justicia transicional, que se aplican en países y sociedades que afrontan un pasado de violencia caracterizado por violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, con ocasión de guerras civiles o conflictos armados, y en donde se procura alcanzar un orden social y político pacífico, o para dar tránsito desde una dictadura o gobierno de facto a un orden político democrático (Uprimny, et.al., 2006, p. 19). En palabras de Rama Mani, la justicia transicional se propone “atender las reclamaciones legítimas de justicia presentadas por las víctimas y los sobrevivientes de abusos horribles, de tal manera que se consiga el delicado balance entre evitar la vuelta al conflicto o a una crisis, por un lado, y por otro consolidar una paz duradera basada en la equidad, el respeto y la inclusión, lo que refiere reformas institucionales y cambios sistémicos” (Mani, 2011, p. 158).

¹ En el capítulo 4 del presente trabajo se hace una breve referencia a estas definiciones.

En Colombia, los procesos de justicia transicional implementados² se han caracterizado por un fuerte acento en el debate sobre punibilidad y sanción penal, restringida esta última a la pena privativa de la libertad en centros penitenciarios y carcelarios. Este trabajo propone ofrecer una mirada distinta de estos procesos con un énfasis particular en la reinserción social como función de la pena, y frente a la cual se sugiere incluir la reparación integral de la víctima como un elemento esencial en la búsqueda de la justicia, que garantice la no repetición y genere condiciones favorables para la reconstrucción del tejido social y la convivencia pacífica desde una perspectiva de justicia reparadora (Londoño, 2016).

Para desarrollar esta propuesta, el presente trabajo se estructura en cuatro capítulos. El primero se refiere a los crímenes respecto de los cuales son aplicables los procesos de justicia transicional, concretamente, los que se conocen como crímenes internacionales, que corresponden a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y en general aquellas conductas que constituyen graves y masivas violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, regulados específicamente por los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, vigente en Colombia mediante la Ley 742 de 5 de junio de 2002 que ratifica el Tratado de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma.³ Así mismo, en este capítulo se trata lo relacionado con el concepto de víctima y sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, con énfasis en el tema de la reparación integral, y en donde se afirma, siguiendo lo regulado por la doctrina especializada y la legislación y jurisprudencia nacional e internacional, que esa reparación integral a las víctimas debe tener como fundamento los crímenes específicos cometidos en su contra, así como los daños ocasionados.

El capítulo segundo se ocupa del concepto de justicia en escenarios de transición, y específicamente de la definición, alcances e implicaciones tanto de la justicia

² Para los fines del presente trabajo se hace énfasis en lo regulado por la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y paz, aplicado a la desmovilización colectiva de los grupos de autodefensas, como también a la puesta en marcha del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, creado como parte de la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, aprobado el 24 de noviembre de 2016.

³ El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas en Roma, el 17 de julio de 1998, y entró en vigor el 1º de julio de 2002. Entró en vigor para Colombia el 1º de noviembre de 2002 en virtud de la Ley 742 de 2002.

transicional como de la justicia restaurativa, así como de la posibilidad del complemento de estos dos modelos de justicia alternativa. De igual forma, en este capítulo se hace una breve mención de lo que en el derecho penal se conoce como “justicia consensuada”, así como de los “mecanismos de terminación anticipada del proceso penal”, que si bien guardan diferencias con los postulados de la justicia transicional, no dejan de ser un tema de estudio necesario para entender que, ya desde años atrás, el mismo derecho penal ha formulado soluciones alternativas frente al mero derecho punitivo y sancionador, enfatizando precisamente el elemento de la reparación del daño y la reparación integral a la víctima como un medio idóneo para terminar anticipadamente el juzgamiento del ofensor o responsable del delito, procurando con ello también la posibilidad de restaurar la relación entre esa víctima y el responsable, la cual se vio afectada por el mismo hecho delictivo.

Por su parte, el capítulo tercero ofrece una información básica de lo relativo a la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, en cuanto a la sanción penal establecida, así como a los mecanismos reparación integral a las víctimas contemplado y lo concerniente con la reinserción social de los autores de los crímenes postulados a dicho proceso especial. También se hace muy breve mención de la aplicación de dicha ley y el estado actual de dichos procesos. En ese mismo sentido, y bajo los mismos tópicos, se incluye información básica del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, creado como parte de la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, aprobado el 24 de noviembre de 2016.

Por último, el capítulo cuarto, titulado “Hacia una reparación integral que dignifique a las víctimas y ofrezca oportunidad para la reinserción social de los responsables de graves crímenes”, desarrolla las dos perspectivas frente a la comisión de delitos graves, la de los responsables de los crímenes y las consecuencias derivadas de los mismos, así como también la perspectiva de las víctimas y sus derechos. Se abordan algunos debates que históricamente se han presentado frente a las consecuencias del delito, principalmente la sanción penal y el castigo, como también respecto al alcance de los derechos de las víctimas, particularmente, en un contexto de justicia transicional en

donde están en juego otros intereses que representan a otros grupos de la población y a la sociedad en su conjunto; la cual aspira que ese proceso transicional pueda reflejarse principalmente en la consecución efectiva de la paz y sobre todo en la no repetición de los crímenes en particular y la violencia generalizada.

En su parte final, y como consecuencia de todo lo discutido en los tres capítulos precedentes, se enfatiza que frente a las responsabilidades penales imputadas en contra de los autores de graves crímenes, o que estos acepten en el marco de un proceso de justicia transicional; lo fundamental para crear condiciones favorables en favor de una paz estable y duradera radica en que éstos asuman de manera consciente, voluntaria y honesta la reparación integral de las víctimas, en su dimensión individual y colectiva. Esa misma reparación constituirá un elemento esencial de su propio proceso de reinserción social, para que así mismo, se pueda aceptar éticamente, que la sanción penal a imponer por dichos crímenes pueda contener importantes beneficios en materia de reducción punitiva, excarcelaciones y el otorgamiento aún del beneficio de libertad provisional o condicional.

Por otra parte, es necesario mencionar que en la presente Monografía se incluye un anexo de diez páginas, que resume algunas de las entrevistas realizadas a ex integrantes de los grupos de autodefensas y que fueron postulados a la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, así como de algunas víctimas de graves crímenes en Colombia, y quienes exponen sus perspectivas acerca de la relación entre reparación integral y reinserción social, objeto del trabajo de monografía. Estas perspectivas son el resultado de un ejercicio de aplicación de una entrevista semiestructura, en desarrollo del proyecto de investigación.

En conformidad con lo establecido en los consentimientos informados, las opiniones de los participantes se encuentran anonimizadas por solicitud expresa de éstos.

CAPÍTULO I. ENFRENTAR LOS CRÍMENES DEL PASADO EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN⁴

En diversos procesos de paz, particularmente aquellos que tuvieron lugar tras largos conflictos armados internos o de carácter no internacional, constituye un tema central lo concerniente a los crímenes atroces y violaciones masivas a los derechos humanos cometidos - conforme a los conceptos del Derecho Internacional Humanitario (DIH)⁵ -, respecto de los cuales se adelantan los diferentes procesos de justicia o de rendición de cuentas en materia penal.⁶ En contextos de justicia transicional, donde el derecho a la justicia es un componente de los derechos de las víctimas así como de su reparación integral, precisar las conductas delictivas respecto de las cuales se pretenda materializar ese derecho a la justicia representa un campo no fácil de resolver dentro de las negociaciones para superar un conflicto armado que se caracteriza por la comisión de crímenes graves, perpetrados principalmente en contra de la población civil, tal como ha ocurrido en el conflicto armado en Colombia.

En Colombia, la experiencia reciente de los procesos judiciales adelantados en el marco de la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz - aplicada para judicializar los crímenes cometidos por los grupos de autodefensas o grupos paramilitares tras el acuerdo de desmovilización impulsado por el gobierno de Alvaro Uribe Vélez suscrito en julio de 2003 -,⁷ no es afortunada y menos un modelo a seguir en lo que respecta a los delitos frente a los cuales se adelantaron los procesos penales, toda vez que se incurrió en el grave error de no excluir conductas tipificadas en el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000). En estricto sentido, el procedimiento especial de la referida ley puede aplicarse respecto de crímenes graves como también de simples hurtos o delitos que bajo estas consideraciones podrían calificarse como de menor impacto. Algunos estudios reflejan

⁴ Algunos apartes de este capítulo se remiten al documento Reparación colectiva: marco normativo y desarrollo conceptual desde una perspectiva de derechos, que el autor de este trabajo realizó para el Proyecto de Participación y Reparación Colectiva de las Víctimas, desarrollado entre la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado (CODHES) y la Corporación Opción Legal, bajo el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Bogotá, 23 de febrero a 30 de agosto de 2015. 187 páginas.

⁵ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

⁶ Ver lo acordado en esta materia al suscribirse el acuerdo de paz de Guatemala, Sudáfrica, la comisión de la verdad en Argentina y Chile, etc.

⁷ Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir a la paz de Colombia, suscrito el 15 de julio de 2003 entre el Gobierno Nacional y las Autodefensas Unidas de Colombia A.U.C. como resultado de la Fase Exploratoria adelantada entre las partes a partir del mes de diciembre de 2002.

que los pobres resultados de ese proceso en materia judicial obedecen a este error, de ahí que a trece (13) años de su implementación se cuente con la cifra de 53 sentencias proferidas.⁸

Sin embargo, este debate estaba prácticamente zanjado a partir de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma (julio de 2002), por cuanto en dicho tratado se estipularon los delitos calificados por la comunidad internacional como graves, que corresponden a los crímenes de lesa humanidad Artículo 7 Estatuto de Roma) y crímenes de guerra (artículo 8), así como el delito de genocidio (artículo 6). Por ello, resulta extraño el error cometido en la Ley 975 de 2005, cuando ya gozaba de plena aplicabilidad el tratado de la Corte Penal Internacional.

Respecto a lo ya dicho, y para los fines concretos de esta tesis, no se requiere hacer un análisis jurídico de fondo en torno a esta discusión o sobre los alcances que en materia penal pueda tener la aplicación en Colombia del Estatuto de Roma, particularmente frente a los crímenes a los que aplica. Basta con reconocer que existe un cuerpo de delitos respecto de los cuales la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional, así como la doctrina especializada, considera que los autores o responsables de los mismos, independientemente del grado militar o la investidura que ostenten, deben ser judicializados y sancionados, sin importar el tiempo de ocurrencia o el lugar en donde se perpetraron. En esa misma medida, las víctimas de dichos crímenes tienen ante todo el legítimo derecho a conocer la verdad sobre los mismos, así como el derecho a la justicia que se resume en la obligación estatal de investigar lo ocurrido, asignar las respectivas responsabilidades e imponer las sanciones proporcionales a sus autores. Estos derechos constituyen también un elemento de su reparación integral.

En este sentido, es importante precisar que, en un contexto de justicia transicional donde la perspectiva es poner fin a un conflicto armado interno, lograr la paz y construir condiciones que posibiliten la reconciliación, existe la imperiosa obligación de hacer efectivos los derechos de las víctimas de verdad, justicia, reparación y no repetición. Así

⁸ De acuerdo con la Sala de Justicia y la Relatoría de la Sala de Justicia y Paz de Bogotá que consolida los resultados a 18 de octubre de 2017 de las decisiones proferidas por las salas de justicia y paz de los tribunales superiores de Bogotá, Barranquilla y Medellín (2017), para esa fecha se habían proferido 53 sentencias a través de las cuales 255 postulados habían sido condenados

mismo, es necesario precisar que esa reparación se debe realizar a partir de la determinación de los hechos victimizantes específicos y los daños ocasionados a las víctimas.

Así, la Corte Constitucional de Colombia (2002a) ha sostenido que cuando se pretende reparar integralmente a las víctimas es el daño objetivamente causado el que ha de medir los alcances de dicha reparación (Sentencia C-228 de 2002). Según el marco normativo vigente, la valoración de los daños ocasionados exige la determinación de los delitos que los produjeron, para tener certeza de lo que se pretende reparar. Así mismo, debe primar el interés de las víctimas, quienes en primer término exigen que los crímenes cometidos en su contra o contra sus seres queridos se reconozcan como tales, sin eufemismos ni atenuantes, como cuando se afirma que los actores armados cometieron “equivocaciones” o “errores.” Estos abordajes no satisfacen los derechos de las víctimas ni propician condiciones para un proceso serio de resocialización de los perpetradores de tales conductas.

Dado que los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas involucran medidas y acciones frente a conductas delictivas cometidas, resulta necesario partir de una información básica de dichas conductas conforme a la teoría socio-jurídica aplicable, así como sobre la conceptualización acerca de las víctimas y sus derechos, lo cual se abordará en los apartados del presente capítulo.

1. Crímenes internacionales a los cuales se aplica la jurisdicción universal: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra⁹

La magnitud de un crimen en contra de la humanidad ofende a todos los individuos y grupos (incluyendo a los Estados) que viven en el planeta, y todos los(as) ciudadanos(as) de la comunidad global deben estar protegidos frente a estas conductas delictivas.

⁹ Ver Naciones Unidas, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Programa Mujer, Justicia y Género, Módulo de Capacitación Derecho Internacional Humanitario, Derecho Penal Internacional, Corte Penal Internacional, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, San José de Costa Rica, 2001. Se utiliza documento elaborado por Amnistía Internacional, “La jurisdicción universal: Catorce principios fundamentales sobre el ejercicio eficaz de la jurisdicción universal”, Bogotá, junio, 2001.

No existen definiciones claras sobre los crímenes internacionales y tampoco existe un cuerpo legal que los agrupe como tal. En efecto, se trata de un proceso de codificación diversificado en diversos tratados o en la costumbre internacional, acerca de un conjunto de conductas que constituyen lo que se denomina “crímenes internacionales”. En este sentido, la Corte Penal Internacional realiza un aporte al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos porque recoge los avances en materia de codificación y de costumbre internacional, los sistematiza y define en un solo texto que es el Estatuto de la Corte.

Por lo anterior, las bases legales de los crímenes internacionales se pueden encontrar en: convenciones internacionales que consideran la conducta como crimen o que prohíben una conducta, aunque no la sancionen como crimen; la costumbre internacional y su reconocimiento de la conducta como crimen; y el reconocimiento bajo los principios generales del derecho internacional de que la conducta en cuestión atenta contra el derecho internacional.

Desde hace varias décadas existe la necesidad de hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas, sea desde la actuación eficaz en contra de las violaciones graves a esos derechos, como desde la búsqueda de mecanismos y alternativas para enfrentar y reducir la impunidad. La Segunda Guerra Mundial fue un hito significativo en la evolución normativa que busca enfrentar esta problemática.

Para la Corte Constitucional en su Sentencia C-578 de 2002, donde declara exequible la Ley 742 de 5 de junio de 2002 que ratifica el Tratado de la Corte Penal Internacional,¹⁰ el consenso de la comunidad internacional en torno a la protección de los valores de la dignidad humana y de repudio a la barbarie, condujo:

(...) al reconocimiento de un conjunto de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario como crímenes internacionales, cuya sanción interesa a toda la comunidad de naciones por constituir un *core delicta iuris gentium*, es decir, el cuerpo fundamental de graves crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones (...) A la par de la evolución de las leyes de la guerra, del derecho internacional humanitario, del derecho de los derechos humanos y de la

¹⁰ El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas en Roma, el 17 de julio de 1998, y entró en vigor el 1º de julio de 2002. Entró en vigor para Colombia el 1º de noviembre de 2002 en virtud de la Ley 742 de 2002.

creación de tribunales internacionales para juzgar a los responsables de crímenes atroces, la comunidad internacional fue llegando a un consenso en torno a la necesidad de proscribir en el derecho internacional los crímenes más atroces, (...) (Corte Constitucional, 2002b, Sentencia C-578)

La importancia de clasificar un crimen como internacional es que los Estados Parte de una Convención, y en el caso de la costumbre internacional todos los Estados, están obligados a perseguir o extraditar a los responsables de la infracción.¹¹

- **Genocidio**

El Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo 6 adoptó en su totalidad la definición de genocidio establecida por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.¹² El Estatuto de Roma consigna que se entiende por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

El crimen de genocidio fue tipificado dentro del Código Penal Colombiano (artículo 101).¹³ El texto sobre el delito de genocidio aprobado en la Ley 589 del 2000, y que fuera incorporado al Código Penal actual a través de la Ley 599 de 2000, contempla una importante diferencia con relación a la regulación de este crimen en el plano internacional, en particular respecto a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y el Estatuto de la Corte Penal internacional. Hasta la fecha, ningún texto internacional, ni siquiera los estatutos de los tribunales de Ruanda y de la

¹¹ Ver la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada en 1984, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1). Esta exige a los Estados Partes enjuiciar ante sus propios tribunales a los sospechosos de tortura que se encuentren en su territorio o extraditarlos a un Estado que pueda y quiera hacerlo.

¹² La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio fue adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948. La Convención entró en vigor el 12 de enero de 1951 y fue aprobada en Colombia mediante la Ley 28 de 1959.

¹³ Ver artículo 101 del Código penal colombiano (Ley 599 de 2000).

antigua Yugoslavia habían incluido a los grupos políticos dentro de la cobertura del delito de genocidio (Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-177).

En el Estatuto de Roma están regulados en el artículo 7º y su definición está compuesta por tres elementos: ataque generalizado o sistemático; dirigido contra la población civil; y que implique la comisión de actos inhumanos.

El concepto de crímenes de guerra básicamente se refiere a las violaciones de las leyes de la guerra (*ius in bello*) que fundamentalmente son las que se hallan contenidas en el Derecho de guerra de La Haya (IV Acuerdo de 1907 y su reglamento), las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos adicionales de 1977, así como algunos instrumentos internacionales relativos a la prohibición del empleo de ciertas armas (Declaración de San Petersburgo de 1868 y Protocolo de Ginebra de 1925 sobre gases asfixiantes).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional estructura el tratamiento de los crímenes de guerra y le dedica dos secciones respectivamente, según se trate de conflicto armado internacional o de conflicto armado interno. En el artículo 8.2. literal c) se penalizan los actos enumerados en el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra. El artículo 8.2 literal e) contempla algunos actos que se prohíben en los Protocolos Adicionales de 1977, así como en otros tratados sobre las leyes de combate y usos del derecho internacional. El artículo 8.2 literal e) incorpora la lista de crímenes de guerra que podría aplicarse cuando se cometen contra individuos que no participan directamente en el conflicto, incluso aquellos miembros de las fuerzas armadas que hayan rendido sus armas o se encuentran fuera de combate debido a enfermedad, lesiones, detención o cualquier otra causa. El artículo 8.2 literal f) cobija crímenes cometidos cuando exista un conflicto armado en el territorio del Estado entre las fuerzas estatales y grupos armados organizados, o entre grupos armados organizados.

- **Regulación de los crímenes de guerra según la legislación penal colombiana**

El Código Penal Colombiano en el Título II del Libro Segundo tipifica por primera vez dentro de las conductas que merecen sanción penal en el derecho interno aquellas que vulneran las estipulaciones consagradas por el DIH, es decir, los Convenios de

Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, ratificados igualmente por el Estado colombiano, y que en estricto sentido hacen referencia a delitos o crímenes cometidos “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado” contra las personas y los bienes que dicha normatividad humanitaria protege de manera expresa.

Dentro de la legislación penal colombiana dichos crímenes tienen las siguientes características comunes: 1) Que se cometan contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario, es decir, integrantes de la población civil; personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa; heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate; personal sanitario o religioso; periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados; combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga; quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados; cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.¹⁴ 2) Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que establecían esa condición. 3) Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional y haya estado relacionada con él. 4) Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.¹⁵

¹⁴ Al respecto, véase el Libro II, Título II “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” de la Ley 599 de julio 24 de 2000.

¹⁵ Homicidio en persona protegida (Código Penal, artículo 135); lesiones en persona protegida (Código Penal, artículo 136); tortura en persona protegida (Código Penal, artículo 137); acceso carnal violento en persona protegida (Código Penal, artículo 138); actos sexuales violentos en persona protegida (Código Penal, artículo 139); prostitución forzada o esclavitud sexual (Código Penal, artículo 141); actos de terrorismo (Código Penal, artículo 144); actos de barbarie (Código Penal, artículo 145); tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida (Código Penal, artículo 146); actos de discriminación racial (Código Penal, artículo 147); toma de rehenes (Código Penal, artículo 148); detención ilegal y privación del debido proceso (Código Penal, artículo 149); constreñimiento a apoyo bélico (Código Penal, artículo 150); omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria (Código Penal, artículo 152); destrucción y apropiación de bienes protegidos (Código Penal, artículo 154); destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario (Código Penal, artículo 155); destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto (Código Penal, artículo 156); ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (Código Penal, artículo 157); represalias (Código Penal, artículo 158); deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil (Código Penal, artículo 159) y, reclutamiento ilícito (Código Penal, artículo 162).

2. Las víctimas y la obligación de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación

En este punto se hará referencia a las definiciones y conceptos que en torno a los derechos de las víctimas se ha elaborado desde diferentes sectores e instancias, tanto académicas como institucionales, con énfasis en aquellas cuyos pronunciamientos o decisiones son de carácter vinculante para Colombia, tal como ocurre con la jurisprudencia de organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y nacionales como la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

Conforme al artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), cada uno de los Estado Partes se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en ese Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional y social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Con base en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), los Estados Partes de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Respecto al deber de garantía, el Comité de Derechos Humanos señaló en su Observación General No. 3 que:

(...) la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidos a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar sus derechos (Naciones Unidas, 1989).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la emblemática sentencia Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (1988) ha señalado reiteradamente que el deber

asumido por los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de “garantizar los derechos reconocidos en la Convención”, supone que los Estados deben organizar su aparato estatal de forma que puedan asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Además, se puede afirmar que de esta obligación surge el deber del Estado de investigar, juzgar, sancionar y reparar toda violación de los derechos humanos.¹⁶

Además, la obligación positiva de garantizar el libre y pleno goce de los derechos humanos supone que los Estados deben establecer los mecanismos necesarios para que los individuos tengan acceso a los recursos internos para la protección de sus derechos fundamentales, y deben eliminar cualquier tipo de obstáculo que impida el goce de estos en su jurisdicción.

El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades en ella, sino garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado o circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención como lo ha afirmado la Corte (Corte IDH, 1988).

Como consecuencia del deber asumido por los Estados de garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se derivan las siguientes obligaciones:

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan

¹⁶ En la sentencia del Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988) destacó lo siguiente: “La segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo su aparato gubernamental, y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”

cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. (Corte IDH, 1988)

2.1 El concepto de víctima

En razón a los propósitos del presente trabajo, y teniendo en cuenta que una parte importante de su énfasis radica en el tema de la reparación integral a las víctimas, se hace necesario referirse de manera puntual al concepto de víctima, principalmente por las reiteradas imprecisiones conceptuales en que se incurre, enfatizando específicamente a aquellas víctimas objeto de reparación respecto de los crímenes cometidos en contextos de conflicto armado o de violaciones masivas a los derechos humanos. Así mismo, y para zanjar los diferentes e inoficiosos debates que se tratan de proponer en torno a dicho concepto, este trabajo de enmarca en la definición de víctima que proponen los instrumentos internacionales suscritos o ratificados por Colombia.

Son numerosas las definiciones existentes alrededor del concepto de víctimas, y que por fortuna viene evolucionando ya que se ha pasado de considerar a la víctima como aquel sujeto pasivo sobre quien recaía la acción del delito, hasta la concepción más reciente donde la víctima es considerada un actor participativo e incidente en el acto criminal y del mismo proceso penal (Beristáin, 2008, pp. 105-114).

2.1.1 La víctima en el derecho internacional

En una serie de documentos internacionales sobre derechos humanos se hallan disposiciones que definen a la víctima. Según la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Naciones Unidas, 1985), se precisa:

1. Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.
2. Podrá considerarse víctima a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión

víctima se incluye además a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con las víctimas y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. (...)

Se entenderá por víctimas del abuso de poder las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

Por su parte, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Naciones Unidas, 2005a), establecen que:

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

Las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional (2013) se incluye la siguiente definición:

Regla 85. Definición de víctimas. Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas: a) Por "víctimas" se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado al culto religioso, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia o a sus monumentos, hospitales u otros lugares u objetos que tengan fines humanitarios.

Para este trabajo es necesario traer a colación que en el Sistema Interamericano, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte IDH, han reconocido que no solamente los individuos pueden ser víctimas sino que en ciertos casos las mismas comunidades (pueblos indígenas, grupos políticos, entre otros) pueden considerarse bajo esa condición (OEA, 2005, p. 5).

2.1.2 La víctima en la legislación colombiana

Puede afirmarse que es a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) que en Colombia se cuenta con una definición expresa de lo que se considera víctima de un delito, o lo que en legislaciones anteriores se calificaban como sujetos pasivos de los hechos delictivos.¹⁷ Sin embargo, respecto de la legislación nacional, y por los alcances normativos que se ha reconocido en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, se hará referencia únicamente a la definición incluida en la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras, más cuando a partir de su entrada en vigencia, aún en los procesos de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), igualmente se remite a esa definición. Lo mismo ocurre con el marco normativo del denominado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, creado como parte de la implementación del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, aprobado el 24 de noviembre de 2016.¹⁸

En los últimos años, la víctima como actor procesal dentro del proceso penal junto con los derechos a la verdad, justicia y reparación, ha alcanzado gran importancia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. La intervención de la víctima en el proceso penal y su interés para que la justicia resuelva un asunto, pasó de la mera expectativa por la obtención de una reparación económica – como simple derecho subjetivo que permitía que el delito como fuente de obligaciones tuviera una vía judicial para el ejercicio de la pretensión patrimonial-¹⁹ a convertirse en derecho fundamental que, además de garantizar la efectiva reparación por el agravio sufrido, asegura la obligación estatal de buscar que se conozca la verdad sobre lo ocurrido y un acceso expedito a la justicia.²⁰

¹⁷ Artículo 132 de la Ley 906 son víctimas "(...) las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto. La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con éste".

¹⁸ Ver definición de víctima artículo 3, Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras.

¹⁹ Al respecto, véanse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 21 de enero de 1998, Rad. 10166, y del 7 de octubre de 1999, Rad. 12394. Así mismo, las sentencias de la Corte Constitucional C-293 de 1995, C-475 de 1997, SU-717 de 1998, C-163 de 2000, C-1711 de 2000 y C-228 de 2002.

²⁰ Al respecto, véase la Sentencia del 11 de julio de 2007 de la Corte Suprema de Justicia con referencia a las sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia C-209 de 2007.

En el control de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, y frente a la definición de víctima estipulada en el artículo 5 de dicha ley, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de dicha norma, en el entendido de 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 por miembros de grupos armados al margen de la ley. Este aspecto puntual fue recogido en la reforma de este artículo por parte de la Ley 1592 de 2012 cuando estipula que “También serán víctimas los demás familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados organizados al margen de la Ley”.

Antes de terminar este acápite sobre la definición de víctimas, es pertinente referirse de manera expresa a la propuesta que sobre este punto hace el reconocido criminólogo vasco Antonio Beristain Ipiña, uno de los promotores más asiduos de la llamada victimología, y que desde su variada obra confronta al derecho penal tradicional por haber literalmente olvidado a las víctimas de todo su estudio y dogmática, limitando su análisis a la teoría del delito, la pena y el actor o sindicado.

En su aproximación a este tema, Beristain se refiere a las diferentes clases o niveles de victimización, entre los cuales resalta la victimización primaria, secundaria y terciaria. Sin lugar a duda su definición ha generado diferentes reacciones y polémicas; sin embargo, y siendo una auténtica autoridad en el campo del derecho penal y la criminología, nadie podría negar su pertinencia y aporte en el desarrollo de la materia en estudio. De hecho, y para las pretensiones del presente trabajo de grado de maestría, la propuesta de Beristain constituye ya una especie de introducción a lo que se pretende exponer como perspectiva crítica de lo que se ha definido o conceptualizado en varios de los puntos tratados como estado del arte.

El autor entiende por victimización primaria la que se deriva directamente del crimen o del hecho delictivo perpetrado. La victimización secundaria la constituye los sufrimientos que “a las víctimas, a los testigos y con frecuencia los sufrimientos a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones más o menos directamente

encargadas de hacer justicia: policías, jueces, peritos, criminólogos, etcétera.” (Beristain, 2008, p. 36).

La victimización secundaria constituye lo que generalmente se califica como la revictimización, y la misma ocurre cuando en el desarrollo de los diferentes procesos penales, civiles o administrativos, bien sea dentro del jurisdicción ordinaria o la justicia de transición; las autoridades encargadas de dichos procedimientos no solo no les facilitan los medios adecuados para que estas víctimas puedan acceder con facilidad y sin contratiempos innecesarios a los diferentes mecanismos de justicia y de reparación para la efectividad de sus derechos, sino que además reciben un trato indigno, peyorativo y en ocasiones violento. Pero así mismo, exponen a las mismas víctimas a retaliación tanto de sus propios victimarios como de la censura social.

Por su parte, y es aquí uno de sus aportes más controvertidos, la victimización terciaria se da a partir de la “conducta posterior de la misma víctima; a veces, emerge como resultado de las vivencias y de los procesos de adscripción y etiquetamiento, como consecuencia o valor añadido de las victimizaciones primaria y secundaria precedentes” (Beristain, 2008, p. 36).

Adicionalmente sostiene Beristain:

“Cuando alguien, por ejemplo, consciente de que su victimización primaria y secundaria aboca a un resultado, en cierto sentido, paradójicamente exitoso (fama en los medios de comunicación, aplauso de grupos extremistas, etc.), deduce que le conviene aceptar esa imagen de sí mismo (a), y decide, desde y a través de ese rol, vengarse de las injusticias sufridas y de sus victimarios (legales, a veces). Para vengarse, se autodefine y actúa como delincuente, como drogadicto, como terrorista, etc. Quizás tal o cual biografía de algunos mártires y santos puede ilustrar, con nuevas luces y nuevas valoraciones, la relación y el paralelismo necesitados de profunda revisión entre víctimas, héroes y canonizados. Conviene estudiar más la posible relación entre ciertos martirios y la victimización terciaria. Entre la persona heroica y canonizada y la víctima terciaria pueden darse no pocos puntos en común. Tan difícil es salir del círculo virtuosos como del vicioso.” (Beristain, 2008, p. 36).

2.2 Derecho a la verdad y derecho a la justicia: investigar, juzgar y sancionar

Existe una estrecha relación entre el derecho a la verdad y el derecho a la justicia. Por lo regular, la materialización del derecho a la verdad en el ámbito individual está implícitamente ligada al esclarecimiento de los hechos ocurridos a través de la vía

judicial, lo que a su vez está relacionado con el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo (Botero y Restrepo, 2005, p. 73).

Los derechos de la víctima a la verdad y a un recurso efectivo se corresponden con el deber de los Estados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves crímenes. Este deber estatal está consignado en diferentes instrumentos tanto del derecho internacional de los derechos humanos como el derecho internacional humanitario (Uprimny, Sánchez y Sánchez, 2014, pp. 36 – 41)²¹:

Así mismo, la Corte Constitucional ha reconocido como deber constitucional del Estado la investigación, el juzgamiento y la sanción de infracciones al DIH (2007a) y graves violaciones a los derechos humanos (2013 y 2018). Esta obligación no se suspende en los procesos de justicia transicional; sin embargo, no resulta contraria a los tratamientos penales especiales, como señaló la Corte Constitucional (2018) en la Sentencia C-007:

los tratamientos penales especiales son medidas de justicia transicional que tienen la finalidad de contribuir a la paz y a la reconciliación, siendo admisibles además en el derecho internacional -conforme con lo dispuesto en el artículo 6.5. del Protocolo Adicional II-, por cuanto (i) tienen límites en la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, y (ii) se encuentran condicionados a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

La Corte Constitucional (2013) también ha revisado el alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar en la jurisprudencia internacional y, en relación con la obligación específica de sancionar destaca lo siguiente:

También es importante señalar que en el caso Martín del Campo Dood contra México (sentencia del 3 de septiembre de 2004), cuando la Corte IDH analiza un alegato del proceso internacional sobre que “ninguno de los once funcionarios públicos denunciados ha sido procesados o sancionados penalmente”, se abstuvo de atribuir responsabilidad internacional respecto de la obligación de investigar por el sólo hecho de que no existían condenas específicas. Sobre esto un doctrinante afirma sobre la jurisprudencia interamericana que “Asimismo, la jurisprudencia constante de la Corte indica que procede investigar, juzgar y en

²¹ Está contemplado de manera explícita respecto de las infracciones al DIH en conflictos armados internacionales en los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006; está contemplado de manera implícita respecto de infracciones al DIH en conflictos armados no internacionales en el preámbulo del Estatuto de Roma; y está contemplado de manera explícita respecto a violaciones a los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como varios documentos de soft law adoptados por el Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General de las Naciones Unidas.

su caso, sancionar. Es decir, no se hace énfasis en el castigo carcelario o en la “pena penal”, pues lo fundamental es que se haya adelantado una investigación y juicio en forma diligente y dependerá, en cada caso, según lo que se derive de cada proceso, que el conjunto de elementos permita o no aplicar una sanción penal”. Tomado de Parra Vera, Oscar. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates” en la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 13, No. 1, Noviembre de 2012.

En Colombia la jurisprudencia consolida la protección amplia de los derechos de las víctimas del delito en el sistema penal ordinario, precisando el alcance de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, dentro de una concepción que recoge los avances del derecho internacional de los derechos humanos. Al examinar la tendencia mundial y nacional en esa protección de los derechos de las víctimas del delito, la Corte Constitucional, en su emblemática sentencia C-228 de 2002, concluye lo siguiente:

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 sólo 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. De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso: 1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. 2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. 3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.

En este sentido, desde el concepto de reparación integral se hace necesario referirse primero a los derechos de verdad y justicia, los cuales en esencia tienen una función reparadora. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000, párr. 201) ha sostenido que el derecho a la verdad supone el esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades asociados a éstos, los cuales a su vez se relacionan

con el deber del Estado de juzgar y sancionar a los responsables de estas, tal como estipulan los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las obligaciones del Estado que nacen de estos crímenes son cuádruples: **obligación de investigar y dar a conocer** los hechos que se puedan establecer fehacientemente (verdad); **obligación de procesar y sancionar** a los responsables (justicia); **obligación de resarcir integralmente** los daños morales y materiales ocasionados (reparación); y **obligación de extirpar** de los cuerpos de seguridad a quienes se sepa han cometido, ordenado o tolerado estos abusos (creación de fuerzas de seguridad dignas de un Estado democrático). Estas obligaciones no son alternativas unas a las otras, ni son optativas; el Estado responsable debe cumplir cada una de ellas en la medida de sus posibilidades y de buena fe (Méndez, 1997).

El esclarecimiento de la verdad y la aplicación consecuente de la justicia respecto de los crímenes y las atrocidades que han tenido lugar en las confrontaciones armadas o en los regímenes totalitarios y las dictaduras constituyen, sin duda, la dificultad más importante de un proceso de paz o de transición. Por otra parte, pese a las múltiples experiencias de otros países, no existen soluciones unívocas frente a esta problemática. Cada país, cada cultura y cada conflicto tiene sus propias características y la solución deberá ser consecuente con esas especificidades. Sin embargo, la misma experiencia internacional ha permitido construir unos parámetros básicos que han ganado consenso en la doctrina y la jurisprudencia internacional.

El irrenunciable derecho a la verdad en cabeza de las víctimas ha sido igualmente calificado como un derecho colectivo por parte de las instancias internacionales de promoción y defensa de los derechos humanos, en el sentido de que tanto los familiares como de la sociedad requieren conocer todo en cuanto a los hechos ocurridos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999).

El Relator Especial Louis Joinet, en su conjunto de principios también recoge este reconocimiento del derecho verdad como un derecho colectivo, en tanto que las graves violaciones a los derechos humanos y aquellos crímenes calificados como crímenes de lesa humanidad afectan no sólo a quienes los padecen directamente o a sus familiares

sino también a la sociedad de la que hacen parte, y más aún a la humanidad entera. (Naciones Unidas, 1997).

En lo que se refiere al derecho a la justicia, dicha obligación del Estado ha sido reconocida insistentemente por diferentes organismos internacionales de derechos humanos. De manera particular, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1999) mediante Resolución 1999/34, subrayó “la importancia de adoptar todas las medidas posibles y necesarias para que respondan ante la justicia los autores de violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional, e insta a los Estados a que actúen respetando las debidas garantías procesales”.

La experiencia de impunidad frente a las violaciones de los derechos humanos que han vivido muchas sociedades, entre ellas las de los países de América Latina, ha obligado, en la última década del siglo pasado y en lo que llevamos del presente, a centrar la atención y los esfuerzos, nacionales e internacionales, en buscar la satisfacción del derecho a la justicia. En este sentido, la garantía del derecho a la verdad se busca, fundamentalmente, a través de la garantía y el respeto del derecho a la justicia, o, en una dirección distinta, se invoca expresamente el derecho a la verdad en aras de garantizar el derecho a la justicia. (Rincón, 2010, p. 53).

Sobre el deber estatal de judicializar y sancionar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1999) sostiene lo siguiente:

Consciente de que el fenómeno de la impunidad afecta a todas las esferas de la sociedad, reconoce que exigir responsabilidades a los autores de violaciones graves de los derechos humanos es uno de los elementos esenciales de toda reparación eficaz para las víctimas de violaciones de los derechos humanos y un factor clave para conseguir un sistema de justicia justo y equitativo y, en definitiva, la reconciliación y la estabilidad en un Estado.

Similar posición asumió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, en referencia a hechos ocurridos en algunos países de su jurisdicción, ha expresado su rechazo a leyes de impunidad o que otorguen amnistías e indultos generalizados. En ese sentido, ha recordado a los Países Miembros, fundamentándose en la Convención Americana de los Derechos Humanos y en el Pacto de San José de Costa Rica, su irrestricta obligación de investigar y sancionar eficazmente a los responsables de estos

crímenes y de garantizar a las víctimas, de manera efectiva y no aparente, el colectivo derecho a la verdad y a la justicia. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999).

Ahora bien, los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y la no repetición exigen como condición previa que el Estado y sus autoridades garanticen a las víctimas la existencia de los mecanismos y procedimientos adecuados para su efectiva materialización, y así mismo faciliten el acceso a dichos mecanismos sin obstáculos ni perturbaciones.

Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen la obligación constitucional o legal de otorgar un recurso accesible, efectivo y viable conforme al cual las víctimas puedan procurar el reconocimiento y restablecimiento de sus derechos vulnerados (Naciones Unidas, 2005b). Es decir, “esos procedimientos no deben ser meras formalidades que, lejos de permitir la realización de tales derechos, diluyan en el tiempo toda posibilidad de éxito en su afirmación, reconocimiento o ejercicio”, sobre lo cual ha llamado la atención de manera constante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007, Párr. 35).

De tal manera, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Estado tiene el deber de iniciar exoficio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Esta investigación debe realizarse con todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales (Corte IDH, 2006). De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las víctimas tienen derecho al reconocimiento,

ejercicio, protección y satisfacción de estos derechos en el proceso penal.²² Por lo tanto, las víctimas tienen derecho al proceso penal.²³

El reconocimiento del derecho de las víctimas al proceso penal como un recurso adecuado para lograr la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y la no repetición, no inhabilita a las víctimas para lograr la satisfacción de los derechos a la verdad, a la reparación y a la no repetición también por otras vías. El Conjunto de Principios actualizado de Naciones Unidas para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, prevé la posibilidad de funcionamiento de Comisiones de la Verdad –como instancias complementarias nunca sustitutivas de los procesos judiciales– y, en relación con el derecho a la reparación, la posibilidad de la vía civil o la vía administrativa y programas de reparación basados en medidas legislativas o administrativas (Naciones Unidas, 2005b, principios 6-13 y 32).²⁴

La exigencia de los derechos a la verdad y la justicia tiene así mismo el objetivo esencial de contrarrestar la impunidad respecto de los crímenes cometidos de manera sistemática y masiva, los cuales en un porcentaje considerable se mantienen ocultos y en el olvido. Comúnmente se identifica el fenómeno de la impunidad como algo meramente jurídico, no obstante, si bien este aspecto es importante, la impunidad no se reduce a un problema jurídico, es ante todo un fenómeno político y un fenómeno social, como lo llaman los científicos sociales. La impunidad tiene varios efectos y consecuencias directas e inmediatas sobre la sociedad y la cultura política. (Pérez, 1996).

En igual sentido se pronunció el experto francés Louis Joinet, quien, enfatizando sobre el derecho a la justicia, sostuvo que este derecho implica que toda víctima cuente con la posibilidad real de acceder a “(...) un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su opresor sea juzgado, obteniendo su reparación” (Naciones Unidas,

²² A este respecto consultar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia C-228 de 2002, Sentencia C-591 de 2005, Sentencia C-454 de 2006, Sentencia C-370 de 2006 y Sentencia 209 de 2007.

²³ A este respecto la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-370 de 2006.

²⁴ Sobre el carácter complementario de las comisiones de la verdad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007, párra. 129) se pronunció en la Sentencia del Caso Zambrano Vélez Vs. Ecuador. Frente al compromiso del Estado de crear una comisión de la verdad para avanzar en el esclarecimiento de los hechos, la Corte IDH aunque valoró positivamente la iniciativa del Estado, afirmó que la obligación estatal de garantizar el acceso a la justicia no debe entenderse condicionada a la eventual conformación y resultados de la comisión de la verdad propuesta.

1997). Y concluye de manera categórica respecto de aquellas propuestas que sugieren una reconciliación laxa basada en el perdón de las víctimas y aún de la sociedad, y según lo subraya en el preámbulo de sus Principios, que no “(...) existe reconciliación justa y durable sin que sea aportada una respuesta efectiva a los deseos de justicia; el perdón, acto privado, supone, en tanto que factor de reconciliación, que la víctima conozca al autor de las violaciones cometidas contra ella y el opresor esté en condiciones de manifestar su arrepentimiento; en efecto, para que el perdón pueda ser concedido, es necesario que sea solicitado” (Naciones Unidas, 1997).

No obstante lo anterior, y siguiendo nuevamente la propuesta de DeJusticia, la exigencia perentoria de materializar esa obligación de “investigar, juzgar y sancionar”, no es obstáculo para que en el contexto de un proceso de paz o de negociación política del conflicto armado interno, tal como el realizado entre el gobierno Santos y la guerrilla de las FARC, y respecto a la rendición de cuentas de los crímenes del pasado (Orozco, 2009, p. 9), o “ajuste de cuentas con el pasado (Olsen, Payne y Reiter, 2016, pp. 36-37), que se espera que ocurra en los procesos de la denominada justicia de transición o justicia transicional, de lo cual se ocupa el capítulo dos de este trabajo; es perfectamente posible que frente a la exigencia de justicia, que entra en tensión con el objetivo de alcanzar la paz “(...) e incluso con el deber de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación, el estado pueda legítimamente conceder amnistías parciales, indultos y otros beneficios penales, siempre y cuando se satisfagan ciertas condiciones” (Uprimny, Sánchez y Sánchez, 2014).

Para referirse a la tensión entre el objetivo de la paz, la renuncia del poder punitivo del Estado y la obligación perentoria de garantizar el goce efectivo de los derechos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición en favor de las víctimas es pertinente recordar lo expuesto en el informe anual de 2012 por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Para el relator, (Naciones Unidas, 2012, párr. 19) persisten ciertas ideas erróneas como la de relacionar la justicia de transición como un pretexto para establecer una "forma de justicia blanda" o peor aún, “como medio para alcanzar el objetivo de la

reconciliación eludiendo las cuatro áreas de acción de” su mandato, es decir, la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

El Relator Especial cita el Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, que describe la justicia de transición como una "variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación" (Naciones Unidas, 2004, párr. 8).

Así mismo, el Relator Especial hace énfasis en que los principales componentes de una justicia de transición, además de la justicia penal, recaen en la búsqueda de la verdad, las indemnizaciones y la investigación de antecedentes (proceso de depuración del personal), precisando que no se trata de medidas aisladas, sino que su aplicación deberá pretender una combinación adecuada de los elementos anteriores (Naciones Unidas, 2012, párr. 20).

2.3 La reparación integral como derecho de las víctimas

Conforme a la doctrina y la teoría jurídica aplicable, en primer término, le corresponde responder en materia de reparación por los hechos ilícitos y los crímenes cometidos a quien sea el autor directo de los mismos. El artículo 2341 del Código Civil colombiano consagra un principio de responsabilidad general en los siguientes términos: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. Se refiere a la llamada “culpa probada”, en el sentido de que la carga de la prueba corresponde al actor. La ley autoriza la indemnización cuando la víctima prueba la culpa o el dolo del autor del daño. El demandado se exonera de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado. La prueba de la diligencia y cuidado incumbe en todo caso al que ha debido emplearla. Además, el artículo 2344 establece la solidaridad como norma general cuando varios concurren para causar el daño (Lasso, 2001, p. 119).

En esa misma dirección se pronuncia el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), dentro del capítulo relativo a la “responsabilidad civil derivada de la conducta punible”, cuando en su artículo 94 sobre reparación del daño, estipula que “La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.” Así mismo, y como titulares de esa acción civil regula que las “personas naturales, o sus sucesores, las jurídicas perjudicadas directamente por la conducta punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal.” En cuanto a quienes son los obligados de la reparación del daño consagra en su artículo 96 que los “daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder.”

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal vigente, que corresponde a la Ley 906 de 2004, en su artículo 11 establece como derecho de las víctimas: “c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código; (...).” La citada ley, incluye por primera vez en la legislación penal colombiana la realización del incidente de reparación integral dentro del mismo proceso penal, lo que es un gran avance por cuanto no sólo se evita a las víctimas acudir en procura de su indemnización a la compleja y lenta jurisdicción civil, sino que además permite precisamente fortalecer la perspectiva de la relación directa entre el delito cometido y la reparación del daño ocasionado.

Por su parte, la Ley 906 de 2004 en sus artículos 102 y 103 regula el incidente de reparación integral de la Ley 906 de 2004, figura fue incorporada igualmente en la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, que sin duda significó un expreso reconocimiento de que los procesos de justicia transicional en Colombia cumplirían con las obligaciones nacionales e internacionales de reparación a las víctimas.

En el sistema jurídico nacional la Corte Constitucional (2000) ha enfatizado sobre el carácter integral que compone la reparación a las víctimas sosteniendo que “independientemente de la jurisdicción encargada de establecer el *quantum* de una indemnización de perjuicios, el operador jurídico deberá propender porque la reparación sea integral, es decir que cubra los daños materiales y morales causados, ya que a las

autoridades judiciales les asiste el compromiso de investigar y juzgar los delitos, no sólo con el ánimo de protección de aquellos bienes jurídicamente tutelados de singular importancia para la comunidad, sino también para administrar justicia en forma que mejor proteja los intereses del perjudicado, quien es concretamente, el titular del bien jurídico afectado (...).”

No obstante, la responsabilidad primaria del ofensor respecto a su obligación de reparar, por tratarse de crímenes de guerra y de lesa humanidad, la jurisprudencia nacional e internacional ha sostenido que, si los autores directos de los delitos no reparan o no pueden reparar, esa responsabilidad se traslada al Estado por acción u omisión en su condición de garante. En este sentido, implica un deber del Estado reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación, quedando para el mismo estado el derecho de repetir contra el autor (Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 63). Así mismo, esa reparación tiene el propósito de aliviar el sufrimiento de las víctimas y hacer justicia mediante la eliminación o corrección, en lo posible, de las consecuencias de los actos ilícitos y la adopción de medidas preventivas y disuasorias respecto de las violaciones (Naciones Unidas, 1993, principio 3).

En relación con el derecho a obtener una reparación de los daños sufridos, el Principio 15 contenido en los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos y derecho internacional humanitario” (conocido también como “Principios de Bassiouni”) establece que una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario.²⁵ La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.

De igual forma se pronunció el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

El párrafo 3 del artículo 2 (PIDCP) requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados. Si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso

²⁵ A este respecto, ver los estudios del relator especial de Naciones Unidas Theo Van Boven de 1996 y 1997 (Documentos: ONU E/CN.4/Sub.2/1993/8, ONU E/CN.4/Sub.2/1996/17 y ONU E/CN.4/1997/104); Los informes del relator especial de Naciones Unidas Bassiouni de 1999 y 2000 (Documentos: ONU E/CN.4/1999/65 y ONU E/CN.4/2000/62); los informes del relator especial Alejandro Salinas de 2003, 2004 y 2005 (Documentos: ONU E/CN.4/2003/63, ONU E/CN.4/2004/57 y ONU E/CN.4/2005/59)

efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple. Además de la reparación explícita exigida por el párrafo 5 del artículo 9 y el párrafo 6 del artículo 14 el Comité considera que el Pacto entraña por lo general una indemnización adecuada. (2004a)

Así mismo, la obligación de reparar, regulada por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno. Por tal motivo la reparación a las víctimas de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario debe ser integral, adecuada, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, es decir que debe abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima o sus derechohabientes (Naciones Unidas, 2004b), incluido el “proyecto de vida”²⁶.

En materia del derecho a la reparación integral de las víctimas, es emblemática la Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional, que declaró exequible la Ley 975 de 2005, en donde enfatiza la obligación de reparar que tienen los Estados y su responsabilidad internacional en contextos de violaciones masivas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Se remite a lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha especificado que “toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.” (...) Dispondrá, así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (Corte Constitucional, 2006).

Los componentes, alcances, implicaciones y las medidas de la reparación integral se recogen de manera general en la definición comprendida en la Ley 1448 de 2011.²⁷

²⁶ El “proyecto de vida” ha sido definido por la Corte IDH así: “(...) es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el daño al proyecto de vida, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses” (Corte IDH, 1998).

²⁷ Ley 1448 de 2011. ARTÍCULO 25. DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL. Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley. La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante. ARTÍCULO 69. MEDIDAS DE REPARACIÓN. Las víctimas de que trata esta ley, tienen derecho a obtener las medidas de reparación que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición en sus dimensiones

La experiencia internacional (Argentina, Chile, Alemania) indica que para hacer efectivo el derecho a la reparación integral de las víctimas es necesario llevar a cabo un programa de reparación que devuelva el status de ciudadanos a las víctimas, reivindicando su dignidad humana y sus derechos (Naciones Unidas, 2005a, principio 15). Así mismo este programa deberá procurar el restablecimiento de la confianza entre los ciudadanos y frente a las instituciones del Estado, por medio del fortalecimiento de las acciones sociales que promuevan la solidaridad social. Algunas de sus características principales son las siguientes (De Greiff, 2005, p. 184-196): a) alcance: debe tener una delimitación precisa de su alcance, dependiendo del número de beneficiarios de las reparaciones; b) cobertura: capacidad para cubrir el número total de beneficiarios potenciales; c) carácter incluyente: deben repararse todas las violaciones cometidas; d) complejidad: posibilidad de enfocar los beneficios de manera flexible con el fin de responder a las necesidades de las víctimas; e) coherencia o integralidad: concordancia del programa de reparación; f) carácter concluyente: una vez la víctima sea reparada, deben ser excluidas otras posibilidades de resarcimiento, como la justicia civil o administrativa.²⁸

Al igual que el derecho a la verdad, el derecho a la reparación posee una dimensión individual y una colectiva (Botero y Restrepo, 2005, p. 44). En su dimensión individual la reparación a que tiene derecho la víctima de una violación grave de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario asume las siguientes modalidades: 1) restitución, 2) indemnización y 3) rehabilitación. En su dimensión colectiva la reparación puede realizarse por medio de 1) medidas de satisfacción de alcance general y 2) garantías de no repetición.

individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante.

²⁸ Principios 14, 15 y 16 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos incluido en el informe definitivo presentado por el relator especial Theo van Boven, (Naciones Unidas, 1993).

CAPÍTULO II. LA JUSTICIA EN ESCENARIOS DE TRANSICIÓN

Según se mencionó anteriormente, este trabajo no se ocupa estrictamente de los derechos de las víctimas y la reparación integral como tampoco de la justicia transicional o la justicia restaurativa, no obstante, una comprensión de los derechos de las víctimas y de los graves crímenes resulta absolutamente necesaria para los planteamientos que se abordan en este capítulo y los siguientes.

El planteamiento central de esta monografía consiste en que la reparación integral a la víctima debe incluirse como un elemento sustancial de la reinserción social de los responsables de graves crímenes, con base en la hipótesis que la reinserción social de los autores de crímenes considerados graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario debe conllevar la reparación integral en favor de las víctimas por parte de los responsables de dichos crímenes, ya que de esa manera se fortalecerían las posibilidades para la no repetición, e igualmente se estarían generando condiciones favorables para la reconstrucción del tejido social y la convivencia pacífica.

Como se argumentó previamente, hablar de reparación integral o reparación del daño implica conocer respecto de qué hechos o qué crímenes se desprende esta obligación y sobre quiénes recae. En este sentido, fue necesaria una ubicación general sobre aquellas conductas que, de conformidad con el derecho internacional, primeramente y, aún la misma legislación y jurisprudencia interna, se consideran crímenes graves cometidos por los actores armados en un contexto de conflicto armado interno o por particulares o agentes del Estado, y que no necesariamente se atribuyen a la existencia de un conflicto armado interno o con ocasión del mismo.

En consecuencia, se puede considerar que toda pretensión de reparación individual y colectiva a las víctimas exige, primero, conocer con exactitud los hechos de victimización que hacen posible esa reparación y especificar su denominación jurídica o su tipificación correcta para determinar si el mismo constituye un crimen internacional, bien sea de guerra o de lesa humanidad y si se encuentra, además, tipificado en la legislación colombiana (Ambos, 2008, p. 97).

La identificación de los crímenes perpetrados y su definición jurídica no necesariamente implica que se requiera de una investigación y sanción penal efectiva de todos y cada uno de estos crímenes para proceder a la aplicación de medidas y programas de reparación individual y colectiva en contextos de justicia de transición o justicia restaurativa, pero es indispensable para determinar los daños ocasionados, la población afectada y precisar si los mismos afectan derechos individuales o colectivos, o incluso cuando se trata de daños individuales que tienen impactos colectivos (Naciones Unidas, 2012).

En este segundo capítulo se abordará el tema de la denominada justicia transicional o la justicia de transición, ya que precisamente es en el marco de ese modelo de justicia donde los referidos derechos de las víctimas y, aún las mismas víctimas, deben entrar en consonancia con el proceso de reinserción social que obliga a los responsables de esa victimización. Esto, en procura de encontrar reales posibilidades para que los fines esenciales de ese modelo de justicia puedan alcanzar un nivel aceptable de materialización, como lo es precisamente poner fin a los largos y degradados episodios de violencia y construir condiciones favorables para una paz estable y duradera, así como para honestos procesos de reconciliación y encuentro, no solo entre los autores de esos delitos y sus víctimas, sino que involucren a la sociedad en general.

Así, en la lógica de lo que se concibe como una justicia de transición, que tiene que estar complementada con una perspectiva restaurativa (Uprimny 2006, p. 109), se debe dar una doble y simultánea acción: una adecuada y efectiva reinserción social de los responsables de graves crímenes, que creen condiciones favorables en pro de garantizar la no repetición de las conductas criminales; y, desde la perspectiva de las víctimas, estos procesos de justicia deben implicar la reparación del daño entendido en su dimensión integral, tal como lo ha desarrollado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional de Colombia, según las sentencias referidas anteriormente.

En ese sentido, esta doble y simultánea acción, esto es, reinserción social y reparación integral de las víctimas, debe constituirse como el objetivo principal de cualquier sistema de justicia, en particular en el campo penal y, más cuando se refiere a procesos de justicia de transición en los cuales se pretende, mediante un procedimiento

más expedito, la realización del derecho a la verdad y la judicialización de los crímenes perpetrados por los diferentes actores armados que participaron en el conflicto armado interno o internacional o fueron responsables en cualquier grado de violaciones masivas de derechos humanos.

La experiencia nacional e internacional enseña que para el tránsito hacia una paz estable y duradera es absolutamente necesario trabajar en favor de la *reconstrucción del tejido social y la convivencia pacífica*, lo cual implica avanzar hacia una justicia restaurativa que conduzca a recomponer las relaciones alteradas por los hechos de violencia entre el victimario, la víctima y la misma sociedad. En esta perspectiva, debe entenderse la justicia restaurativa no sólo como un complemento de la justicia transicional, sino como un fin de la misma y, en general, de cualquier sistema de justicia penal (Uprimny, et.al., 2006).

1. Justicia transicional o justicia de transición

El realismo político que implica un proceso de paz ha llevado a considerar que ningún actor armado estaría en disposición de poner fin no sólo a sus acciones de guerra, sino también a las pretensiones por las cuales se ha levantado en armas si como resultado de su desmovilización terminaría purgando una larga condena. Por esta razón, se ha propuesto que, en el marco de este tipo de procesos de resolución negociada de un conflicto armado, se puedan hacer acuerdos que permitan alcanzar los dos objetivos principales: la desmovilización de los grupos armados y su reincorporación a la vida civil, así como la garantía de los derechos de las víctimas.

Ya la justicia internacional no tolera ni considera aceptable que frente a complejas realidades de confrontación armada interna en donde han tenido ocurrencia violaciones masivas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, puedan proponerse soluciones meramente políticas que conduzcan a la terminación de ese conflicto armado, concediéndose por esa única razón amplias amnistías o indultos con el propósito de hacer tránsito a la paz y a un proceso de reconciliación. Si bien se acepta que el fin de la guerra constituye un importante avance para evitar que no se sigan cometiendo crímenes atroces, que en sí mismo genera condiciones favorables para las

víctimas y la no repetición de esos crímenes;²⁹ el noble propósito de la paz no puede suplantar las exigencias de la verdad, la justicia y la reparación tanto de las víctimas afectadas de manera directa por la violencia, como de la sociedad en general en donde ésta se ha llevado a cabo.

Al proceso que surge de este diálogo entre la opción de la paz y la rendición de cuentas respecto de los crímenes cometidos, bien sea dentro de un régimen totalitario o de dictadura o como consecuencia de un conflicto armado interno, se lo ha denominado justicia transicional o justicia en escenarios de transición. Así lo sostiene Iván Orozco Abad para quien “justicia transicional se usa para designar aquellos procesos de rendición de cuentas que adelantan las sociedades estatales en relación con crímenes políticos y de masas perpetrados en el pasado, en situaciones de turbulencia política como las que son propias de las transiciones de la guerra a la paz y de la dictadura a la democracia.” (Orozco Abad, 2009, p. 9).

Así mismo se afirma que la justicia transicional hace referencia a los procesos de cambio de sociedades en conflicto y postconflicto y que necesariamente implican transformaciones radicales de un orden social y político como consecuencia del paso de un régimen dictatorial a uno democrático, o por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz. En concreto, la justicia de transición significa ocuparse de la justicia en sociedades en transición, teniendo en cuenta que hablar de justicia se refiere a garantizar y hacer efectivos los derechos de las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos (Uprimny, et.al., 2006).

En este contexto, la expresión “justicia de transición” alude a los procesos interrelacionados de enjuiciamiento y rendición de cuentas, difusión de la verdad,

²⁹ A este respecto, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, expresó en su informe del año 2004 lo siguiente: “La Alta Comisionada urge a cada uno de los grupos armados ilegales a poner en práctica, cuanto antes, un cese efectivo de hostilidades, correspondido por el Gobierno. Exhorta, además, que con urgencia se inicien diálogos y negociaciones entre el Gobierno y los grupos armados ilegales que permitan la superación del conflicto armado interno y el logro de una paz duradera. Los diálogos y las negociaciones deberán priorizar, desde sus inicios, el derecho internacional humanitario y los derechos humanos. En cuanto a las negociaciones exhorta al Gobierno y al Congreso que establezcan, cuanto antes, un marco jurídico con mecanismos adecuados que reconozcan y garanticen plenamente los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas. El marco jurídico debe tomar en cuenta debidamente la situación de la mujer y de las minorías étnicas” (Naciones Unidas, 2005, párr. 142).

indemnizaciones y reforma institucional que se producen a raíz de conflictos de gran magnitud y que contribuyen al restablecimiento de las relaciones sociales a largo plazo.

En un contexto de negociación política de un conflicto armado como el que ha padecido Colombia en aproximadamente sesenta años, no sería posible que los diferentes actores armados que participen en dicho proceso de negociación acepten sin restricciones acogerse a los procesos penales ordinarios de justicia retributiva. La realidad y las experiencias nacionales e internacionales existentes muestran todo lo contrario, es decir, adicionalmente al interés por llevar a buen término acuerdos definitivos para el cese de las hostilidades armadas y la firma de un acuerdo de paz, los actores que participan en la negociación procuran a toda costa que los procesos penales no se adelanten o que de hacerse, conduzcan a las mínimas consecuencias penales en su contra y contra los integrantes del grupo armado que representan. De hecho, se advierte que, entre los representantes de los actores armados participantes en la negociación, ese es un punto en común y por lo tanto se advierte cierto nivel de consenso respecto de las soluciones más favorables para todos frente a las responsabilidades penales a asignar y las consecuentes sanciones a imponer.

Sin duda este debate o dilema constituye un asunto central en el proceso de negociación para superar un estado de guerra interior. Esto se pudo ver con total claridad respecto del punto 5 del acuerdo de paz entre el gobierno Santos y la guerrilla de las FARC, relativo a los derechos de las víctimas, en donde se tardó casi un año y medio en lograr un acuerdo que satisfaga a las partes, pero al final de cuentas los beneficios punitivos evidentes respecto de la justicia ordinaria y retributiva le fueron aplicados tanto a los integrantes de las FARC como a los agentes del Estado, específicamente los miembros de las fuerzas armadas, incluyendo la policía nacional. Este punto se retomará específicamente en el capítulo tercero.

Jerónimo Betegón Castillo reafirma la complejidad e importancia en el orden ético y político de los legados de la represión en las sociedades que tienen que afrontar un periodo de transición (Betegón, 2013, pp. 25 – 27). Para este autor, este debate fundamentalmente ético ocurre por cuanto desde la perspectiva de la justicia “las violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos no sólo afectan a las

víctimas directas, sino al conjunto de la sociedad, que tiene que ser capaz de enfrentarlas reformando las instituciones que o estuvieron implicadas en su comisión o fueron incapaces de impedirlos” (Betegón, 2013, p. ix). Por ello, enfatiza que la justicia transicional pone de relieve que en un contexto de guerra civil o de gobiernos totalitarios o dictatoriales no pueden efectuarse procesos de posconflicto “sin satisfacer las demandas justificadas de investigación y juzgamiento penal de las violaciones de derechos y de reparación a las víctimas. La insoportable gravedad de muchos de los crímenes cometidos durante largos periodos de luchas internas o represiones públicas demandan una atención prioritaria a la exigencia de responsabilidades y el restablecimiento de la verdad” (Betegón 2013, p. x).

En consecuencia, un proceso de justicia de transición implica primeramente su aplicación en contextos en los cuales ha existido una alteración o afectación del régimen institucional y político de un Estado, bien sea por la implantación de un régimen de facto o dictadura o por la existencia de un conflicto armado interno o una eventual guerra civil –no es objeto de este trabajo la referencia a conflictos armados internacionales-. Por lo tanto, dicho proceso pretende restablecer el orden institucional y democrático suspendido o alterado; hacer las reformas institucionales que permitan consolidar el proceso de transición; facilitar la desmovilización y la posterior reinserción a la vida civil de los integrantes de los grupos armados combatientes; crear las condiciones jurídicas y políticas y la legitimidad institucional que sustenten una realidad de paz estable y duradera, a corto, mediano y largo plazo; y aplicar un régimen de justicia especial que garantice la reparación integral de las víctimas de los crímenes cometidos dentro del gobierno de facto o como consecuencia del conflicto armado. En este marco, la reparación debe incluir los derechos a la verdad y la justicia, medidas de reparación simbólica, indemnizaciones por los daños ocasionados, rehabilitación psicosocial de las víctimas y medidas para evitar que los crímenes atroces se vuelvan a cometer.

En el contexto político en el cual tiene lugar el conflicto armado colombiano resulta improbable llevar a cabo un proceso de paz bajo la postura de aplicar los máximos estándares de justicia contra los miembros de los grupos armados al margen de la ley e incluso sobre los integrantes de la fuerza pública, toda vez que ninguno de estos actores

estaría dispuesto a aceptar que respecto de los delitos imputados se les imponga el máximo de condena que la legislación penal colombiana contempla. En este escenario se comprenden las iniciativas que involucran concesiones en el plano del juzgamiento de los crímenes, particularmente, en cuanto a imposición de condenas, tal como ha ocurrido con la ostensible reducción de la pena contenida en la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz. Esto ocurre también con el reciente acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC aprobado el 24 de noviembre de 2016, en particular el contenido del punto quinto, “Acuerdo sobre víctimas del conflicto”, en el que se establece el “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”.

En relación con los beneficios contemplados en la Ley de Justicia y Paz, la Corte Constitucional de Colombia los ha aceptado al proferir la Sentencia C-370 de 2006, que declaró exequible la Ley 975 de 2005. Para el Alto Tribunal Constitucional, si bien la reducción punitiva propuesta altera el principio de proporcionalidad que se exige entre el crimen cometido y la pena aplicable, esta alteración no responde a un simple ofrecimiento gratuito e irresponsable del legislador a favor de criminales o a una renuncia arbitraria del Estado de su deber punitivo frente a sus conductas criminales, sino a las posibilidades de crear condiciones favorables que en un mediano y largo plazo faciliten el fin del conflicto armado y la consecución de la paz; con lo cual se evitarían numerosos crímenes y la continuidad de una realidad de violencia degradada que se caracteriza por la ocurrencia de sistemáticas violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario que son perpetradas en un mayor porcentaje contra la población civil.

A este respecto, la misma Corte Constitucional (2013) ha llamado la atención sobre la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación entre el deber de investigación y sanción y los principios constitucionales de obtención de la paz y de construcción de la verdad que está implícita en los procesos de justicia transicional. A este respecto señaló lo siguiente:

Los componentes del deber de garantía de los derechos, específicamente del compromiso de investigación, juzgamiento y en su caso sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, puede sufrir limitaciones en un ejercicio de ponderación, cuando ellas resulten en ganancias mayores en términos de otros principios

constitucionales como la obtención de la paz y la construcción de la verdad en un contexto de conflicto. En virtud de lo anterior, es posible realizar una ponderación entre la investigación, juzgamiento y en su caso sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario y las demás consecuencias de la obligación de garantía: (i) El establecimiento de mecanismos que permitan obtener una rápida protección judicial en caso de vulneración o de amenaza en algunos casos requiere de una estrategia de investigación y juzgamiento especial, pues la investigación caso a caso de violaciones a los derechos humanos puede terminar en una situación generalizada de impunidad. Al respecto Nino destaca que una visión maximalista constituye un obstáculo impenetrable a los juicios de las violaciones a los derechos humanos, pues estos crímenes se caracterizan porque son cometidas por muchas manos y por las realidades políticas y dificultades prácticas en la realización de juicios universales se genera una impunidad extendida: todos deben ser castigados por lo cual nadie lo es. De esta manera, la posibilidad de centrar la investigación en una serie de delitos cometidos por los más responsables y aplicar medidas especiales frente a los menos responsables, parte de la imposibilidad fáctica de tener una estrategia de investigación que proceda judicialmente contra todos los sospechosos en un proceso de justicia transicional. (ii) La prevención razonable de las acciones u omisiones con las cuales esos derechos sean vulnerados o amenazados, exige la ponderación entre la reconciliación y la justicia como valores constitucionales, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C - 370 de 2006. (iii) La efectividad del derecho de las víctimas a obtener una adecuada reparación puede implicar una estrategia procesal que permita que la misma pueda hacerse también fuera del proceso penal a través de mecanismos administrativos para hacerla más eficaz. (iv) El aseguramiento del pleno y libre ejercicio de esos derechos puede implicar que para garantizar derechos como la verdad puedan aplicarse formas especiales de investigación y beneficios penales por la revelación de los hechos. Adicionalmente, para asegurar que no se presente una discriminación injustificada pueden precisamente establecerse mecanismos legales de priorización, pues de lo contrario la determinación de qué casos van a revisarse primero puede depender en la práctica de la mera discrecionalidad del operador jurídico. Los mecanismos de justicia transicional implican precisamente una ponderación entre estas finalidades a partir de la cual se puede autorizar una limitación entre sí en algunos casos.

2. Justicia consensuada y mecanismos de terminación anticipada del proceso penal

Como complemento al breve análisis de la justicia transicional o justicia de transición, es pertinente mencionar brevemente el concepto de justicia restaurativa, como también a lo que dentro del proceso penal ordinario se conoce como la justicia consensuada. Esta última se refiere a los denominados mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, que descansa en dos objetivos fundamentales: evitar que dichos procesos de posterguen hasta la etapa de juicio, generando mayor desgaste del aparato judicial, y procurar que el actor del delito y la víctima alcancen un acuerdo para poner fin a la investigación penal, tras la reparación de la misma víctima. En este sentido,

la reparación podría entenderse como una posibilidad para terminar anticipadamente los procesos penales mediante el consenso y los acuerdos que logren materializar el actor del delito y la víctima.

De igual forma, podría considerarse que la justicia restaurativa, más aún, la justicia transicional, comparten aspectos afines con el amplio espectro de la denominada justicia consensuada, con las especificidades que cada una de estas categorías implica, específicamente en lo que se relaciona con la justicia transicional, tanto por los crímenes sobre los cuales pretende aplicarse, y también porque no sólo involucra al victimario y la víctima, sino también a la sociedad en general, y aún a la comunidad universal de seres humanos, principalmente cuando se trata de crímenes de lesa humanidad, por la definición y las implicaciones de este tipo de delitos.

En torno a la justicia consensuada, conviene remitirse concretamente a la normatividad penal vigente, así como a su desarrollo jurisprudencial. Esto evita hacer una extensa y compleja disertación de lo que abarca, y más cuando no es un tema a desarrollar de fondo en el presente trabajo. De manera específica se citará lo regulado por el código de procedimiento penal vigente, en particular la Ley 906 de 2004, la cual se estructuró sobre la base de un modelo procesal de corte acusatorio y que opera sobre la hipótesis de lograr que la menor cantidad de procesos lleguen a conocimiento de juez, lo que implica que dicha ley, así como algunas reformas que se han pretendido y aún se pretenden, optan por la potencialización de los instrumentos de terminación anticipada del proceso penal, dentro de un esquema que fortalezca la eficacia de la investigación penal a través del diseño e implementación de mecanismos jurídicos que permitan garantizar los fines de la justicia y velar por la protección de los derechos de las víctimas.

Las negociaciones en materia punitiva, los preacuerdos y los acuerdos penales, estipulados como mecanismos idóneos de terminación anticipada del proceso penal, se adoptaron en el nuevo sistema acusatorio para buscar a través de ellos que gran parte de los asuntos no fueran a juicio. Estos mecanismos pertenecen a figuras propias de la justicia consensual y cada uno ofrece, dentro de su propia naturaleza jurídica, posibilidades distintas de negociación que pueden ser combinadas según sea el caso.

Sin embargo, pese a que la aplicación de estas figuras jurídicas pretende una más rápida y efectiva justicia, su utilización en Colombia no ha sido fructífera por cuanto estos instrumentos suelen verse como figuras de impunidad y no de política criminal. Así mismo, y se verá en el capítulo cuatro de este trabajo, ha hecho carrera un errado concepto de justicia, en donde se entienden como tal propuestas y requerimientos que están más cerca de los ánimos de venganza, en donde al parecer, el castigo por sí mismo sería la única opción que satisface la efectividad de los derechos de las víctimas. Corresponde a una posición cargada de intencionalidad ideológica, pues el proceso de paz adelantado entre el gobierno Santos y la guerrilla de las FARC, ha dejado en evidencia que el reclamo válido de las víctimas por el derecho a la justicia tiene procedencia dependiendo del actor armado que está “sentado en la mesa de negociación”.

Esto es más evidente para algunos sectores o promotores de dichos derechos, específicamente quienes no son víctimas, aunque también se observa en algunas de las víctimas identificadas como “emblemáticas”, expresión sin duda chocante por lo que implica, que ocupan cargos y posiciones importantes en el gobierno y en la rama legislativa o judicial, o hacen parte de reconocidos sectores económicos, quienes han logrado establecer su propia y, posiblemente, legítima posición como una única postura de lo que debe entenderse como justicia dentro de este tipo de procesos de acuerdos y negociaciones.

Resulta incomprensible que quienes de alguna manera “se rasgaban las vestiduras”³⁰ frente a lo regulado por la Ley 975 de 2005 aplicable al proceso de negociación con los grupos de autodefensas y paramilitares, guardaran tanta discreción respecto de esos mismos reclamos frente al proceso con las FARC en La Habana. Si se comparan con objetividad, no es para nada complejo concluir que los textos y acuerdos de este último en materia de justicia son mucho más laxos que los aprobados dentro de lo que se conoce como el proceso de Justicia y Paz.

³⁰ Esta expresión se toma de una práctica corriente en el pueblo judío, y muy evidente en el grupo de los denominados fariseos con respecto a las acciones o palabras de Jesús, y con ello mostraban rechazo y repudio respecto de lo que veían o escuchaban. En ese sentido puede consultarse o leerse varios pasajes de la Biblia, tanto del antiguo como del nuevo testamento.

Respecto a los graves crímenes que todos los actores del conflicto han cometido, no es válida la postura que esgrime el origen, la ideología y las supuestas pretensiones políticas de uno u otro grupo para que, con base en ello, se pretenda justificar posiciones más tolerantes o menos drásticas en cuanto a su juzgamiento y sanción. Lo mismo ocurre con los agentes del Estado, quienes intentan ampararse en su legalidad y su rango constitucional para obtener beneficios adicionales frente a los crímenes perpetrados, que son ajenos al servicio que deberían cumplir. Frente a graves crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos, aunque se tenga en cuenta el contexto histórico de surgimiento, evolución y transformación de la dinámica de violencia, lo que se tiene que investigar, juzgar y sancionar no es el origen legal o no, la ideología, el bien que supuestamente pretenden o las aspiraciones políticas de los diversos actores armados, sino las conductas específicas, principalmente en contra de la población civil inerme, lo cual aplica para todos estos actores del conflicto colombiano.

Con relación a la justicia consensuada resulta pertinente citar el último proyecto de ley que cursó en el Congreso de la República de Colombia con el fin de potenciar aún más los mecanismos que caracterizan esta propuesta de justicia que destaca la prevalencia de los acuerdos y las negociaciones, principalmente entre el aparato de justicia y los responsables de los delitos y que, como se mostrará, necesariamente requieren de la realización efectiva de los derechos de las víctimas y su reparación integral. Se trata del Proyecto de Ley No. 21 de 2015 Cámara *“Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de 2004, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones.”* El citado proyecto fue presentado conjuntamente por el Fiscal General de la Nación, Eduardo Montealegre Lynett, el Ministro de Justicia y del Derecho, Yesid Reyes Alvarado, el 21 de julio de 2015; fue asignado por competencia a la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, y publicado en la Gaceta del Congreso No. 512 de 2015.

Dicho proyecto fue aprobado en primer debate y se presentó ponencia para segundo debate ante la Plenaria de la Cámara de Representantes el 14 de diciembre de 2015, que empezaría a tramitarse a partir del 16 de marzo de 2016 con el inicio de las sesiones ordinarias del Congreso de la República. Lamentablemente, dicha iniciativa se

hundió porque no se adelantó el trámite legislativo requerido. Se trató de un momento inoportuno para dicho trámite, toda vez que se acercaba la terminación del periodo del fiscal Montealegre, junto con las polémicas surgidas especialmente al final de su gestión; además, el país estaba sumido en todo lo relacionado con el proceso de paz que se adelantaba en La Habana entre el gobierno Santos y las FARC, particularmente, en los acuerdos que se venían alcanzando.

No obstante, los temas propuestos en esa reforma resultan vigentes para el debate y esenciales para un nuevo proyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal, lo cual se ha expresado en varios espacios de discusión pública o académica. Incluso, algunos de estos temas fueron incluidos en la reciente propuesta de reforma a la justicia pretendida por el actual gobierno Duque y que igualmente naufragó en su trámite legislativo³¹, siendo criticada por todos los sectores con autoridad en la materia, toda vez que mezclaba en un solo proyecto diferentes temas, abordados de manera superficial y aislada, que no conducían a una reforma estructural y de fondo del sistema de justicia en Colombia. Como de costumbre, según la frase popular ya muy conocida en Colombia, se trataba de una “colcha de retazos” para atender urgencias y coyunturas del momento.

Por la pertinencia de este asunto, conviene citar los temas que en esa reforma se abordaban, y obviamente referirse a ellos según su regulación actual por parte de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal. Conforme a la exposición de motivos, la reforma tenía como finalidad modificar figuras de relevancia que no han funcionado adecuadamente, con miras a recuperar la eficiencia del proceso (Cámara de Representantes de Colombia, 2015). Se destacan las modificaciones a los preacuerdos y los acuerdos, así como las precisiones sobre conciliación y mediación como mecanismos de justicia restaurativa. De igual forma, el citado proyecto de ley se proponía recuperar figuras jurídicas de la Ley 600 de 2000, que podrían igualmente operar en armonía con el actual sistema acusatorio regulado por la Ley 906 de 2004. En particular, se introduce la indemnización integral de perjuicios y los beneficios por colaboración con

³¹ Se trata del proyecto de ley “Por medio del cual se reforma la justicia, se modifica el Código de Procedimiento Penal, Código Disciplinario del Abogado, el Estatuto Arbitral, el código General del Proceso, la Ley 1905 de 2018, se estimula la Conciliación Extrajudicial Contencioso Administrativa, se adiciona la Ley 1437 de 2011 y se dictan otras disposiciones.”

la justicia penal, propuesta como otra figura de la terminación anticipada del proceso penal

Por su relevancia para el tema tratado en esta monografía se destacan las propuestas de modificación del Título II del Código de Procedimiento Penal relativo a los *preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado*. La reforma optaba por establecer una definición y distinción entre los conceptos de negociaciones, preacuerdos y acuerdos. Es así como la modificación propuesta al artículo 348 del Código establece que “las negociaciones consisten en los acercamientos entre el indagado, investigado o acusado y la Fiscalía, con la finalidad de llegar a un acuerdo” y que se entiende por preacuerdo el “conjunto de condiciones pactadas entre el indagado, imputado o acusado y la Fiscalía, producto de las negociaciones, para ser presentado ante el juez de conocimiento para su aprobación”. En ese sentido, acuerdo sería la negociación perfeccionada entre el procesado y el fiscal “cuando sea aprobado por el juez de conocimiento” (Cámara de Representantes de Colombia, 2015).³²

Uno de los puntos más importantes en materia de preacuerdos y acuerdos se relaciona con la aceptación de cargos por parte del imputado, que se concebía como un instrumento de economía procesal a través del cual el procesado acepta su responsabilidad por su participación en la comisión de una conducta punible y, a cambio, recibe un beneficio punitivo. El proyecto pretendía rescatar esta institución eliminando normas que han producido tropiezos en su desarrollo y resolver ciertas lagunas de interpretación que permitan mejorar la eficiencia del mecanismo. Así las cosas, la reforma contemplaba la posibilidad de allanarse a cargos en los mismos eventos que los actualmente establecidos, pero incluía la posibilidad de hacerlo también durante la audiencia de acusación. Adicionalmente, se regulaba el tema de las aceptaciones de cargos parciales y se aclaraba que los beneficios punitivos corresponderían única y

³² Actualmente el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, aún vigente estipula: “ARTÍCULO 348. FINALIDADES. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso. El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.”

exclusivamente a lo que fue materia de aceptación (Cámara de Representantes de Colombia, 2015).

En materia de preacuerdos se establecía como cláusula normativa que los preacuerdos debían respetar los derechos de las víctimas dentro de lo fáctica y jurídicamente posible, sin que ello signifique que la inconformidad de la víctima afectara la validez del acuerdo, aspecto que resulta acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que sobre el particular señaló:

La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (Art. 348). No conduce a la humanización de la actuación procesal prescindir del punto de vista del *agraviado* o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Es imposible activar de manera adecuada la solución del conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente, la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado. Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrado[s] entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima. (Corte Constitucional, 2007b)

Uno de los importantes cambios que pretendía dicha reforma, que se incorporaba en el reciente proyecto de reforma a la justicia - de ahí su trascendencia -, tiene que ver con la aplicación de la llamada *indemnización integral* dentro del proceso penal acusatorio regulado por la Ley 906 de 2004, y que aparece consagrada en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, como causal de la extinción de la acción penal en los procesos por delitos de menor impacto social, debido a que no existe una grave afectación al bien jurídico tutelado. El legislador del 2004, al aprobar la Ley 906 correspondiente al actual Código de Procedimiento Penal, se abstuvo de considerar esta figura, con lo cual se

eliminaba un instrumento de terminación anticipada del proceso de mucha utilidad, tanto para la descongestión de la justicia penal, la racionalización del sistema penal y la funcionalidad del aparato punitivo del Estado, como para la realización de la justicia material y la satisfacción de los derechos de las víctimas y del inculpado, según lo había reconocido la Corte Constitucional al declarar exequible la Ley 906 de 2004 (Corte Constitucional, 2007b).

Sin embargo, por fortuna, por vía de interpretación jurisprudencial, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha aplicado esta figura en asuntos adelantados bajo la vigencia de la Ley 906 de 2004, con uso del principio de favorabilidad. Por ello, en la sentencia de 13 de abril de 2011, expediente 35946, se sostuvo lo siguiente:

Sin embargo, así como es viable aplicar el principio de favorabilidad para asuntos regidos por el sistema de Ley 600 con disposiciones de la Ley 906, bajo la misma lógica lo es proceder en sentido contrario, esto es, traer institutos de la Ley 600 a asuntos tramitados por la 906, como aquí ocurre, siempre y cuando no se opongan a la naturaleza del sistema acusatorio. (...) De modo que, ningún obstáculo encuentra la Sala para aplicar en esta coyuntura procesal la figura de la extinción de la acción penal por indemnización integral, más aún si con la solución aparecen satisfechas las demandas de justicia y verdad de la víctima quien, precisamente, como atrás se reseñó, se une a la petición de procesados y defensores en el sentido de que se declare la extinción de la acción penal. (Corte Suprema de Justicia, 2011)

Precisamente, la pretendida reforma a la justicia, presentada por el gobierno de Iván Duque, rescataba esta reincorporación legislativa al actual proceso penal acusatorio, en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica y de incorporar un mecanismo de terminación anticipada del proceso que resulte útil para la eficiencia de la administración de justicia, al proponer normativizar la indemnización integral.³³ Es

³³ Según la exposición de motivos del proyecto de ley de reforma a la justicia, el procedimiento de la Ley 600 de 2000 incluía una “forma de terminación anticipada del proceso que era la indemnización integral, a través de la cual finalizaban gran parte de los procesos por el pago de una indemnización a la víctima a través de la tasación de los perjuicios. En el nuevo procedimiento se eliminó la indemnización integral siendo reemplazada por el principio de oportunidad, el cual no ha funcionado por todos los trámites exigidos por la ley. El siguiente es el texto del artículo propuesto: Artículo 18. Adiciónese el artículo 324 A al Código Penal: ARTICULO 324 A. Indemnización integral. En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la acción penal se extinguirá para todos los imputados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado. (...) Se exceptúan los delitos de hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección. (...) La extinción de la acción a que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso respecto de las personas en cuyo favor se haya proferido archivo, preclusión de la investigación o cesación por este motivo, dentro de los cinco (5) años anteriores. Para el efecto, la Fiscalía General de la Nación llevará un registro de las decisiones que se hayan proferido por aplicación de este artículo.”

importante destacar que esto permite la satisfacción de los derechos de las víctimas, tal como lo reseña la Corte Suprema de Justicia. Así mismo, la Corte Constitucional lo ha reconocido a través de la siguiente afirmación:

Es dable admitir que los derechos a la verdad y a la justicia son derechos compatibles con la figura de la indemnización de perjuicios como causal de extinción de la acción penal y que, además de dicha compatibilidad, dichas garantías resultan inescindibles de la indemnización integral pues cuando la misma se otorga se realiza el ideal de justicia perseguido por el legislador amén de que se establece la verdad sobre el ilícito en términos de su autoría. (Corte Constitucional, 2003)

Por otra parte, el proyecto de reforma al proceso penal también contemplaba cambios referentes a la justicia restaurativa que fue constitucionalizada a través del Acto Legislativo 03 de 2002. Sobre su naturaleza y alcances, en la sentencia del 26 de septiembre de 2005, la Corte Constitucional expresó:

La justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido. Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica. (Corte Constitucional, 2005a)

Como se ha referido, la Ley 906 de 2004 - que corresponde al Código de Procedimiento Penal - desarrolló algunos aspectos de la justicia restaurativa, principalmente, de algunos de sus mecanismos, tales como la conciliación y la mediación. La conciliación es un instrumento al que han recurrido las partes involucradas en el conflicto, lo que no ha sucedido con la mediación. La Sentencia C-591 de 2005 de la que fue magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández (Corte Constitucional, 2005b), precisó que la conciliación ha sido entendida “como una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares” (Corte Constitucional, 1999).

La propuesta de reforma en cuestión (artículos 521-527), así como otras reformas que en distintos ámbitos jurídicos se sugieren, se encaminan a incentivar y facilitar el acceso a esta modalidad de justicia restaurativa hasta el punto de abrir las puertas para que, además de la mediación y la conciliación, las partes puedan acudir a otros mecanismos que les permitan llegar a un acuerdo reparador. Se propone facultar a la Fiscalía para crear centros de mediación y conciliación, cuyo funcionamiento debería ser reglamentado por el mismo ente acusador (Cámara de Representantes de Colombia, 2015).

No obstante, respecto a los evidentes aportes que se sugieren en el campo de lo restaurativo, el proyecto de ley comentado así como las nuevas propuestas que se pretenden impulsar desde el ejecutivo, el legislativo y por parte de la misma Fiscalía General de la Nación, poco o nada contemplan para avanzar en una política penitenciaria efectiva que pueda sentar las bases de una reintegración social de los condenados, con lo cual se podría cerrar el círculo de acuerdo al propósito de un modelo restaurativo de justicia. Estos instrumentos de justicia restaurativa no podrían limitarse a agilizar y economizar la actuación del aparato judicial, ni restringirse solamente al ámbito de la garantía de los derechos de las víctimas y su reparación de las víctimas, aunque sea indudable la importancia de estos derechos. Esto, porque lo restaurativo debe incluir al infractor de la ley penal y contribuir eficazmente a su reintegración a la sociedad, con el presupuesto que no vuelva a incurrir en delitos. En este sentido, justicia restaurativa implica restaurar la relación de quien ha delinquido con la sociedad, lo que necesariamente tiene que partir de la premisa de la No Repetición.

3. Justicia restaurativa

De acuerdo a lo mencionado sobre la justicia consensuada, particularmente en lo atinente a los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, con énfasis en los preacuerdos, acuerdos, la aceptación de cargos, la conciliación y mediación, cabe resaltar que su regulación actual en Colombia se restringe a los llamados delitos menores, hurtos simples, lesiones personales, delitos contra el buen nombre, otros delitos contra el patrimonio y, cuando mucho, algunos casos de homicidios culposos ocasionados por accidentes de tránsito. En este sentido, reviste relevancia referirse a la

aplicación de la justicia restaurativa frente a los crímenes de los que se ocupa la justicia transicional.

En la presente monografía se afirma que es posible que en escenarios de transición puedan incluirse algunos elementos de la justicia restaurativa, con miras a contribuir en la no repetición y generar condiciones favorables para un proceso de reconciliación y una paz estable y duradera. En estricto sentido, la propuesta radica en incluir la reparación integral de las víctimas como un elemento sustancial de la reinserción social de los responsables de crímenes graves tipificados en la legislación penal colombiana. Por ello, en este apartado se identifican aquellos planteamientos de la justicia restaurativa que abordan esta complejidad.

Howard Zehr, considerado un representante sobresaliente de estos modelos de justicia, en su *Pequeño libro de justicia restaurativa* (2005) plantea que este tema exige dar respuestas a preguntas como las siguientes: “¿Cómo debemos responder como sociedad ante el delito? ¿Cuál debería ser la respuesta ante un crimen o un acto de injusticia? ¿Qué se requiere para hacer justicia?”

Este autor señala que cada vez más se reconocen falencias y limitaciones en el sistema de justicia penal de Occidente; víctimas, ofensores y miembros de las comunidades afectadas por los diversos crímenes perciben que la justicia penal ordinaria o retributiva no responde de manera oportuna y adecuada a sus necesidades. También manifiesta que los profesionales del sistema u operadores judiciales, principalmente, jueces, abogados, fiscales, supervisores a cargo de la libertad condicional y funcionarios carcelarios, entre otros, hacen explícita su frustración, toda vez que “(...) que el proceso judicial agudiza aún más las heridas y los conflictos sociales en lugar de ayudar a sanarlos o transformarlos. La justicia restaurativa es un intento de responder a algunas de estas necesidades y limitaciones” (Zehr, 2005, p. 5).

Zehr reconoce que la justicia restaurativa se formuló inicialmente para los delitos considerados de menor gravedad, hurtos y otros delitos contra la propiedad, pero reconoce que es erróneo mantener su ámbito de aplicación restringido a este tipo de delitos. Por fortuna, en la actualidad ya algunas comunidades incluyen alternativas restauradoras “para tratar las formas más graves de violencia criminal: muertes

provocadas por conducir bajo la influencia del alcohol, asaltos, violaciones e, incluso, homicidios. A partir de la experiencia de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, se han desarrollado iniciativas para aplicar un modelo de justicia restaurativa a situaciones de violencia masiva.” (Zehr, 2005, p. 6).

Por otra parte, Zehr y otros promotores de la justicia restaurativa, encuentran que con frecuencia programas presentados como restaurativos no sólo no responden al concepto y los principios centrales de esa justicia, sino por el contrario constituyen auténticas excusas para no hacer efectiva la justicia y su función reparadora. Las víctimas y quienes abogan por sus derechos enfatizan esta posición crítica, para quienes, si bien la justicia restaurativa proclama su prioridad de atender las necesidades de las víctimas, la realidad evidencia que dicho objetivo está lejos de lograrse (Zehr, 2005, p. 7). En este sentido, se advierte que con frecuencia “(...) los esfuerzos de la justicia restaurativa estén motivados principalmente por el deseo de realizar un trabajo más efectivo con los ofensores. Al igual que el sistema de justicia penal, al cual pretende reemplazar o mejorar, la justicia restaurativa corre el riesgo de convertirse principalmente en un método para tratar a los ofensores.” (Zehr, 2005, p. 7).

Lo mismo ocurre del lado de los victimarios o de quienes trabajan en su favor, quienes cuestionan si este modelo de justicia ha atendido sus necesidades y si los mecanismos o alternativas propuestos han sido lo suficientemente restauradores (Zehr, 2005, p. 7). De hecho, formulan preguntas claves, cuya respuesta ha de ser obligatoria para determinar la pertinencia de este modelo de justicia y su aplicación más amplia y recurrente: “¿Los programas restaurativos aportan el apoyo necesario para ayudar a los ofensores a cumplir con sus obligaciones y cambiar sus patrones de comportamiento? ¿Los programas tratan adecuadamente las heridas latentes que pudieran haber influido en la formación de estos ofensores? ¿Están convirtiéndose simplemente en otra forma de castigar a los ofensores bajo una nueva fachada? ¿Y qué hay de la comunidad en general? ¿Se le está motivando adecuadamente para que se involucre y asuma sus obligaciones para con las víctimas, los ofensores y sus miembros en general?”

Así, Howard Zehr sugiere una definición de justicia restaurativa en donde opta por especificar con detalle lo que en su concepto no es o no debe entenderse como justicia

restaurativa. Por lo particular de esa definición y sus aportes específicos al objetivo del presente trabajo, se enuncian apartes de su propuesta a continuación (Zehr, 2005, pp. 8 - 11):

- La justicia restaurativa no es un programa orientado principalmente hacia el perdón y la reconciliación. Si bien, tanto el perdón como la reconciliación son un horizonte pretendido, los cuales en ocasiones se logran, no constituye un fin en sí mismo alcanzar estos objetivos.

- La justicia restaurativa no es una mediación. Ésta es una importante precisión que realiza Zehr. Es cierto que muchos programas de justicia restaurativa promueven algunos encuentros entre las víctimas, los victimarios y otros miembros de la comunidad; sin embargo, no necesariamente es un requisito indispensable y, más aún, recomendable motivar dichos encuentros. La mediación implica un encuentro y diálogo entre partes iguales, o que de alguna manera les incumbe niveles de responsabilidad compartida en los hechos respecto de lo que se pretende alcanzar un acuerdo; en estricto sentido son partes procesales o judiciales: “En un conflicto o pleito mediado se asume que las partes se encuentran moralmente parejas, es decir, ninguna tiene toda la culpa porque muchas veces todas ellas han contribuido al conflicto y deben compartir las responsabilidades (...)” (Zehr, 2005, p. 9). Por el contrario, los encuentros restauradores, exigen en todo momento que los victimarios acepten sin excusas o justificación alguna su responsabilidad en los crímenes cometidos y reconozcan los daños causados.

- La justicia restaurativa no es una estrategia diseñada principalmente para bajar las tasas de reincidencia delictiva. Las propuestas de justicia restaurativa se plantean como alternativa eficaz para reducir la reincidencia o promover la no repetición de las conductas delictivas, principalmente, ante el evidente fracaso del modelo de justicia penal ordinaria con énfasis retributivo. No obstante, no puede reducirse el fin de un modelo de justicia restauradora a lograr esos resultados, por importantes que ellos sean. Según Zehr, la justicia restaurativa se implementa principalmente por un imperativo moral, el cual implica que las necesidades de las víctimas sean atendidas, y que los ofensores o victimarios encuentren escenarios que los motiven a reconocer y, más aún, a asumir su responsabilidad (Zehr, 2005, p. 9).

- La justicia restaurativa no es un programa ni un proyecto específico. Zehr sugiere que la justicia restaurativa no responde a un modelo rígido que exija el cumplimiento de medidas o requisitos de carácter obligatorio, en tanto no existe un modelo ideal de justicia restaurativa que deba implementarse independientemente del conflicto a resolver o de su contexto social o cultural. Es decir, los modelos restauradores responden estrictamente a la cultura en donde surgen los respectivos conflictos y, por ende, son las mismas comunidades quienes deben aplicarlos conforme a sus propias necesidades y recursos (Zehr, 2005, p. 10).

- La justicia restaurativa no está dirigida principalmente a la atención de delitos menores ni de delincuentes primerizos. Frente a este punto, lo que Zehr destaca es que la justicia restauradora puede tener su mayor impacto en los casos más graves, y que, si se tomaran en serio sus principios, se tornaría en una necesidad adoptar medidas restaurativas en los casos graves (Zehr, 2005, p. 10).

- La justicia restaurativa no es una panacea ni tampoco es necesariamente un sustituto del sistema legal. Teniendo en cuenta las esferas pública y privada que conllevan los conflictos y, particularmente, los delitos, no se podría siquiera aceptar que en todos los casos y contextos se deba aplicar un modelo de justicia restaurativa y, menos aún, que éste deba sustituir el sistema ordinario de justicia penal. La variedad de crímenes, las especificidades de cada hecho y aún de cada victimario, requiere de medidas útiles y efectivas que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, su oportuno juzgamiento y la sanción del caso. Esto necesariamente conduce a que tanto el sistema penal regular como el modelo de justicia restaurativa coexistan y se complementen. En este sentido, Zehr comprende que la justicia restaurativa no se opone a la retribución que caracteriza los sistemas penales ordinarios.

- La justicia restaurativa no es necesariamente una alternativa al encarcelamiento. La crítica al sistema penitenciario actual en donde prevalece la privación de la libertad en centros carcelarios y penitenciarios no es actual ni proviene exclusivamente de propuestas de justicia restaurativa, por el contrario, la misma dogmática penal y la criminología desde hace décadas han puesto la mirada crítica en las medidas intramurales, así como al sistema carcelario en general, al cual se acusa no sólo de

ineficaz frente a la reinserción social de los responsables de crímenes y, más aún de crímenes graves, sino también respecto de la reincidencia y la no repetición. Para Zehr, “Si se tomara en serio la justicia restaurativa, no dependeríamos tanto de las prisiones y se modificaría de manera significativa la naturaleza del encarcelamiento. Sin embargo, también es posible aplicar prácticas restaurativas de manera conjunta o en paralelo con las sentencias en prisión. No son necesariamente una alternativa al encarcelamiento” (Zehr, 2005, p. 11).

Con relación al contexto colombiano, particularmente al conflicto armado interno o, podría decirse mejor, a la realidad de violencia generalizada y a los múltiples y variados crímenes que se han cometido y se siguen cometiendo en este país, también se ha planteado el debate de si los elementos característicos de la justicia restaurativa podrían aplicarse de manera exclusiva o como complemento de la justicia penal ordinaria o la justicia transicional. Para ello, dado que en el capítulo cuarto se profundizará este debate, en este apartado se plantea el tema a partir de lo expuesto por Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon (Uprimny, et.al., 2006, pp. 110-138).

En primer lugar, estos autores enfatizan el origen diferente de estos dos modelos de justicia, distinción que es determinante para la aplicación de uno u otro modelo de justicia, principalmente por los fines y objetivos que persiguen: “(...) mientras que la justicia transicional surgió con el propósito esencial de equilibrar las exigencias de justicia y de paz en contextos excepcionales de transición de la guerra a la paz o de la tiranía a la democracia caracterizados por la necesidad de enfrentar la violación masiva y sistemática de derechos humanos, la justicia restaurativa apareció como un paradigma alternativo y crítico del funcionamiento del sistema penal en condiciones de normalidad y, en concreto, de la manera como éste castiga las formas ordinarias de crimen presentes en una sociedad.”

Uprimny y Saffon reconocen que la justicia restaurativa responde a un desarrollo conceptual reciente y, siguiendo a otros autores, concluyen que “(...) se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que, en lugar de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo, parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario. En ese sentido, todos los autores y grupos que

la defienden coinciden en propugnar porque el derecho penal deje de centrarse en el acto criminal y en su autor, y gire la atención hacia la víctima y el daño que le fue ocasionado (ver Minow, 1998; Gilman, 2003; Braithwaite, 2001; Zehr, 1990). Según estas visiones, las necesidades de las víctimas y el restablecimiento de la paz social son las finalidades básicas que debe tener la respuesta al crimen, por lo que lo importante es reconocer el sufrimiento ocasionado a la víctima, reparar el daño que le fue ocasionado y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable, a quien debe intentar reincorporarse a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales.” (Uprimny, et.al., 2006, p. 119).

De igual manera citan varios de los mecanismos de justicia restaurativa que se han implementado en diferentes contextos y culturas, respecto de los cuales afirman que “se fundan en la participación de la comunidad y, en particular, en el diálogo entre los actores directamente involucrados en el crimen, es decir, entre los victimarios y sus víctimas” (Uprimny, et.al., 2006, p. 119). Así mismo, mencionan la aplicación de la justicia restaurativa a un proceso transicional, como fue el que puso fin al régimen del *apartheid* en Sudáfrica, en el cual frente a realidades de violencia extrema se buscó sanar las profundas heridas dejadas por los crímenes perpetrados y, así mismo, garantizar una paz duradera. En ese sentido, la justicia restaurativa le otorga a la justicia transicional un grado de legitimidad y, “(...) lo que es más importante, mantiene en ella la centralidad de los derechos humanos, pues si bien el derecho de las víctimas a la justicia es sacrificado de manera importante, lo es en pro de la garantía de los derechos de éstas a la verdad y a la reparación.” (Uprimny, et.al., 2006, p. 121).

No obstante, Uprimny y Saffon, son críticos de esta posición que aboga por la aplicación preferente y aún exclusiva de la justicia restaurativa en aquellos contextos en los cuales se pretende aplicar un proceso de justicia transicional cuando se han cometido crímenes atroces por los diferentes actores involucrados que han afectado ostensiblemente la dignidad humana. Sostienen que seguramente serán de utilidad varias figuras y elementos propios de la justicia restaurativa, los cuales deben complementar el proceso de justicia transicional, pero en ningún caso sustituirlo. En su opinión, los mecanismos de la justicia restaurativa no ofrecerían por sí solos “un equilibrio

adecuado entre las exigencias contradictorias de justicia y paz que se le imponen a la justicia transicional, ni parece suficiente para superar por sí sola los traumas sociales dejados por las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que ésta ha de enfrentar” (Uprimny, et.al. 2006, p. 121).

Siguiendo lo dicho por Howard Zehr en el texto citado, las críticas referidas por los autores anteriormente presentados obedecerían a una confusión con relación al concepto de justicia restaurativa, donde se enfatiza aquello que precisamente no es la justicia restaurativa: “(...) no es un programa orientado principalmente hacia el perdón y la reconciliación; no es necesariamente una alternativa al encarcelamiento, y, no es una panacea ni tampoco es necesariamente un sustituto del sistema legal” (2005, pp. 8 - 11).

Aunque la bibliografía sobre justicia restaurativa y justicia transicional producida en Colombia se ha incrementado en los últimos años, esto motivado por el contexto del país en torno a la desmovilización de grupos armados ilegales y el proceso reciente de negociaciones de paz entre el gobierno y las FARC, para este capítulo resultó relevante destacar algunos planteamientos de juristas y criminólogos colombianos y extranjeros que exponen de manera precisa los planteamientos que aborda la monografía.

A partir de la revisión de los planteamientos referidos sobresale la importancia de la necesaria relación entre la realización de los derechos de las víctimas en escenarios de transición y el proceso de reinserción social o reintegración de los perpetradores de crímenes graves, para que los fines de la justicia se lleven a cabo. Así, se propiciarían condiciones que fundamenten una paz duradera, con base en la no repetición, que es precisamente lo que se espera de la reinserción social.

Por otra parte, lo afirmado por Zehr da un sustento teórico a lo que se pretende fundamentar en la presente monografía, en el sentido que es necesario incluir planteamientos de la justicia restaurativa frente al tratamiento de crímenes graves, con lo cual lo señalado en el análisis del proyecto de reforma a la justicia plantea retos para un debate inacabado en Colombia sobre este crucial aspecto.

CAPÍTULO III. LAS TRANSICIONES EN COLOMBIA, PROCESOS DE PAZ, SOMETIMIENTO A LA JUSTICIA, LEGISLACIÓN APLICABLE Y TRATAMIENTO PUNITIVO

A lo largo de la historia reciente de Colombia, el Estado ha emprendido múltiples esfuerzos por construir escenarios de transición de la guerra hacia la paz. Dos de los esfuerzos más significativos y recientes se relacionan con el proceso de desmovilización de grupos paramilitares que tuvo lugar en la administración del presidente Álvaro Uribe Vélez y con el acuerdo suscrito con la guerrilla de las FARC en 2016, bajo la administración del presidente Juan Manuel Santos.

Además de las negociaciones políticas propias de estos procesos, han sido necesarios para su ejecución desarrollos normativos y diseños de política pública que permitan materializar los acuerdos. En este capítulo se profundizará en estas dos experiencias a partir del tratamiento de los responsables de graves crímenes y las formas en las que dicho tratamiento previó la reinserción social de los excombatientes y la reparación integral de las víctimas.

Dado que no corresponde al objeto de esta monografía, no se abordarán los procesos de negociaciones de paz que emprendieron diferentes gobiernos antes de 2005; sin embargo, es oportuno recordar que, dadas las características específicas del conflicto armado colombiano, son muchas las oportunidades en las que el Estado colombiano ha tenido que adelantar procesos de negociación con grupos armados ilegales para transitar a la paz. Al respecto, vale la pena destacar las negociaciones que adelantó el gobierno del presidente Virgilio Barco con el grupo guerrillero M-19 en 1990, la posterior participación en la Asamblea Nacional Constituyente de las guerrillas Ejército Popular de Liberación (EPL), Quintín Lame y Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT), la negociación del gobierno del presidente César Gaviria con la Corriente de Renovación Socialista (CRS) que finalizó con su desmovilización en 1994, y la fallida negociación adelantada con la guerrilla de las FARC durante la administración del presidente Andrés Pastrana. Así mismo, un elemento normativo que ha permitido los acercamientos y diálogos del Gobierno Nacional durante diferentes administraciones con

organizaciones armadas ilegales es la Ley 418 de 1997³⁴, que sirvió de cimiento jurídico tanto para los diálogos con las Autodefensas Unidas de Colombia como con las FARC.

1. Ley 975 de 2005 - Ley de Justicia y Paz

Tras conversaciones adelantadas por el Comisionado de Paz del gobierno del presidente Uribe Vélez con los máximos jefes de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), en diciembre de 2002 el presidente sancionó la Ley 782 de 2002, a través de la cual introdujo modificaciones a la Ley 418 de 1997, principalmente relacionadas con la no exigencia de reconocimiento de estatus político a los grupos armados ilegales con los que se pactaran acuerdos orientados a su desmovilización.

El 15 de julio de 2003 el gobierno nacional suscribió en Córdoba el acuerdo de paz de Santa Fe de Ralito con las AUC. Este acuerdo incluyó la desmovilización progresiva de los miembros de AUC a partir de la fecha de suscripción del acuerdo y hasta el 31 de diciembre de 2005. Ese mismo año, el gobierno nacional promovió un proyecto de ley de alternatividad penal duramente criticado por la opinión pública en ese momento, que finalmente no fue sancionado por el Congreso de la República.

El 22 de junio de 2005 el Congreso aprobó la Ley 975 de 2005, también conocida como Ley de Justicia y Paz, que establecía las condiciones y parámetros para la desmovilización y reincorporación de miembros de grupos armados al margen de la ley, y regulaba “lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a [dichos grupos], como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional” (artículo 2). Esta ley constituye el marco normativo para la desmovilización y tratamiento penal de los miembros de las AUC que hicieron parte del acuerdo suscrito con el gobierno

³⁴ 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, preveía mecanismos para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización, reconciliación entre los colombianos y la convivencia pacífica. Inicialmente esta ley tenía una vigencia de cuatro años; sin embargo, y dadas las necesidades del contexto, diferentes administraciones decidieron impulsar ante el Congreso de la República su prórroga y modificación.

nacional; sin embargo, esta norma no cobijaba en exclusiva a estas personas, dado que sus disposiciones se extendían a otras personas miembros de grupos armados ilegales.

La expedición de la Ley 975 de 2005 originó un debate a nivel nacional sobre los términos que se establecían para la investigación y sanción de los responsables de graves crímenes de las AUC, así como sobre la garantía de los derechos de las víctimas. En este sentido, un grupo de organizaciones de la sociedad civil demandaron la Ley de Justicia y Paz ante la Corte Constitucional, argumentando que ésta constituía un sistema de impunidad, basada en un procedimiento que no garantizaba los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. La Corte Constitucional revisó estas demandas en la Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, declarando inconstitucionales algunos de los apartados de la norma y ratificando otros.

En definitiva, la Corte Constitucional expresó en esta sentencia que si la aplicación de la Ley de Justicia y Paz podría constituir una posible restricción del ejercicio de los derechos a la justicia y la verdad, esa eventual restricción no obedece a una arbitraria renuncia por parte del Estado y de las autoridades judiciales respecto de sus obligaciones de adelantar investigaciones exhaustivas para esclarecer el hecho criminal y asignar las responsabilidades penales. La Corte afirmó que pese a los beneficios de punibilidad otorgados a los responsables, la Ley de Justicia y Paz constituye un importante aporte para la paz del país; y que la misma respeta en lo fundamental las obligaciones del Estado colombiano frente a los instrumentos internacionales ratificados, en el sentido de garantizar el libre ejercicio de los derechos humanos y adelantar todos los procesos de investigación y juzgamiento contra quienes los violenten, junto con la reparación integral de las víctimas y la garantía de sus derechos.

1.1. Asignación de responsabilidad y sanción penal

La Ley 975 de 2005 estableció el procedimiento para la investigación, asignación de responsabilidad y sanción penal de las personas que se acogieran a ésta. El procedimiento contemplaba los siguientes pasos:

- a. La persona desmovilizada debía presentar una solicitud de postulación ante la Oficina del Alto Comisionado para la Paz³⁵.
- b. El Gobierno Nacional debía entregar a la Fiscalía General de la Nación el listado de personas postuladas, y la Fiscalía, a través de la Unidad Nacional creada por la Ley, debía investigar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida de la persona y su conducta anterior; sus antecedentes judiciales y de policía, y los daños que individual o colectivamente hubiera causado de manera directa a las víctimas (artículo 15).
- c. Las personas desmovilizadas debían rendir una versión libre completa y veraz ante la Fiscalía, la cual debía desarrollar un programa metodológico para iniciar la investigación y comprobar la veracidad de la información recibida. Posteriormente, la Fiscalía debía solicitar al magistrado que ejercía la función de control de garantías la programación de una audiencia para formulación de imputación y la aceptación de cargos. En esta audiencia, el fiscal realizaría la imputación de los cargos y solicitaría al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en un centro de reclusión, y el desmovilizado podría reconocer los cargos que se le imputaban.
- d. Luego de la aceptación de cargos se realizaría una audiencia de control de legalidad y, en los casos en que exista una solicitud de reparación integral, se realizaría también una audiencia en la que el magistrado abriría un incidente de reparación de reparación integral y en el que participaría la víctima expresando los daños que le fueron ocasionados. En esta sentencia el magistrado debería fallar el incidente y su decisión sería incorporada en la sentencia condenatoria.
- e. Finalmente, se realizaría una audiencia de sentencia e individualización de pena.

Para establecer la sanción penal la sala competente del Tribunal de Justicia y Paz debía valorar los delitos cometidos, y establecer la sanción de acuerdo con las reglas del Código Penal vigente en Colombia. Luego de hacerlo, en caso de que el desmovilizado cumpliera con todos los requisitos establecidos por la Ley 975 de 2005, la sala podría imponer:

(...) 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 promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció. (Ley 975 de 2005, artículo 29).

³⁵ Esta era la ruta para los casos de desmovilización colectiva. En los casos de desmovilización individual, la persona debía solicitar su postulación ante el Ministerio de Defensa Nacional.

Una vez el desmovilizado cumpliera con la pena alternativa que le fue asignada, le sería otorgada una libertad a prueba por un período correspondiente a la mitad del de la pena alternativa. Al finalizar este período y tras cumplir con los requisitos expresados en la Ley 975 de 2005, la pena principal, es decir aquella tasada de acuerdo con las reglas del Código Penal, se declararía extinguida. Si la persona no cumpliera con los requisitos establecidos, la libertad a prueba le sería levantada y debería cumplir con la pena principal.

Como se evidencia en este apartado, pese a tratarse de un instrumento de justicia transicional, el procedimiento regulado en la Ley de Justicia y Paz hace que ésta guarde muchas similitudes con un proceso penal ordinario, enmarcado en el sistema acusatorio. Esto ha implicado que, en la práctica, lo que se propuso como un proceso de justicia transicional se haya convertido en un proceso penal de justicia retributiva.

1.2. Mecanismos de reparación y reinserción social

De acuerdo con el Código Penal vigente en Colombia, la pena que se impone respecto de cualquier delito “cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, *reinserción social* y protección al condenado” (Ley 599 de 2000, artículo 4). En este sentido, sobre el tratamiento que se da a los responsables de graves crímenes en la Ley de Justicia y Paz, es pertinente para el objeto de esta monografía preguntarse cómo la sanción penal alternativa que se previó asignar a los postulados a este mecanismo que cumplieran con los requisitos establecidos en la Ley, satisface la función de reinserción social y si dicha reinserción guarda algún tipo de relación con la reparación integral a las víctimas de los crímenes cometidos por los postulados a la Ley de Justicia y Paz.

La única referencia explícita a reinserción social contemplada en la Ley 975 de 2005 es la consignada en el artículo 2, según el cual la reinserción a la vida civil de las personas “que puedan ser favorecidas con amnistía, indulto o cualquier otro beneficio establecido en la Ley 782 de 2002, se regirá por lo dispuesto en dicha ley”. En una línea similar, el artículo 66 de la Ley 975 de 2005 contemplaba la creación de un programa de reincorporación que incluiría atención y orientación psicosocial y la vinculación a

proyectos productivos; sin embargo, no explicitaba qué entidad estaría a cargo de este programa, en qué momento debería implementarse y cómo se relacionaría con el Programa para la Reincorporación a la Vida Civil (PRVC) de gobierno nacional, que estaba vigente desde 2003.

La falta de claridad en las disposiciones respecto a reinserción y a reincorporación en la Ley 975 de 2005 fue subsanada en su mayoría a través de las modificaciones introducidas por la Ley 1592 de 2012. Esta norma reemplazó el término *reinserción social* por *reintegración a la vida civil* (artículo 1) y realizó una diferenciación entre resocialización y reintegración, estableciendo “que el proceso de resocialización se corresponde con la etapa intramural, en la que los postulados(as) se encuentran privados de la libertad, y el proceso de reintegración, se activa una vez estos recobran su libertad (etapa extramural)” (Ministerio de Justicia, 2015, p. 86). Así mismo, la Ley 1592 de 2012 hizo que la participación en el proceso de reintegración diseñado por el gobierno nacional fuera de carácter obligatorio para los desmovilizados, estableciendo que la no participación en éste conllevaría a la revocación del beneficio de la sustitución de la medida de aseguramiento.

Así, el proceso de resocialización está a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y del Ministerio de Justicia, quienes han liderado el Modelo de atención e intervención integral para internos de Justicia y Paz, y el Programa especial de resocialización para los postulados a la Ley de Justicia y Paz, respectivamente. El modelo contempla procesos de atención psicosocial y un tratamiento penitenciario de intervención integral que comprende un programa de formación ocupacional y un programa de formación en temas de resocialización (Ministerio de Justicia, 2015).

Como se observa, tanto la pena alternativa prevista para los desmovilizados de la Ley 975 de 2005 como los programas e instrumentos de política pública para la resocialización de estas personas parecieran no contemplar de manera directa aspectos de reparación integral a las víctimas por parte de los perpetradores. Por el contrario, la reparación a las víctimas está contemplada en esta norma a través de otros mecanismos: 1) el incidente de reparación a través de la sentencia condenatoria; y 2) la reparación por vía administrativa a través de la Ley 1448 de 2011.

De este modo, el único aporte directo que deben realizar los postulados a Justicia y Paz de acuerdo con lo establecido en la norma es la entrega de sus bienes al Fondo para la Reparación de las Víctimas, que administra la Unidad para la Atención y Reparación Integral a Víctimas, creada por la Ley 1448 de 2011. Pese a este interés de la norma en relacionar – indirectamente - al responsable de graves crímenes con la reparación de la víctima de éstos, las cifras de las reparaciones evidencian la inoperancia de este espíritu de la norma. Al respecto, la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Implementación de la Ley de Víctimas, compuesta por representantes del Ministerio Público y de las mesas de participación de víctimas, evidenció que:

Los pagos realizados por Justicia y Paz durante el período 2012 – 2016 ascienden a la suma de \$99 mil millones; cerca del 90% de estos recursos provienen del PrGN [Presupuesto General de la Nación]; el 7.5% corresponden a recursos entregado por los postulados y el 3% a recursos del Fondo para la Rehabilitación Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado – FRISCO. Así, no se materializó la expectativa del aporte que harían los postulados de Justicia y Paz y la reparación de las víctimas impuesta por los jueces, al igual que la administrativa se financia con recursos del PrGN. (2017, p. 158)

Las disposiciones de la Ley de Justicia y Paz sobre los responsables de graves crímenes que eliminan la obligación directa de reparar a las víctimas, contemplada en la jurisdicción ordinaria, aunque parecieran válidas en lo formal, en la práctica resultan injustificables pues la contribución a la verdad que se esperaba obtener a cambio de los beneficios jurídicos ha sido considerada insuficiente y limitada.

De acuerdo con la Relatoría de la Sala de Justicia y Paz de Bogotá que consolida los resultados a 18 de octubre de 2017 de las decisiones proferidas por las salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Bogotá, Barranquilla y Medellín, para esa fecha se habían proferido 53 sentencias a través de las cuales 255 postulados habían sido condenados (122 comandantes de bloque o frente y 133 patrulleros). Como resultado de los procesos adelantados en relación con estos 255 postulados fueron identificados 7.656 hechos y reconocidas 37.569 víctimas aproximadamente.

Esta relación desproporcionada entre los responsables procesados y las víctimas que éstos reconocen ha sido destacada por Castañeda (s.f.), quien ha realizado una crítica a los incentivos que la Ley de Justicia y Paz proporcionó a sus eventuales postulados (penas máximas de 8 años de prisión) y cómo estos incentivos han afectado

negativamente la garantía del derecho a la verdad. Para Castañeda, tanto la certeza de que el número de delitos y víctimas no aumentara su pena, así como lo que él ha considerado una buena fe constitucional sobre la confesión de los desmovilizados, ha conducido a que los postulados de Justicia y Paz se animen a asumir con facilidad la responsabilidad por cualquier hecho que se les endilgue aduciendo cadena de mando y omitiendo información fundamental sobre el autor o indicando que éste corresponde a una persona fallecida.

Como se ha observado, las fallas de Justicia y Paz en la exigencia a los postulados de una verdad completa sobre los hechos que cometieron y la información de la que tenían conocimiento en relación a su pertenencia al grupo armado, y en las metodologías empleadas para aproximarse a esa verdad, han ido en detrimento tanto del derecho a la justicia como el derecho a la reparación de las víctimas del conflicto armado.

2. Acuerdo de paz para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera

El gobierno del presidente Juan Manuel Santos Calderón inició un proceso de negociación con la guerrilla de las FARC-EP en 2012 que finalizó con la suscripción del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera el 24 de noviembre de 2016. Este acuerdo contempló seis puntos, el quinto se refiere a las víctimas y en cuyo marco se estableció el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR).

En general, el acuerdo, y, en particular, el SIVJRNR, responden al marco teórico y los principios fundamentales que caracterizan la justicia de transición. El SIVJRNR está compuesto por los siguientes cinco mecanismos y medidas:

- a) la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV), de carácter extrajudicial y cuyo propósito es esclarecer lo ocurrido en el marco del conflicto, promover el reconocimiento de las víctimas y de las responsabilidades en el conflicto y promover la convivencia en los territorios;
- b) la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD), de carácter humanitario y extrajudicial y que tiene como objetivo dirigir, coordinar y contribuir a la implementación de acciones de búsqueda e identificación de todas las personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado;

- c) la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), que tiene como propósito administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a derechos humanos e infracciones al DIH ocurridas con ocasión del conflicto armado;
- d) medidas de reparación integral para la construcción de paz;
- e) y garantías de no repetición.

2.1. Asignación de responsabilidad y sanción penal

El componente a cargo de la administración de justicia y, en este sentido, de la asignación de responsabilidad y sanción penal al interior del SIVJNR es la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP); que fue incluida en el punto quinto del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, y fue creada mediante el artículo 5 del título transitorio de la Constitución Política, incorporado por el Acto Legislativo No. 01 de 2017. Este componente del sistema debe:

(...) satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones de los Derechos Humanos. (Gobierno Nacional de Colombia y FARC EP, 2016, p. 143)

A diferencia de la Ley 975 de 2005, el Acuerdo Final concentró los esfuerzos de la administración de justicia en los delitos relacionados con graves infracciones al DIH y graves violaciones a los Derechos Humanos. En este sentido, los delitos en mención corresponden al marco de competencia de la JEP, en tanto se hubieran cometido antes del 1 de diciembre de 2016 y las personas que deben comparecer ante esta autoridad sean excombatientes de las FARC-EP, miembros de la Fuerza Pública, otros agentes del Estado y terceros civiles.³⁶

La JEP tiene dos procedimientos: el primero de ellos y el principal es el de reconocimiento de verdad y responsabilidad y, el segundo, que entra a operar en

³⁶ En el comunicado 32 del 15 de agosto de 2018, la Corte Constitucional se pronunció respecto del control de constitucionalidad de la Ley Estatutaria relacionada con la administración de justicia en la JEP. Sobre esta concluyó que en su mayoría se ajusta a la Constitución, con excepción de algunos artículos, entre ellos el relacionado con la comparecencia de terceros civiles ante la Jurisdicción; respecto de esta comparecencia la Corte aclaró que es voluntaria –a diferencia de los excombatientes de las FARC y la Fuerza Pública- y que: “La competencia de la JEP es (...) facultativa cuando se active por decisión voluntaria del responsable cuando el mismo sea un tercero, es decir, un civil –agente del Estado que no hagan parte de la Fuerza Pública, incluyendo los aforados constitucionales, o un particular-. Los terceros están en la obligación de reconocer responsabilidad por los hechos en lo que se vieron involucrados y someterse al régimen de condicionalidad.”

ausencia del reconocimiento referido, es el procedimiento adversarial en el que se activa la labor de la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP.

Existen tres tipos de sanciones que serán asignadas por la JEP a quienes sean encontrados responsables de graves violaciones a derechos humanos o infracciones al DIH:

- a. Sanciones propias. Se impondrán a quienes reconozcan verdad completa y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, que es la primera instancia de la JEP. Estas sanciones tendrán una función reparadora y restauradora e implicarán las restricciones efectivas a libertades y derechos que se requieran para su cumplimiento, sin que dichas restricciones puedan entenderse como cárcel o prisión. El Acuerdo Final enumera sanciones propias diseñadas en relación con el cumplimiento de puntos del acuerdo como reforma rural integral, participación y solución al problema de las drogas ilícitas³⁷. Las sanciones tendrán una duración mínima de cinco (5) años y máxima de ocho (8) años.
- b. Sanciones alternativas. Se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de enjuiciamiento, antes de Sentencia. Estas sanciones tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. Sí incluirá cárcel, prisión o cualquier medida de aseguramiento.
- c. Sanciones ordinarias. Se impondrán cuando no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad, cumplirán las funciones previstas en las normas penales, sin perjuicio de que se obtengan redenciones en la privación de libertad, siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de libertad. En todo caso la privación efectiva de libertad, que incluirá cárcel o prisión, no será inferior a 15 años ni superior a 20 en el caso de conductas muy graves. (Gobierno Nacional de Colombia y FARC EP, 2016 p. 164-166).

2.2. Mecanismos de reparación y reinserción social

Uno de los paradigmas orientadores de la JEP es la aplicación de justicia restaurativa, que busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto (Gobierno Nacional de Colombia y FARC EP, 2016, p. 144).

En este sentido, es claro que el espíritu de las sanciones propias que prevé el acuerdo en los casos de reconocimiento de verdad completa y responsabilidad guarda una estrecha relación con la reparación a las víctimas y con el daño que les fue

³⁷ Algunos ejemplos de sanciones propias son los siguientes: Participación/Ejecución de programas de construcción y reparación de infraestructuras en zonas rurales: escuelas, carreteras, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, etc; participación/ejecución en programas de recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos de uso ilícito.

ocasionado. Sin embargo, constituye un reto para la JEP la identificación de medidas que cumplan con la función reparadora que se espera de ellas, más aún cuando dichas medidas sólo podrán ser de orden colectivo y simbólico.

A pesar de que la justicia restaurativa es identificada en el Acuerdo Final como un principio orientador del SIVJRNR y, por ende, de la JEP, el potencial reparador de las sanciones que esta jurisdicción ordenará desaparece en las sanciones alternativas y ordinarias, en las cuales a los comparecientes que no reconozcan su responsabilidad o la reconozcan tardíamente, les corresponderán medidas privativas de la libertad en cárcel o prisión.

Si bien la reparación integral de las víctimas aparece como eje del SIVJRNR, y a ésta contribuirían los esfuerzos que en materia de verdad y justicia puedan desarrollar la CEV, la UBPD y la JEP, las medidas de reparación integral que prevé el acuerdo de manera específica son pocas, de carácter colectivo y, en su mayoría simbólico, y remiten con frecuencia a la participación de los comparecientes en programas de reparación colectiva o al desarrollo de programas de atención psicosocial a víctimas y de retornos de personas en situación de desplazamiento que fortalecerían o se articularían con los programas existentes en la implementación de la Ley 1448 de 2011.

La presentación de los dos escenarios recientes que suponen casos de aplicación de justicia transicional en Colombia y los canales de comunicación con la justicia restaurativa mostraron las limitaciones y los retos que tienen los diseños transicionales en el país para abordar la relación entre los mecanismos de reparación integral de las víctimas y de reinserción social, la falencia de conexión entre unos y otros, así como las contradicciones que esto genera con respecto a las definiciones y postulados teóricos de justicia transicional, justicia restaurativa y centralidad de las víctimas. Esto, da cuenta de la relevancia del propósito buscado en esta monografía, en el sentido de contribuir a la reflexión teórica y a la construcción de propuestas que establezcan conexiones eficientes entre las medidas de reinserción social y las medidas de reparación como medio para destrabar las dificultades de inoperancia e incumplimiento de los fines últimos que persiguen los esquemas de justicia implementados en Colombia en los últimos años.

CAPÍTULO IV. HACIA UNA REPARACIÓN INTEGRAL QUE DIGNIFIQUE A LAS VÍCTIMAS Y OFREZCA OPORTUNIDAD PARA LA REINSERCIÓN SOCIAL DE LOS RESPONSABLES DE GRAVES CRÍMENES

Actualmente se plantean debates en torno a la aplicación de mecanismos jurídicos como la sentencia anticipada, el principio de oportunidad, los preacuerdos penales, así como frente a otras medidas que otorgan diferentes beneficios a quienes incurrir en delitos; en dichos debates argumentan que dichas medidas terminan privilegiando a los delincuentes, quienes, no obstante, reinciden en comportamientos delictivos y no dan muestra de una auténtica reinserción social o resocialización. Al respecto, desde diferentes instancias, organizaciones e instituciones, se hacen señalamientos frente a la responsabilidad e ineficiencia del sistema judicial y de estos instrumentos jurídicos ante la reincidencia de los responsables de diferentes crímenes.

Así mismo, desde algunos espacios académicos y organizaciones no gubernamentales, particularmente, quienes procuran la defensa de los derechos de las víctimas, se cuestionan los resultados de la aplicación de la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, con base en informes que muestran que dicho proceso no necesariamente ha contribuido a la reinserción social de los responsables de los crímenes perpetrados, como tampoco ha garantizado la no repetición. Para estos estudios, un número considerable de los integrantes de los grupos paramilitares desmovilizados mediante la Ley 782 de 2002, que se acogieron en gran medida a los beneficios de la Ley 975 de 2005, hoy hacen parte de las denominadas bandas criminales. Una situación similar se presentaría con muchos de los desmovilizados individuales de los grupos guerrilleros.

Es precisamente frente a estos cuestionamientos que en el marco de la puesta en marcha del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, creado como parte de la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, así como respecto a otras negociaciones y acuerdos en materia penal, es necesario formular propuestas que conduzcan a fortalecer el proceso de reinserción social de los responsables de graves crímenes, el cual debe incluir como elemento sustancial la reparación integral en favor de las víctimas por parte de los mismos victimarios, con énfasis en la no repetición y la no reincidencia.

De esta manera, estas propuestas generarían condiciones favorables para la reconstrucción del tejido social y la convivencia pacífica, lo cual sería viable desde una perspectiva de justicia restaurativa.

Se destaca que el artículo 4 de del Código Penal regula que la reinserción social de quienes hayan sido declarados responsables de delitos constituye una de las funciones principales de la sanción penal. Precisamente, en este trabajo de monografía se sostiene que la reparación del daño en favor de la víctima constituye un elemento sustancial para una reinserción social eficaz, en tanto que quien no repara a la víctima de manera voluntaria y honesta evidenciaría que su reinserción social no es satisfactoria. Así mismo, se trata de una reparación que tiene que ser integral, que incluya la restitución de derechos y la indemnización económica por parte de los victimarios. Sólo en el evento en que se verifique que los victimarios carezcan de medios económicos para hacer efectiva la indemnización, se procederá a buscar otras medidas alternativas que suplanten esa indemnización económica. En todo caso, las medidas tendrían que involucrar un acto sincero y honesto de reparación y no una mera formalidad, tal como ha ocurrido en varios casos en los procesos de Justicia y Paz.

El planteamiento expuesto presupone que la reinserción social tiene que involucrar una dimensión que lleve a los ofensores a un nivel de comprensión acerca de su responsabilidad, del impacto y los daños ocasionados por los delitos cometidos, tanto con respecto a la víctima como a la sociedad, y, para ello, el espacio dialógico que implicaría la reparación a las víctimas constituiría el escenario para restablecer las relaciones sociales quebrantadas y una oportunidad de reintegración a la sociedad que se reconfigura hacia la paz.

En los últimos años, importantes penalistas como el maestro Juan Fernández Carrasquilla, insigne representante de las modernas corrientes del derecho penal liberal y garantista, deja entrever la pregunta de si es posible hablar de reinserción social del infractor penal sin reparación del daño a la víctima, en cuyo caso da una respuesta negativa que ha contribuido a enriquecer el debate.

Es importante precisar que la apuesta de quienes insisten en que una eficaz reinserción social de los victimarios debe necesariamente confrontarse con su

disposición para reparar integralmente a sus víctimas, no implica abogar en pro de sanciones penales más graves, y menos aún, defender la ineficaz teoría de imponer drásticas penas privativas de la libertad contra las responsables de graves crímenes para garantizar que dichas conductas no se vuelvan a cometer. La materialización efectiva del derecho a la justicia en favor de las víctimas no conduce necesariamente a imponer altas penas para cumplirlas en los actuales centros carcelarios. Lamentablemente, muchas víctimas, posiblemente inducidas por algunos medios de comunicación masivos e incluso por las posiciones extremas de organizaciones o abogados que presuntamente las representan, confunden justicia con la imposición de drásticas medidas de “encierro” carcelario – que tendrían que cumplirse en condiciones que transmitan un verdadero escarmiento moral y social -, sin considerar la posibilidad de beneficios que de alguna manera pudieran conducir a una rebaja de la condena o a su cumplimiento en otros lugares, que impliquen mejores condiciones y movilidad de los condenados.

Existen estudios que muestran que este modelo de tratamiento del crimen no sólo es ineficaz como sanción penal, sino que tampoco garantiza la no repetición toda vez que la reincidencia es muy alta. A esto se suma que la gran mayoría de las víctimas no son reparadas por los responsables, carga que de una manera inapropiada se ha trasladado al Estado, quien bajo el supuesto principio de solidaridad, viene asumiendo una pretendida indemnización administrativa, pero sin que se adelanten efectivas acciones para que los victimarios asuman su responsabilidad; o para repetir en su contra ante la indemnización asumida por el Estado, que finalmente se financia con los impuestos de todos los que residen en Colombia.

Conforme se ha identificado en el problema de investigación formulado, en Colombia la reinserción social de los responsables de crímenes, aún en procesos de justicia transicional, ha tenido un fuerte acento en el debate sobre punibilidad y sanción penal a imponer, restringida esta última a la pena privativa de la libertad en centros penitenciarios y carcelarios. Por esta razón, en este trabajo se intenta una mirada distinta a la reinserción social como función de la pena para ampliarla a la reparación del daño de la víctima, como un elemento esencial en la búsqueda de la justicia, que garantice la

no repetición y genere condiciones favorables para la reconstrucción del tejido social y la convivencia pacífica desde una perspectiva de justicia restaurativa.

1. Dos perspectivas frente a la comisión de delitos graves: los responsables y las consecuencias derivadas de sus acciones, y las víctimas y sus derechos

En el capítulo primero se hizo una minuciosa referencia a la obligación que pesa sobre los Estados de hacer efectivos los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación tras la comisión de graves crímenes como son los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra en contextos de violaciones masivas de los derechos humanos y, aún en el marco de un conflicto armado interno, como es el caso colombiano. Así mismo, se manifestó que en estricto sentido el derecho a la justicia implica el deber de los Estados a investigar, juzgar y sancionar.

En este capítulo se examinan dos perspectivas existentes frente a la comisión de delitos graves, por un lado, la de los responsables de los crímenes y las consecuencias derivadas de los mismos; y, por otro lado, la perspectiva de las víctimas y sus derechos. Teniendo en cuenta que en el capítulo primero se abordó ampliamente el tema de la reparación como obligación del victimario y también del Estado, e igualmente se trató lo relacionado a los derechos de las víctimas, en esta oportunidad se revisará lo concerniente a algunos debates que históricamente se han presentado frente a las consecuencias del delito, principalmente la sanción penal y el castigo, como también respecto al alcance de los derechos de las víctimas, sobre todo en un contexto de justicia transicional adonde también están en juego intereses que representan a otros grupos de la población y a la sociedad en su conjunto, la cual aspira que ese proceso transicional pueda reflejarse principalmente en la consecución efectiva de la paz y en la no repetición de los crímenes y de la violencia generalizada.

1.1 Los responsables y las consecuencias derivadas de sus acciones

En los párrafos siguientes se hará referencia a las consecuencias que la comisión de delitos genera con relación a los victimarios, entre las que se destacan la reparación a la víctima y la imposición de la sanción penal como medida retributiva, que

históricamente ha suscitado posiciones críticas por parte de estudiosos del derecho penal y de la criminología, toda vez que, apoyados en datos empíricos, han demostrado que su aplicación no ha contribuido a reducir el índice de delitos, no es eficaz para desestimular la reincidencia y garantizar la no repetición, como tampoco aporta significativamente en el proceso de reinserción social de los responsables de los crímenes. Más aún, la pena y el castigo como tal, deja en duda que se trate de una medida efectiva para la reparación integral a las víctimas, y, por el contrario, podría estimular un soterrado deseo de venganza, que no es ni puede ser el fin que la justicia persigue.

El punto álgido de discusión frente a este deber y obligación estatal radica, en primer lugar, en precisar si para ello es necesario acudir a un juicio penal o si el mismo podría satisfacerse mediante mecanismos como las comisiones de la verdad, o incluso a través de otros instrumentos denominados alternativos de administración de justicia o de resolución y transformación de conflictos, incluyendo prácticas ancestrales y comunitarias tal como lo ocurrido en Sudáfrica o en Ruanda tras el genocidio de 1994. A esto se suma lo concerniente a los mecanismos alternos que se implementan como resultado de un proceso de negociación política y de paz frente a un conflicto armado interno, los que deben ser propuestos y acordados dentro de un proceso de justicia transicional.

En segundo lugar, hay que incluir en la discusión lo relacionado con las medidas sancionatorias específicas que deben imponerse a los victimarios tras el juzgamiento pertinente. Esto es si las sanciones penales deben ser siempre y en todo caso proporcionales a la gravedad del delito, y si las mismas conllevan penas privativas de la libertad, las cuales deberán cumplirse en centros carcelarios y bajo estrictas medidas de seguridad. En este sentido, el debate se centra en si se debe imponer un castigo efectivo a los responsables de esos crímenes, qué tipo de castigo y cuál debe ser su duración.

En conformidad con el derecho internacional, principalmente los tratados y convenciones sobre derechos humanos y derecho penal internacional, existe claridad en torno a que el deber de investigar, juzgar y sancionar se realiza a través de juicios penales y que su implementación les corresponde a los Estados Parte a través de sus

órganos de justicia internos. Específicamente, en lo que respecta al sistema de la Organización de Estados Americanos (OEA), la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatiza que los Estados miembros cumplen a cabalidad con su obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves crímenes y de violaciones masivas a los derechos humanos a través de juicios penales, los cuales deberán adelantarse de manera oficiosa, efectiva y transparente; esto, con la finalidad de que los responsables de dichos crímenes comparezcan a dichos procesos, acepten o reconozcan su responsabilidad o, en caso contrario, se pruebe la responsabilidad por parte de las autoridades judiciales y, como consecuencia de los delitos, se impongan sanciones proporcionales a la gravedad de los mismos y, se proceda a la reparación integral de las víctimas (Uprimny, et.al., 2014, pp. 56-58).

En cuanto a la sanción penal, el derecho internacional – aunque no de manera explícita - se inclina por la imposición de penas criminales de privación efectiva de la libertad, que deberán ser equivalentes al crimen cometido y deberán cumplirse en los centros carcelarios de cada país. Además, en este marco, la condena debe cumplir un efecto disuasorio frente a los perpetradores y, por tanto, ha de implicar la mayor gravedad. No obstante, esa posición rígida, prácticamente generalizada, parece tener algunas excepciones cuando se trata de procesos transicionales; en los que podrían aceptarse como sanciones medidas alternativas, las cuales bien podrían contribuir a la consecución de la paz, que es uno de los objetivos que dichos procesos se proponen alcanzar (Uprimny, et.al., 2014, p. 62).

En razón a que esta monografía corresponde a un trabajo de grado en el marco de una maestría en Estudios de Paz y Resolución de Conflictos, no se realizará un análisis del debate existente en el campo del derecho penal, particularmente en la criminología actual, en torno al tema de la sanción penal y del poder punitivo del Estado; tampoco se ahondará en lo relacionado con los fines de la pena o de la sanción penal. Basta mencionar que se trata de debates que continúan sin solución final, desde largas décadas y siglos, inclusive, sin que se haya arribado a una posición única o generalizada para quienes se dedican a ese campo del Derecho y de la Filosofía del Derecho. Sin profundizar en estos debates jurídicos, se destaca la idea central consistente en que el

proceso penal al cual se ve abocado quien haya infringido la ley penal exige la imposición de una sanción penal al declarado responsable y culpable de dichos delitos; y que esto constituye una respuesta legítima del Estado y de la misma sociedad ante el actuar dañino de quien cometió el ilícito penal.

Según se ha referido anteriormente, quienes sean declarados penalmente responsables de diferentes crímenes deberán asumir directamente las consecuencias de esos actos. Esto implica la reparación a las víctimas afectadas y hacerse acreedores de una sanción penal que le será impuesta por el Estado en representación tanto de la víctima como de la sociedad en general. En el artículo 2341 del Código Civil colombiano se consagra un principio de responsabilidad general, según el cual “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. Lo mismo dice el Código Penal colombiano cuando en el artículo 94 sobre reparación del daño estipula que “La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.” Con relación a los obligados a reparar el daño, el artículo 96 sostiene que los “daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder.”

Adicionalmente, a la consecuencia inmediata de reparación del daño causado con el delito, la ley penal consagra que quienes hayan incurrido en crímenes deberán asumir como consecuencia la imposición de una pena que, en sentido general, “significa castigo o aflicción, privación o disminución de bienes para alguien” (Fernández, 2012, p. 980).

La pena criminal es consecuencia del delito y sólo de él y su presupuesto indispensable es en todo caso la culpabilidad real del acusado en la realización del injusto típico que se le imputa. Pero la penal legal aplicable es la prevista en el tipo respectivo, no en un tipo legal distinto o similar; tal es el sentido preciso del principio *nulla poena sine lege*. La pena criminal es siempre en nuestros días pena estatal: presupone un ordenamiento jurídico y un Estado (*nulla poena sine ius*). (Fernández, 2012, p. 980).

Esta consecuencia punitiva se conoce como retribución, de ahí, la expresión justicia retributiva, junto con la previsión general y la previsión especial que son funciones de la pena. Es importante destacar que la retribución no se plantea como una compensación entre el mal cometido y el mal impuesto por la pena, sino como una reafirmación del

ordenamiento jurídico y de la convivencia social y pacífica, la cual pretende mantener la aplicación del derecho penal en cabeza del Estado (Gil y Maculan, 2013, pp. 147-148).

Junto a la retribución como fundamento de la pena y límite a su medida se contemplan como sus fines la prevención general y la prevención especial. La primera se refiere al efecto que se quiere causar en el resto de los ciudadanos y, a su vez, se divide en prevención general positiva (recuerdo de la vigencia de la norma) y prevención general negativa (intimidación al resto de posibles delincuentes). La prevención especial es el efecto que con la imposición de la sanción se quiere causar en el delincuente concreto al que se castiga y comprende los fines de intimidación individual, resocialización (cuando ello sea posible) e inocuización. (Gil y Maculan, 2013, p. 147).

Este amplio y complejo tema de la pena, así como lo relativo al castigo que conlleva, ha generado una corriente de pensamiento que supera la dogmática penal y el derecho en general, por cuanto es abordado también desde la sociología y la filosofía y, específicamente, por los estudios en torno al concepto de justicia y las teorías de la justicia. Así lo afirma Juan Fernández Carrasquilla (2012) cuando sostiene que delito, delincuente y pena constituyen los tres grandes temas de estudio de las disciplinas jurídico penales, dentro de los cuales el tercero, es decir, el de la pena, "(...) tradicionalmente relegado a un segundo plano y tratado de modo muy somero como último capítulo de la misma teoría del delito, ha llegado a cobrar mucha importancia en los últimos años por virtud de los nuevos planteamientos teleológicos y político-criminales, hasta el punto de que puede hoy hablarse legítimamente de una dogmática de la pena que no sólo ha alcanzado el mismo "rango Científico" de la que se refiere al delito, sino que ha terminado por marcarle a la última las líneas directrices o finalistas de desarrollo de sus conceptos fundamentales" (2012, p. 981).

Ahora bien, como se mencionó en el capítulo segundo en el apartado sobre justicia restaurativa, esta discusión en torno a la necesidad de imponer una sanción penal a quienes sean declarados responsables y culpables de graves crímenes se complejiza aún más cuando se refieren a los procesos de justicia transicional. En este sentido, se recuerda la posición de Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón, para quienes en contextos de transición y frente a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos o de conflicto armado interno, siempre es necesaria la imposición de una sanción penal retributiva que garantice a las víctimas y la sociedad la efectividad del derecho a la justicia que implica investigar, juzgar y sancionar (Uprimny, et.al., 2006).

Sin embargo, estos y otros autores se plantean interrogantes acerca del tipo de sanción penal o de castigo que amerita imponerse en procesos transicionales. Para Jerónimo Betegón Carrillo, siguiendo a John Elster (2006, p.34), las diversas preguntas que suscita la pertinencia del castigo exigen respuestas que no pueden ser elaboradas a partir de un único criterio o de criterios simples, pues la ausencia de una “metateoría del castigo que sepa armonizar y ordenar los diferentes intereses que subyacen a las anteriores preguntas pueden haber originado muchos de los malentendidos que tradicionalmente han empañado los términos de la discusión y provocado esa aparente incapacidad para ofrecer una solución satisfactoria al problema” (Betegón, 2013, p. 34).

Lo señalado por Betegón se evidencia sobre todo en contextos de gran polarización política, como sucede en Colombia y otros países de América Latina, entre ellos Venezuela y Nicaragua. En estos contextos, los últimos informes de organismos internacionales como el Sistema Interamericano dan cuenta de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, las cuales pueden ser calificadas como masivas y sistemáticas.

En Colombia, una característica de la reacción frente a propuestas punitivas en los procesos transicionales adelantados, primero con los grupos de Autodefensas y, recientemente, con el proceso de paz con las FARC y la puesta en marcha de la JEP, es que éstas dependen del actor armado a quien se pretenden aplicar los mecanismos de justicia transicional.

Estas posiciones, que favorecen uno u otro tratamiento especial dependiendo del actor armado, cuestionan si lo que está en juego son auténticas y honestas reclamaciones de justicia en favor de las víctimas y de la sociedad afectadas por dichos crímenes o, si lo que se pretende, es simplemente procurar la máxima sanción penal y castigo contra el contradictor político, en una especie de extensión de los objetivos trazados por dichos grupos a través de sus acciones armadas, pero trasladados al terreno de la justicia. Esto supondría el traslado del conflicto armado a un conflicto político y judicial, sin el horizonte del logro de acuerdos para poner fin a la confrontación ideológica, lo cual obstaculizaría el tránsito a una sociedad democrática, en donde las

diferencias se reconozcan y la convivencia pacífica esté garantizada a partir de ese mismo reconocimiento e inclusión del contrario.

Como se verá más adelante, si bien los procesos de justicia transicional ocurren en contextos de compleja polarización social y política generada precisamente por la confrontación armada que se pretende superar, el objetivo primordial de los mismos es poner fin a las expresiones violentas de dichos conflictos, las cuales han conducido a crímenes atroces imputables a uno y otro actor del conflicto, en donde el mayor número de víctimas – como en el caso colombiano – se ha dado en la población civil.

1.2 Las víctimas y sus derechos

La reflexión crítica frente a las posiciones extremas, excluyentes y, aún, violentas - pues basta revisar el alto número de asesinatos de ex integrantes de las FARC tras el reciente proceso de paz, así como de líderes sociales a quienes se señalan de izquierda, comunistas y parte de organizaciones de las mismas FARC - incluye también a las víctimas, principalmente a aquellas que se encuentran organizadas o son representadas por diferentes organizaciones y colectivos, en muchos casos identificados con posiciones políticas o ideológicas definidas. La mayoría de estas víctimas se definen como amigas de la paz y defensoras de los diferentes mecanismos y procesos de acuerdo que puedan conducir a poner fin a la confrontación armada y terminar con la comisión de los crímenes que les han afectado. Sin embargo, no manifiestan mayor disposición para aceptar que los integrantes de los grupos armados en confrontación, incluyendo aquí a las fuerzas armadas regulares del Estado colombiano, sean beneficiados con penas de prisión bajas y, mucho menos, con excarcelaciones o medidas de sanción extramurales que no constituyan penas privativas de la libertad - así se tratara de medidas alternativas más eficaces para lograr su reparación integral como víctimas, y la reinserción social de los ofensores o victimarios de cara a consolidar reales condiciones que permitan una paz estable y duradera y un paulatino proceso de reconciliación.

En este apartado se hará referencia a la otra perspectiva frente a la comisión de delitos graves, es decir, a las víctimas y sus derechos. Si bien este tema se introdujo en el capítulo primero, en este capítulo corresponde preguntarse cuál es el alcance de esos

derechos, particularmente los derechos a la verdad, la justicia y la reparación; si los mismos son absolutos y si únicamente involucra a las víctimas directas, indirectas o perjudicados; si dichos derechos son excluyentes respecto de otros derechos similares que poseen otros grupos y sectores de la población y de la sociedad en general. Así mismo, se debe preguntar si la pena como tal y el castigo, podrían entenderse como una reclamación legítima de los derechos de las víctimas, una expresión de su derecho a la justicia y la reparación y, en esa medida, una obligación del Estado a hacerse efectiva. Esta perspectiva se abordará con relación a los procesos de justicia transicional y respecto de los crímenes atroces cometidos en contextos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos o de conflicto armado interno.

Hay que reiterar que a la fecha se trata de un asunto que no tiene una posición unívoca ni siquiera mayoritaria, ya que constituye lo que algunos autores denominan los dilemas de la justicia transicional (Betegón, 2013, p. 25) o dilema transicional (Teitel, 2017, p. 137). Por una parte, se encuentra la aspiración a poner fin y superar amplios periodos de violencia y de confrontación armada en donde se han perpetrado crímenes atroces y violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y, por otra parte, se encuentra la pretensión de que quienes sean declarados responsables de esos graves crímenes respondan ante tribunales de justicia y ante las víctimas y la sociedad por los crímenes cometidos, sean juzgados y sancionados, y reparen integralmente a sus víctimas, de manera individual y colectiva, por los daños causados.

No hay disenso sobre el logro de estos dos objetivos, pese a que los diferentes grupos poblacionales y los mismos actores armados implicados sugieran énfasis sobre alguno de estos dos fines esenciales de la justicia de transición. En el caso colombiano, en espacios públicos ninguno de los voceros o representantes de los actores armados o de los sectores implicados en los procesos de negociación política ha hecho explícita su oposición al logro de la paz como tampoco a la exigencia de la rendición de cuentas de los miembros de los grupos armados que hayan incurrido en crímenes graves, y su consecuente reparación a las víctimas. Los desacuerdos se manifiestan frente a la consideración que la paz a obtener no se puede hacer a cualquier costo; esta expresión significa que no se pueden conceder a los actores armados de la negociación cualquier

tipo de pretensiones, sobre todo en el terreno de las consecuencias penales por los delitos que se les imputan, como tampoco se puede aceptar que no reparen por sí mismos a las víctimas. En Colombia se ha insistido en que la paz a obtener no puede lograrse a costa de la impunidad y que, en razón a la misma, los responsables de los crímenes deben ineludiblemente ser objeto de drásticas sanciones penales que implican penas privativas de la libertad en centros carcelarios y penitenciarios.

Las víctimas, en su mayoría, enfatizan sus derechos a la verdad y la justicia como primera y principal exigencia dentro o fuera de un proceso de justicia transicional. En materia del derecho a la verdad, como se mencionó en el capítulo primero, lo que pretenden saber es quiénes son los autores materiales e intelectuales de los crímenes que las afectaron a ellas o sus seres queridos. Así mismo, exigen conocer las causas o motivos que causaron dicho crimen, así como algunos datos propios de la investigación como son las modalidades de tiempo, modo y lugar del delito. En caso del crimen de la desaparición forzada reclaman que se diga el paradero de sus familiares, que los dejen inmediatamente en libertad y los retornen al seno de sus familias y de la sociedad, pero en caso de que ello no pueda ser posible, requieren como pretensión principal que se les diga el lugar donde se encuentran los cuerpos o restos óseos, para que se proceda a la exhumación de los mismos y a la entrega a sus familiares con el objeto de darles una “sepultura digna”, en particular, cuando profesan creencias religiosas.

En cuanto al derecho a la justicia, las víctimas directas e indirectas exigen y reclaman que los responsables de los crímenes, a quienes califican como victimarios, reconozcan, acepten y confiesen su participación, su responsabilidad y su culpa, sin atenuantes ni discursos evasivos no justificativos del crimen. Así mismo, en la gran mayoría de los casos, exigen paralelamente el reconocimiento de la inocencia de su familiar o ser querido victimizado por los delitos cometidos. Esta reclamación es muy contundente con relación a las víctimas de los mal llamados falsos positivos o ejecuciones extrajudiciales, según la calificación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional. Se reclama que los autores, particularmente agentes del Estado, acepten y reconozcan que su ser amado y familiar no era un subversivo ni que su muerte se dio como resultado de una operación de

combate; clara y concretamente requieren que el victimario acepte que se trató de un homicidio atroz y que su familiar era inocente. Este reconocimiento implica para estas víctimas un acto efectivo de reparación, que restablece el buen nombre de su familiar.

Respecto al reclamo de justicia, se plantea la pregunta si las víctimas propugnan por la sanción penal contra los victimarios y por un castigo efectivo y ejemplarizante. No puede negarse que para algunas víctimas ésta es la principal expresión de ese derecho y constituye la medida más importante de reparación. Sin embargo, esa exigencia no es generalizada, pues el gran balance que deja el proceso de Justicia y Paz es que las víctimas acentúan su petición de verdad y de reparación integral, y dentro de esta última es clara y persistente sus expectativas de una indemnización económica digna y la restitución de lo expropiado, en el caso del desplazamiento y despojo de tierras.

Si bien en materia de justicia, los reclamos principales de las víctimas pasan por la confesión y aceptación de la responsabilidad y de la culpabilidad, así como por el reconocimiento de la inocencia de sus seres queridos, el autor del presente trabajo de monografía desde su experiencia en favor de la atención y reparación a las víctimas del conflicto armado y de graves violaciones a los derechos humanos, y últimamente como Fiscal de la Dirección Especializada contra Violaciones a los Derechos Humanos, ha podido constatar directa y prácticamente que el castigo como sanción única y preferente, y como fin expiatorio, no sólo no es una exigencia frecuente y constante del mayor número de víctimas, sino que, contrariamente, en dichas víctimas existe una auténtica disposición para aceptar los parámetros de justicia de un modelo transicional, incluso con disposición para el perdón y la misma reconciliación - esta última en un periodo y un proceso más complejo y extenso -. Al respecto, como anexo del presente trabajo se incluyen algunas entrevistas de víctimas de graves masacres que de una u otra forma manifiestan esta postura.

Paradójicamente, puede observarse que en gran número de casos, son terceras personas, organizaciones o algunas víctimas “emblemáticas” o reconocidas socialmente y visibilizadas por los medios masivos de comunicación, quienes tomando una vocería pretendidamente colectiva han explicitado su reclamo de altas penas privativas de la

libertad y de sanción y castigo efectivo contra los responsables de crímenes graves, principalmente respecto de quienes presuntamente cometieron el crimen que les afectó.

Estas posiciones desconocen que, por décadas, desde el derecho penal moderno y la criminología contemporánea, se han hecho serios y fundados debates en torno a la eficacia de las teorías retribucionistas que continúan insistiendo, pese a los resultados negativos, en la prisión como medio casi exclusivo para responder al delito, y en particular para sancionar a los responsables. En la actualidad, respecto a cierta categoría de delitos, la criminología y la teoría del delito consideran que hay medios más idóneos para sancionar a los culpables, como es el caso de la persecución efectiva de los bienes y las inhabilidades públicas como en el caso de delitos de corrupción calificados como de cuello blanco (Zaffaroni, 2005, pp. 28-50).

Si bien siguen existiendo conductas delictivas que ameritan sanciones de internamiento o intramurales como es el caso de asesinos en serie o abusadores de niños y niñas, cuando son casos sistemáticos y masivos, lo que está en discusión es si son las cárceles - tal como se conocen y funcionan en Colombia y en la gran mayoría de países de América Latina - el lugar adecuado para cumplir esas sanciones y eventuales aislamientos del conglomerado social; y si en dichos casos la política penitenciaria debería renunciar a la posibilidad de la reinserción social, a la cual jamás se puede claudicar en el marco de un derecho penal aplicado en un régimen democrático y garantista de los derechos fundamentales (Orozco, 2009, p. 67).

Por otra parte, este afán por promover la cárcel como medida de justicia predilecta no se corresponde con la ausencia de hacer seguimiento minucioso y presión política y social en favor de aquello que es fundamental para las víctimas, esto es la reparación integral y la reparación del daño causado, que debe ser responsabilidad del victimario, pero así mismo de las autoridades y de la sociedad (Fernández Carrasquilla, 2014, pp. 160-161). En el campo de los delitos económicos, esa reparación exige primordialmente la devolución y restitución de lo apropiado ilícitamente; que constituye un núcleo de las reclamaciones por parte de las víctimas. En cambio, la sanción punitiva le corresponde al Estado y no puede ser objeto de promoción por parte de los particulares, ni siquiera de los mismos afectados.

Tampoco se hace alusión alguna al sistema carcelario actual, que no cumple con los mínimos estándares que, desde el derecho penal y desde las ciencias sociales y humanas, se exige para garantizar una efectiva reinserción social de los responsables de delitos, que debe ser el fin último de todo régimen penal, más cuando la sanción punitiva no se impone como un castigo moral en contra de quien violentó las normas penales, en su calidad de persona, sino como respuesta a su comportamiento por haber quebrantado el orden social (Fernández, 2014, p. 226).

Ahora bien, es posible que algunas víctimas de crímenes atroces, la sanción penal y el castigo constituya la única posibilidad de resarcir su daño y hacer efectivo su derecho a la justicia. Existen ciertos colectivos de víctimas en contextos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos que se han negado al reconocimiento de medidas alternativas a la sanción penal o a otorgarse beneficios de rebajas de penas, así como a la posibilidad que se otorguen amnistías o indultos en favor de los victimarios. Un caso emblemático lo constituyen las Madres de Plaza de Mayo en Argentina respecto de los militares que gobernaron ese país tras un golpe de Estado entre 1976 y 1982, acusados de crímenes aberrantes entre ellos masivas desapariciones forzadas. Para estas madres, que se han ganado valientemente un merecido prestigio y que han ejercido importante influencia en los movimientos de víctimas en América Latina y el mundo en general, su reivindicación de justicia es eminentemente retributiva, privilegiando en todo momento la justicia retroactiva y los juicios penales con el máximo de responsabilidad penal (Betegón, 2013, p. 375). Similar postura ha presentado en Colombia el denominado Movimiento de víctimas de crímenes de Estado (MOVICE).

De lo anterior, es claro que corresponde a las víctimas, como uno de sus derechos fundamentales frente al crimen cometido, exigir la realización efectiva de sus derechos a la verdad y la justicia. Y que, como se ha argumentado en este trabajo, esto implica esclarecer el crimen, precisar las modalidades de tiempo, modo y lugar, ubicar a los responsables o autores del mismo delito, determinar su responsabilidad expresa e imponer las sanciones que correspondan. Por el contrario, no es ni puede ser del dominio de las víctimas, ni de terceros y otros particulares, exigir que esa justicia implique la imposición del castigo criminal como única medida sancionatoria; sobre todo con la

finalidad de satisfacer un afán de venganza revestido de derecho a la justicia que pretende el castigo como medida eficaz para que el responsable del delito expíe su culpa y así se satisfaga la presunta reparación del daño generado. En este sentido, le corresponde al Estado precisar las medidas idóneas para sancionar a los responsables, así como determinar los mecanismos más efectivos que conduzcan a la reinserción social de los autores de los delitos.³⁸

Este complejo tema ameritaría un análisis del concepto de justicia ante la comisión de hechos de violencia, que aborde lo que corresponde a las víctimas exigir para materializar ese derecho y lo que corresponde al Estado como garante del orden social y la convivencia pacífica. Un análisis detallado en este sentido escapa a las pretensiones y posibilidades del presente trabajo, que tendría que enmarcarse en el campo de la Filosofía y de la filosofía del derecho. Sin embargo, como conclusión de este punto es pertinente mencionar los alcances que el concepto de justicia podría tener en materia del derecho penal y, en particular, respecto a la respuesta del Estado y la sociedad contra quienes han alterado el orden social con la comisión de graves delitos. En tal sentido, manifiesta Juan Fernández Carrasquilla (2014):

En concreto, esto significa para nuestra materia que el derecho penal está regido por el principio de justicia: al mal social del delito responde la comunidad organizada con el mal de la pena criminal; pero tratándose de justicia social y no de justicia metafísica, este modo de funcionamiento del sistema social no implica contra el delincuente una reacción eliminadora o destructiva, ya que la justicia social es también socialmente razonable (y no solo y a secas racional) y al integrarse con la política criminal humanitaria exige el encausamiento de la reacción social hacia el ocasionamiento del menor mal posible al delincuente (la pena criminal debe disocializar lo menos posible y resocializar lo más posible) (...) La respuesta punitiva se surte precisamente en proporción a la gravedad del mal social producido por el delito (naturaleza del bien jurídico atacado y magnitud de la lesión real o potencial) y en la medida de la culpabilidad del delincuente, esto es, de su concreto merecimiento personal de pena

³⁸ En este sentido, el penalista Fernández Carrasquilla (2014, pp. 216-217) ha señalado lo siguiente: “La formalización jurídico-penal ha alcanzado históricamente un punto tal que no se concibe una pena criminal aplicada por voluntades particulares; lo cual ciertamente no impide la realización de una política criminal humanitaria que, acorde con los principios del menor costo social y de mínima intervención – que implica moderaciones en la retribución-, fomente para ciertos conflictos soluciones alternativas a la pena, como el desistimiento, la conciliación, las penas negociadas, o el aliciente penitenciario de la redención parcial de penas por trabajo y estudio, el estímulo de la libertad condicional por buena conducta, etc. Esa formalización consiste por cierto en un distanciamiento de los intereses que animan a los protagonistas del conflicto, para que este sea resuelto imparcialmente por un organismo judicial, lo que por cierto implica que el juez penal sea árbitro del conflicto sin interés alguno de parte en el proceso. (...) Aunque hoy se reclame para la víctima mayor participación procesal, lo cierto es que en el actual estado de la cultura occidental es inevitable y debe considerarse irreversible la “expropiación del conflicto”, o sea el monopolio de su resolución por medio de los procesos judiciales. De otra parte, en cuanto su función se limita a la protección de los bienes jurídicos, el derecho penal es, ya por eso mismo, protector de las víctimas del delito, de suerte que no ha de cederse terreno a ciertas pretensiones victimológicas – o más bien victimistas- que, de modo reaccionario, consideran que el garantismo penal es un exceso de protección de los criminales que debe ceder ante la mayor protección de los derechos de las víctimas a la reparación integral, a la justicia restaurativa y a la verdad histórica”.

(responsabilidad subjetiva), siempre y cuando la pena sea socialmente necesaria, útil y proporcional. No se trata, pues, de una proporción objetiva entre daño y pena, sino principalmente de una adecuada valoración de naturaleza y magnitud de la pena concreta a la forma y al grado de culpabilidad o merecimiento de castigo por el autor del daño, (...) No se trata de dar satisfacción a una idea de justicia metafísica y absoluta, ni expiar la culpa personal, ni siquiera de compensar el mal que ya el delito ha ocasionado; mucho menos se trata de refinar institucionalmente la venganza. De lo que sí se trata es de reaccionar en forma justa y proporcional ante el crimen con fines de prevención general (intimidación e integración valorativa) y especial (posibilidad efectiva de reinserción a la vida social productiva y pacífica). Y si no se trata de satisfacer la justicia metafísica o la justicia divina, como tampoco de realizar en el mayor grado terrenal posible la justicia racional, ¿de qué se trata entonces? Simplemente, de posibilitar y reafirmar la paz social, la paz jurídica por medios institucionales justos, y de devolver a la comunidad, a las víctimas y a los ciudadanos en general la seguridad perdida o amenazada con el delito, sin dañar tales valores de la seguridad y la paz, so pretexto de realizarlos o restablecerlos, al poner en acción el derecho penal y hacer efectivas sus conminaciones. (2014, p. 227).

2. La reparación integral como oportunidad para la reinserción social de los responsables de graves crímenes y materialización eficaz del derecho a la justicia en contextos de transición

Luego de profundizar en las dos perspectivas frente a la comisión de delitos graves, en este apartado se abordará el concepto de reinserción social, que según se ha manifestado y con base en el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), en su artículo cuatro, constituye una de las funciones de la pena. Este término se introdujo a partir de dicho Código, puesto que el decreto ley 100 de 1980 (Código Penal anterior) utilizaba el término resocialización.³⁹ En esa ocasión, fue la primera vez que se incluyó en la legislación penal colombiana el vocablo resocialización, situación que respondió a la suscripción de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos. Con esto se superó el uso de los términos *reforma* y *readaptación social*, los cuales denotaban la comprensión que la institucionalidad daba a los modos de ser de los condenados.

En esta monografía no se ahondará en los debates sobre los fines de la pena que se han dado en el marco del derecho penal moderno y la criminología, sin embargo, se

³⁹ Artículo 12 Decreto Ley 100 de 1980 (norma derogada por la ley 599 de 2000) – Función de la pena y de las medidas de seguridad: la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y **resocializadora**. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

menciona lo que la dogmática penal y la criminología entienden como resocialización o reinserción social. Para ello, se cita un trabajo de investigación inédito titulado “La resocialización del individuo como función de la pena”, del 03 de octubre de 2015, elaborado por Kenny Dave Sanguino Cuéllar, Docente investigador de la Universidad Libre, Cúcuta, en el área de derecho penal, en colaboración con la abogada Eudith Milady Baene Angarita, estudiante de maestría en derecho penal en la Universidad Externado de Colombia. Resulta de utilidad esta investigación por su aporte en la minuciosa revisión de la “equiparación indiscriminada que la doctrina, la ley y la jurisprudencia ha realizado de términos anclados a la función punitiva tales como resocialización, reinserción social, rehabilitación, readaptación social, reeducación” (Sanguino y Baene, 2016).⁴⁰

A continuación, se introducen algunas de las definiciones que autores referentes del derecho penal y la criminología han dado sobre varios de estos términos, con preferencias, reservas y críticas diversas. Se refieren aquellos términos que en la actualidad aún se utilizan en diferentes legislaciones penales.

| | |
|-------------------------------|---|
| <p>Resocialización</p> | <p>Roberto Bergalli (Argentina). Es la reelaboración de un estatus social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales desempeñadas por quien, por un hecho cometido y sancionado según normas que han producido sus mismos pares sociales, habría visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía. Supone corresponder en el futuro a las esperanzas mínimas de la sociedad y con ello volver a ser incluido en ella.</p> <p>Manuel Lardizábal (España). El fin de la pena es la corrección del delincuente para hacerle mejor, y que la enmienda del delincuente es un objeto tan importante que jamás debe perder de vista el legislador en el establecimiento de las penas.</p> <p>José Luis de la Cuesta Arzamendi (España). Hablar de resocialización del delincuente sin cuestionar al mismo tiempo, al conjunto social al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente, sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido.</p> <p>Heinz Müller-Dietz (Alemania). La resocialización pierde su sentido dentro del marco penal por tener una naturaleza y una proyección meta-penitenciaria, vinculando el fin de la integración social con el de la defensa del ordenamiento</p> |
|-------------------------------|---|

⁴⁰ Según los autores, para este trabajo, se apoyaron en el método arqueológico descrito por Michel Foucault, a partir del cual investigaron el “concepto originario de la resocialización como función de la pena en la doctrina alemana y española, así como también ciertas versiones latinoamericanas de la misma.” De igual forma, y para dar respuesta al problema de investigación planteado, que pretendía revisar el “significado y estructura de la resocialización del individuo como función de la pena”, se propusieron responder los siguientes tres interrogantes: “(i) ¿Dónde emerge el discurso de la resocialización como función de la pena? (ii) ¿Cuáles son los conceptos asociados o equiparados a la resocialización? (iii) ¿Cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial, legal y doctrinal de la resocialización como función de la pena?”

| | |
|---------------------------|---|
| | <p>jurídico, es decir, que la misión de la pena es mostrar la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y fortalecer y estabilizar la conciencia jurídica. (tomadas</p> |
| Reintegración | <p>Antonio Beristain Ipiña (España). La pena privativa de libertad debe pretender principalmente la repersonalización y reintegración social, es decir, que el ex recluso lleve en el futuro una vida sin delitos.</p> <p>Alessandro Baratta (Italia). La reintegración social dependerá del grado y firma del desarraigo social que se presentan en la vida del recluso. La reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella., o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad.</p> |
| Repersonalización | <p>Antonio Beristain Ipiña (España). Repersonalizarse significa lo contrario de despersonalizarse o desocializarse; significa el proceso, el itinerario de configurar, recobrar (más) su identidad, recuperar su (mayor) libertad, encontrar o reencontrar su misión en la construcción de la sociedad. Presupone un <i>iter criminis</i>, unas circunstancias delictivas despersonalizadoras que, por desgracia, son frecuentes en nuestra sociedad, con o sin culpa del individuo en cuestión (Raskolnikof, en <i>Crimen y castigo</i>) (Beristain, 1985, pág. 110)</p> |
| Reeducación | <p>Carlos García Valdés y Antonio Beristain Ipiña (España). La función <i>reeducadora</i> merece algún reparo adicional, desde el prisma de su <i>legitimidad</i> en una sociedad plural y democrática a la luz de los postulados de un Estado social y de Derecho. Reeducar puede significar, en este sentido, <i>adoctrinar</i>, <i>domesticar</i>, <i>uniformar</i>, lo que excede la frontera del paternalismo anacrónico para convertirse en un atentado a los derechos del individuo, inadmisibles por más que se ejecute, paradójicamente, en nombre del propio bien del penado.</p> |
| Reinserción social | <p>Francisco Bueno Arús (España). Supone la segunda socialización, no obstante, la reinserción no es el único fin, no siendo incompatible con la retribución o la protección social.</p> <p>María José Aranda Carbonel (España) Es la adaptación a las normas y bienes jurídicos existentes en la comunidad, diferenciando entre resocialización moral o programas máximos que consisten en que el sujeto se interiorice y haga suyas las normas sociales.</p> <p>Antonio García-Pablos de Molina (España) La reinserción alude al oportuno reencuentro y encaje del individuo en la comunidad una vez cumplida la condena, lo que no presupone modificaciones cualitativas en la personalidad de aquél [...], sino ajustes funcionales y asistenciales por parte de los demás para hacer posible dicho retorno al hábitat convivencial del hombre, afirma que supone la necesidad de prestaciones positivas por parte de la comunidad al ex penado.</p> <p>Borja Mapelli Caffarena (España) Reinsertar es volver a meter una cosa en otra. En este sentido, reinserción es un proceso de introducción del individuo en la sociedad, ya no se trata como en el caso de la reeducación de facilitarle ese aprendizaje para que sepa reaccionar debidamente en el momento en que se produzca la liberación.</p> |

| | |
|------------------------|---|
| Reincorporación | Acuerdo Final de Paz Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Colombia) El punto tercero del Acuerdo Final establece el objetivo de la reincorporación de las FARC-EP a la vida civil. Se propone una reincorporación económica y social sostenible, así como la reincorporación integral de los menores de edad que estaban en las FARC-EP y su acompañamiento psicosocial. |
|------------------------|---|

Elaboración propia a partir de Sanguino y Baene (2016).

Uno de los elementos centrales del proyecto de reforma al régimen penal colombiano, que vino a concretarse en la Ley 599 de 2000, es el de la adaptación del sistema al nuevo principio rector de la dignidad humana, axioma fundante de la Constitución Política de Colombia de 1991. En ese sentido, se hicieron las adaptaciones legislativas para lograr la coherencia y armonía del sistema y, de ahí, se podría pensar que el contraste de algunos términos, especialmente entre resocialización y reinserción social, radica en que el término “resocialización” comprende la internalización por parte del condenado de ciertos valores que se consideran adecuados para vivir en sociedad, mientras que la “reinserción social” tiene como presupuesto el respeto al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y la autodeterminación del condenado. Sin embargo, el tratamiento jurisprudencial en Colombia muestra que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han usado indistintamente los términos resocialización, readaptación social, reinserción y rehabilitación y no han dado pautas que nos permitan delimitar sus acepciones en pos de un uso adecuado.

Por otra parte, en el marco del presente trabajo se destaca la propuesta del criminólogo vasco Antonio Beristain Ipiña, que utiliza la expresión “reintegración” según la cual la sanción penal y, específicamente, la privación de la libertad debe “pretender principalmente la repersonalización y reintegración social, es decir, que el ex recluso lleve en el futuro una vida sin delitos” (Sanguino y Baene, 2016). En este sentido, la “repersonalización” de un condenado es lo contrario de despersonalización o desocialización, es decir, que significa “el proceso, el itinerario de configurar, recobrar (más) su identidad, recuperar su (mayor) libertad, encontrar o reencontrar su misión en la construcción de la sociedad.”

Con respecto al término que utiliza el actual Código Penal, resulta apropiada la definición de reinserción social de Antonio García-Pablos de Molina, quien “alude al

oportuno reencuentro y encaje del individuo en la comunidad una vez cumplida la condena” (Sanguino y Baene, 2016, inédito). Se apela a algunas de las definiciones ofrecidas por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, quien frente al artículo 4 del Código Penal del 2000, en sentencias 24052 de 2006 y 35398 de 2010, sostiene que la prevención especial y la resocialización son funciones de la pena. Sin referirse al cambio de término entre resocialización y reintegración social, la sala mantiene su postura de pronunciamientos anteriores en donde define resocialización como “la acomodación y adaptación de una personalidad al medio del cual se desprendió en razón de la conducta y del delito cometido. Buscarse con ella que el hombre vuelva al seno social desprovisto de aquellos motivos, factores, estímulos, condiciones o circunstancias que, contextualmente, lo han podido llevar a la criminalidad, con el propósito de evitar que reincida, es decir, que caiga de nuevo en el comportamiento delictivo. Con ello se concluye que la Corte Suprema de Justicia “equipara los vocablos resocialización, readaptación social y rehabilitación, sin establecer las funciones específicas que cada uno de ellos cumple” (Sanguino y Baene, 2016).

Así mismo, la Corte Constitucional no ha tenido consistencia al definir la reinserción social o resocialización, por cuanto los utiliza sin precisión específica. En sentencias C – 329 (2003) y C – 397 (2010), sostiene que el fin resocializador debe orientar la ejecución de la pena, guiado por los principios humanistas y las normas internacionales adoptadas por Colombia. Ya en la sentencia C – 261 (1996) había afirmado que la función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional tanto desde la óptica de la dignidad humana, como del libre desarrollo de la personalidad: “La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo.” Por su parte, en la sentencia hito en materia penitenciaria, T – 1259/2005, usa el término resocialización como sinónimo de reinserción (Sanguino y Baene, 2016).

Más allá del término que se utilice, en la presente es importante tener claridad que como resultado del cumplimiento de la pena privativa de la libertad de quienes hayan sido condenados por crímenes atroces, conforme al derecho nacional e internacional, se

espera que estos se reintegren al seno de la sociedad a la cual pertenecían y en donde deben ser recibidos sin otro juicio adicional, por cuanto se presume, como se afirmó en el numeral primero de este capítulo, que lo censurable es el delito cometido y no su calidad de persona y ser humano. En ese sentido, al cumplir su condena se encontraría, por así decirlo, en condiciones para recuperar su libertad, retornar a la sociedad y retomar su proyecto de vida. Para ello, se presupone que en el tiempo que permaneció privado de la libertad, el Estado, a través de una política penitenciaria humanitaria y garante de sus derechos, le aportó todos los medios necesarios para lograr ese retorno y, principalmente, para que haya reconocido el mal realizado con su actitud criminal y el daño ocasionado a la víctima, a la sociedad, así como a su propio círculo familiar. En la misma medida, se espera que el ex recluso esté preparado para no volver a delinquir, para no reincidir o, como lo afirma Beristain, para que “lleve en el futuro una vida sin delitos, recobre su identidad, y encuentre o reencuentre su misión en la construcción de la sociedad” (Sanguino y Baene, 2016).

De esta básica precisión conceptual, resulta la reiteración del interrogante si la figura característica de sanción de la justicia retributiva, es decir, la pena privativa de la libertad en centros carcelarios, intramural y con aislamiento de la sociedad durante un periodo de tiempo determinado por sí sola genera o conduce a ese proceso de reinserción social o de resocialización. Esto constituye el meollo del asunto en este trabajo de monografía. Así, en los capítulos dos y cuatro se ha esbozado una respuesta, apoyada en los estudios actuales del derecho penal y la criminología actual, y basada principalmente en los aportes de la justicia transicional y la justicia restaurativa en lo que se refiere a los escenarios de transición en los que se supone esos modelos renovadores de justicia se aplican.

A partir de los referentes teóricos referidos y de la experiencia práctica derivada del conocimiento de las posibilidades y limitaciones de las perspectivas de víctimas y de perpetradores en el caso colombiano, en esta monografía se sostiene que la pena criminal o pena privativa de la libertad no constituye en sí misma un medio o mecanismo idóneo para lograr la reinserción social o reincorporación a la vida civil de los responsables de crímenes graves; y, en esa medida, no es garante de la no repetición.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la justicia de transición, que comprende medidas restaurativas, pretende superar graves períodos de violencia, caracterizados por extremas y polarizadas posiciones políticas o ideológicas, incluso de carácter religioso o moral; en los cuales han ocurrido violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, que han afectado ostensiblemente la dignidad humana, la confianza pública y la convivencia social.

En Colombia, estas posiciones extremas, que por años han sido difíciles de conciliar, constituyen el escenario de trabajo de la justicia transicional para que estos polos opuestos e intransigentes puedan encontrarse, por así decirlo, en un punto medio o de equilibrio, que les permita satisfacer su posición sin que se desconozca, niegue o afecte la posición del otro. Así, la justicia transicional lleva el mensaje de que ante una voluntad transparente y honesta, los diferentes sectores representados y los intereses en juego, acepten que el mayor logro para todos es poner fin al extenso período de confrontación y la realidad de violencia degradada, que ha afectado a toda la población colombiana, incluso a terceros países, y en donde tras sesenta años, no se ha podido consolidar un vencedor, como tampoco las presuntas justificaciones, razones o causas que condujeron y dinamizaron dicha violencia.

Apelando a una definición del nuevo diccionario de teología bíblica, en donde se hace un rastreo histórico profundo del concepto de justicia, se observa que justicia, particularmente en el antiguo testamento, está relacionada directamente con fidelidad o lealtad a la comunidad, o solidaridad con la comunidad. “Se trata, pues, de un término/concepto vinculado siempre a la idea de relaciones sociales armoniosas que dan origen a un bienestar, a un orden comunitario”. (Rossano et al. 1988, pp. 981, 993 y 994).

Tanto desde el plano jurídico como en la concepción bíblica, justicia está íntimamente relacionada con orden social, equilibrio social, convivencia social y armonía de la comunidad. En ese sentido, no es difícil concluir que justicia se relaciona con paz, puesto que la paz presupone un estado de armonía, no como ausencia de conflictos y diferencias, sino como reconocimiento de que nuestros derechos son tan valiosos como los derechos de la otra persona, que nuestras necesidades son tan válidas e importantes como las necesidades del otro/otra. Por tanto, así como el otro/otra tiene deberes para

con nosotros, tenemos deberes para con él/ella; sólo así resulta posible la armonía, la paz, es decir, habrá justicia.

En la misma perspectiva, se puede afirmar que injusticia corresponde a desorden social, o todo aquello que rompe la armonía y la solidaridad comunitaria, lo que altera el orden y la solidaridad que, particularmente desde las ciencias sociales y humanas, así como también de la ciencia jurídica, se aspira para el mundo, la sociedad y el cosmos. Esto significa que hacer justicia, o en el plano del derecho, administrar justicia, conduce a contrarrestar aquello que ha alterado esa armonía social y la convivencia, o, dicho de otra forma, la común-uniión y la paz comunitaria. En esa medida, la función de la administración de justicia es restablecer la común-uniión, la paz, la convivencia y aún la solidaridad, que se afectado por el hecho injusto, por el delito, por la violencia y la guerra.

En el campo del derecho penal, que se construyó a partir de la tradición greco-romana, hacer justicia implica escudriñar y sacar a la luz la verdad para que el delito sea reconocido, el perpetrador judicializado, la víctima reparada y la sociedad restaurada. Así, desde esta misma concepción de la justicia como constructora de la común-union, cuyo fin es mantener, restaurar y recuperar esa armonía de la comunidad; se tiene que comprender el papel de restauración que incluye obligatoriamente al que actuó con injusticia, al que realizó la acción injusta, al que engañó, estafó y, peor aún, al que perpetró crímenes, incluso crímenes atroces. Sólo así, podrá decirse que la acción de justicia cumple con su ciclo y su fin específico; es decir, sin la inclusión del perpetrador del delito o del responsable del acto injusto o violento, será imposible llegar a la restauración de la comunidad, a la armonía social y, por lo tanto, no sólo no habrá paz sostenible, sino que tampoco habrá plena justicia.

De este modo, para concretar ese horizonte de la justicia en realidades tan afectadas por la violencia, no se pueden pasar esas páginas de terror con perdones amnésicos (Uprimny, et.al., 2006, p. 121), ni con propuestas de reconciliación facilistas e indolentes. La justicia exige la confesión y el reconocimiento del mal y del crimen perpetrado. En estricto sentido, exige la reparación del daño por el mal causado. Nuevamente, el relato bíblico presenta al personaje de Zaqueo cuando se encontró con Jesús. Según dicho relato, Zaqueo era un hombre rico, jefe de cobradores de impuestos

para el Imperio romano, invasor en Palestina en ese entonces. Cuando Jesús de Nazaret visitó su casa para compartir con él y su familia una cena, le expresó su voluntad de reparar a aquellos que haya afectado: “Señor, la mitad de mis bienes se la doy a los pobres y, si engañé a alguno, le devolveré cuatro veces más” (Lucas 19, 1-9).

De la revisión crítica de los referentes citados en diversos apartados del presente trabajo, se deriva que la justicia no necesariamente tiene como objetivo y fin esencial la pena ni el castigo y, mucho menos, la venganza; su horizonte es reparar el daño causado por los hechos de violencia y las acciones injustas, y que el infractor, el responsable de esos actos, sea finalmente restaurado, reintegrado a la sociedad y, de esa manera, se darían las condiciones para restablecer la armonía social, de las comunidades, de las familias y la paz de una nación. Esto es que, de manera responsable y honesta, se puedan construir condiciones básicas para que, dentro de un proceso, que seguramente será lento y complejo, se pueda alcanzar la reconciliación, condición esencial para garantizar una paz estable y duradera.

En el marco de la visita a Colombia en 2017, el Papa Francisco manifestó en la celebración eucarística en la ciudad de Villavicencio:

“(…) en todo este proceso, largo, difícil, pero esperanzador de la reconciliación, resulta indispensable también asumir la VERDAD. Es un desafío grande pero necesario. La VERDAD es una compañera inseparable de la JUSTICIA y de la MISERICORDIA. Juntas son esenciales para construir la paz y, por otra parte, cada una de ellas impide que las otras sean alteradas y se transformen en instrumentos de venganza sobre quien es más débil. La verdad no debe, de hecho, conducir a la venganza, sino más bien a la reconciliación y el perdón. Verdad es contar a las familias desgarradas por el dolor lo que ha ocurrido con sus parientes desaparecidos. Verdad es confesar lo que pasó con los menores de edad reclutados por los actores violentos. Verdad es reconocer el dolor de las mujeres víctimas de violencia y abusos”.

“(…) Aun cuando perduren conflictos, violencia o sentimientos de venganza, no impidamos que la justicia y la misericordia se encuentren en un abrazo que asuma la historia de dolor de Colombia. Sanemos aquel dolor y acojamos a todo ser humano que cometió delitos, los reconoce, se arrepiente y se compromete a REPARAR, contribuyendo a la construcción del nuevo orden donde brille la justicia y la paz”.

3. Hacia una reparación integral como punto de convergencia entre las víctimas y los responsables de graves crímenes y cimiento para la no repetición y la convivencia pacífica

En este apartado se sostiene que, en los procesos transicionales en curso en Colombia, resulta necesario centrar la discusión no en el monto de la pena que se deba imponer a los responsables de los crímenes, sino en la concreción de la reparación integral por los daños ocasionados a las víctimas, sus comunidades y la sociedad en general. Así mismo, se afirma que la reparación tiene que ser adelantada directamente por los mismos autores de los delitos y por el Estado, es decir, se cuestiona el principio de solidaridad que fundamenta la indemnización administrativa incluida en la Ley 1448 de 2011.

Como se ha mencionado anteriormente, algunos sectores que propugnan por la aplicación irrestricta de los máximos estándares de la justicia retributiva traducidos concretamente en altas penas criminales, que se deben cumplir en establecimientos carcelarios sin posibilidad de los beneficios punitivos ya abordados, no se pronuncian frente al estado de la reparación concreta y efectiva a las víctimas. En el gobierno de Juan Manuel Santos, particularmente quienes estaban al frente de las entidades creadas para ese fin por la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras, respondían a los escasos cuestionamientos sobre esa materia - provenientes principalmente de las mismas víctimas -, con las cifras, que sólo en su opinión, eran lo suficientemente satisfactorias respecto al cumplimiento de la reparación integral; lo que resulta contrario a la realidad si se contrastan con informes de la implementación de la ley.⁴¹ Además, los esfuerzos administrativos y fiscales se concentraron en el componente

⁴¹ En el Cuarto informe al Congreso de la República sobre la implementación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras elaborado por la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la implementación de la Ley 1448 de 2011, integrada por la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Mesa Nacional de Participación Efectiva de las Víctimas, se destaca el deficiente progreso en la implementación de las medidas de reparación integral a víctimas previstas en la Ley. Respecto al componente de indemnizaciones, en el que la UARIV ha expresado un mayor avance, la Comisión de Seguimiento y Monitoreo expresó lo siguiente refiriéndose a los resultados alcanzados con corte a diciembre de 2016, “El esfuerzo fiscal para indemnización de la población víctima aún es muy bajo respecto de la necesidad. De acuerdo con los resultados, cerca del 93% de las víctimas aún no han accedido a este derecho, siendo la población desplazada la más perjudicada con el rezago; 97% del total de víctimas por este hecho incluidas en el RUV se encuentran a la espera de recibir indemnización” (2017, p. 158). Estos avances resultan altamente preocupantes teniendo en cuenta que los resultados son tan bajos a cinco años de que la Ley cumpla su período de vigencia.

Los graves rezagos en materia de indemnizaciones se agudizan con las fallas que en materia de información la Comisión de Seguimiento y Monitoreo advierte: “Las bases de datos del RUV e indemnizaciones adolecen de inconsistencias en algunos datos de un buen número de variables importantes para el seguimiento y, más aún, para la toma de decisiones. Las deficiencias

de la indemnización administrativa, que contradice la cobertura que implica la reparación integral y que ha sido precisada por la doctrina especializada, como también por la legislación y jurisprudencia nacional e internacional.

Recientemente, en el marco del Acuerdo Final de paz entre el gobierno y las FARC, lo atinente a la reparación de las víctimas se remite a la Ley 1448 de 2011. En este sentido, resulta sorprendente que durante todo el proceso de paz con las FARC y con posterioridad a la firma del Acuerdo el 24 de noviembre de 2016, en medio de los debates suscitados no se dio curso a la discusión sobre la reparación efectiva a las víctimas. Esto es más asombroso cuando a los “cuatro vientos” todos los promotores de ese proceso de paz, particularmente, los delegados del gobierno nacional afirmaban con insistencia que el “centro de dicho proceso son las víctimas.”

Cabe preguntarse en qué se soporta esa supuesta centralidad de las víctimas cuando no hay disposiciones y normas nuevas frente a lo establecido por la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios. Los artículos 1° y 2° de la Ley 1448 de 2011 precisan su objeto y ámbito de aplicación; y, además, de las medidas de restitución de tierras, esta norma consagra específicamente la indemnización administrativa y una serie de medidas para la rehabilitación y atención psicosocial de las víctimas, todo ello por conducto de las autoridades estatales.⁴² En este marco, las medidas no responden al daño ocasionado por los crímenes ni constituyen una acción directamente atribuida a los victimarios. Además, se han puesto una serie de restricciones legales frente a las indemnizaciones que las mismas víctimas podrían obtener mediante la vía judicial, circunscrita a la fecha a los procesos de la Ley 975 de 2005.

Con excepción del proceso de restitución de tierras y el componente de memoria histórica que debe atender el Centro Nacional de Memoria Histórica creado por dicha ley,

encontradas por la [Contraloría General de la República], dificultan el análisis y generan incertidumbre sobre la integridad y coherencia de la información; además, impide obtener estadísticas confiables e implica riesgos en la asignación de recursos para la entrega de la medida de reparación integral a las víctimas” (2017, p. 158).

⁴² ARTÍCULO 1°. OBJETO. La presente ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo tercero de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales.

ARTÍCULO 2°. ÁMBITO DE LA LEY. La presente ley regula lo concerniente a ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación de las víctimas de que trata el artículo tercero de la presente ley, ofreciendo herramientas para que estas reivindiquen su dignidad y asuman su plena ciudadanía. (...).

los cuales corresponden a las denominadas medidas restitución y de satisfacción, respectivamente, según el concepto de reparación integral; en lo demás, se sigue el mismo procedimiento aplicable a los procesos de Justicia y Paz en materia de reparación a víctimas, que en esta política está a cargo del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, creado por el artículo 159 de la Ley 1448 de 2011, “(...) el cual estará constituido por el conjunto de entidades públicas del nivel gubernamental y estatal en los órdenes nacional y territoriales y las demás organizaciones públicas o privadas, encargadas de formular o ejecutar los planes, programas, proyectos y acciones específicas, tendientes a la atención y reparación integral de las víctimas de que trata la presente ley.”

Diversas organizaciones de víctimas han expresado con frecuencia su insatisfacción con esta política de reparación, tanto por la cantidad de trámites y procedimientos administrativos que deben surtir, como por el reducido cumplimiento de gran parte de esas medidas, principalmente lo relacionado a la atención en salud, la atención psicosocial y la misma indemnización administrativa, cuyo avance resulta notoriamente insuficiente.

En este complejo escenario, cuando quienes se autodenominan “amigos de la paz” abogan en favor de la implementación plena de los acuerdos de paz suscritos entre el gobierno y las FARC, preocupa que lo hagan preferentemente con referencia a los beneficios otorgados a los integrantes de las FARC e, igualmente, frente a la puesta en marcha y el respaldo al procedimiento y funcionamiento de la JEP, que es la instancia de juzgamiento e imposición de sanciones a los integrantes de las FARC y de la fuerza pública que se postulan a dicha jurisdicción. De igual modo, cuando los representantes del gobierno Santos se referían a que las “víctimas son el centro del proceso de paz”, terminaban remitiéndose al denominado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición. Esto supondría que se traslada la cuestión al campo de los victimarios y de su participación ante dicho sistema, particularmente, en la JEP y la CEV.

Si bien se acuerda con lo establecido por la Corte Interamericana desde su sentencia hito Velásquez Rodríguez de 1996 (Uprimny, et.al., 2013, p. 56), respecto a que tanto la verdad como la justicia tienen ya un efecto reparador; en este apartado se

enfatisa que en el proceso transicional de implementación del SIVJRNR no se incluyó la regulación de aspectos concretos de las medidas de reparación efectiva en favor de las víctimas, ni se ha revisado o reformado la normatividad inoperante de la Ley 1448 de 2011. De este modo, persisten las trabas de los procedimientos destinados para que las víctimas accedan a su reparación integral, incluso a la muy mentada indemnización administrativa. Tampoco se tiene conocimiento del aumento en el monto de la indemnización que se mantiene entre los 13 y los 32 millones de pesos aproximadamente (que está sujeto a varios descuentos), cifra que no se corresponde con la compensación de los daños sufridos por esas víctimas. Estos balances difícilmente podrían aplicarse al actual gobierno de Iván Duque, que cumple apenas seis meses y fue ajeno a la regulación e implementación de toda la normatividad y políticas públicas derivadas de la Ley 1448 de 2011, así como frente al diseño e implementación del proceso de paz con las FARC. Estos interrogantes recaen en el gobierno que diseñó y llevó a cabo un proceso de paz en el cual supuestamente “las víctimas son el centro”, donde su reparación constituiría la gran diferencia respecto de otros procesos similares.

Estos interrogantes se plantean para dar cuenta del equilibrio necesario entre rendición de cuentas de los victimarios y reparación a las víctimas en escenarios de transición, como el que transita Colombia. Esto lleva a descentrar la discusión pública en torno a la sanción penal y los montos de las penas a imponer a los responsables de los graves crímenes; pues si de verdad las “víctimas son el centro del proceso”, es ya hora de entrar a revisar todo cuanto existe supuestamente para su reparación, y respecto a lo cual, esas víctimas, y voces muy aisladas, más desde organizaciones que acompañan y abogan por sus derechos, constantemente hacen manifiesto su descontento.

Así mismo se espera que tanto el Estado como los mismos victimarios realicen y cumplan con todas las otras medidas que componen esa reparación integral, como lo son las varias medidas de reparación simbólica, y obviamente la indemnización económica justa y digna, que exigen, con derecho, en un monto proporcional al daño integral cometido en su contra, y que sólo desde el punto de vista material superaría con creces las partidas presupuestales destinadas a la indemnización administrativa, la que debería seguir vigente, pero únicamente como una más de las medidas a reconocer a

las víctimas. Es a partir de la satisfacción de esta reparación integral que las víctimas han hecho explícita también su disposición de respaldar las iniciativas de paz y los acuerdos alcanzados, y que implica entre otras cosas aceptar que a los victimarios se les conceda beneficios en el plano de la justicia, en su componente de sanción, como son reducciones de penas, excarcelaciones, libertades provisionales y condicionales, y hasta indultos y amnistías.

El autor del presente trabajo participó como Consultor dentro del proyecto “Estrategia de gestión del conocimiento, posicionamiento y sostenibilidad en el marco del Programa Nuevos Territorios de Paz –NTP-”, para realizar un Balance de los aprendizajes en el tema de Verdad, Justicia y Reparación Integral a las Víctimas derivados del proceso de apoyo a la construcción de paz por parte de la Unión Europea en Colombia.⁴³

Este trabajo de consultoría implicó visitar algunos territorios en donde operan los llamados Programas de Desarrollo y Paz (PDP) estructurados y apoyados por la Unión Europea, entre los que se destacan el de Magdalena Medio, con sede en la ciudad de Barrancabermeja, el de Montes de María con sede en Sincelejo, y el del Meta con sede en Villavicencio. En esas visitas se entrevistaron a las personas que trabajan en esos programas, sus directivos, así como a algunos funcionarios públicos o servidores públicos de entidades que interactúan con los mismos. De igual forma se entrevistaron algunas víctimas directas e indirectas de hechos criminales ocurridos en el marco del conflicto armado interno.

Frente a la reparación integral que se fundamenta en el daño causado, y en particular respecto de las compensaciones económicas que esa reparación implica, del trabajo desarrollado, y del contenido de la publicación específica, se extraen las siguientes apartes y conclusiones:

De las entrevistas realizadas en la consultoría a integrantes de los PDP de Magdalena Medio y del Meta, así como de las reuniones o experiencias de trabajo del consultor con algunos de los Programas, se concluye respecto de la insistencia en que la reparación debe ser consecuente con los daños ocasionados. Según lo ha sostenido la Corte Constitucional, si lo

⁴³ Álvaro Córdoba y otros. (2016). Construcción de desarrollo y paz. Aprendizajes y recomendaciones desde los territorios. Bogotá: Colombia. Coordinación Nacional Redprodepaz. La Imprenta.

que se pretende es la reparación integral a las víctimas, es el daño objetivamente causado el que ha de medir los alcances de dicha reparación. Hoy en Colombia, y así se manifestó en varias de las entrevistas y conversaciones realizadas, la política de reparación existente merece fundados reparos particularmente en lo que a la indemnización económica se refiere, toda vez que no responde exactamente o no ha sido determinada con base en el daño causado.

Los beneficios en materia punitiva, propios de la justicia transicional, tampoco pueden extenderse de manera general al desconocimiento o reducción drástica de los montos de indemnización económica. Según lo concluido en la reunión con el director del PDP de Magdalena Medio, Ubencil Duque, las víctimas no pueden asumir los costos políticos y económicos que resulten de las negociaciones el Estado colombiano con los grupos armados al margen de la ley. Tampoco es correcto que dichos costos tengan que pagarlos las víctimas aceptando sin más la reducción de su indemnización económica, y más cuando dicha indemnización es fundamental para recuperar sus proyectos de vida. Es posible que un contexto de justicia de transición implique una rebaja considerable del monto indemnizatorio, pero no en los términos de la indemnización administrativa regulada por la Ley 1448 de 2011.

En ese mismo sentido, y frente a la obligación y pertinencia de esa reparación integral, independientemente de que se surta o no un proceso de paz, queda claro que las víctimas no pueden ser las perjudicadas de los acuerdos y las negociaciones políticas que alcancen en esos procesos, y por ello no basta con afirmar que la mayor reparación de es el fin de la guerra y la consecución de la paz, ya bastante han aportado las víctimas con aceptar los beneficios punitivos, que de alguna manera altera el principio de proporcionalidad que se exige entre el delito y la pena en materia del derecho a la justicia.

2.5 La reparación integral a las víctimas, un derecho inalienable que no está sujeto a un proceso de paz ni a la justicia de transición. Un consenso evidente del material bibliográfico especializado que aportó el consultor (jurisprudencia, textos de doctrina, etc.), y que fue puesto de presente en las entrevistas y conversaciones del trabajo de campo en esta consultoría, pero que también resulta de la experiencia previa del consultor con varios de estos Programas, es su insistencia en que la reparación integral en favor de las víctimas es de carácter obligatorio y permanente, por tanto debe hacerse efectiva exista o no un proceso de paz con los actores armados. Los Programas no respaldan la afirmación de que la reparación a las víctimas sólo puede darse de manera efectiva bajo una normatividad de justicia transicional. Igualmente se mira con cautela la posición de algunos sectores gubernamentales según la cual, el valor supremo de la paz o el fin del conflicto representa el máximo beneficio para las víctimas directas y sus familias, por cuanto se estaría poniendo fin a los hechos de victimización. Si bien hay mucho de verdad en ese argumento, no puede usarse de manera general, ya que podría prestarse a malas interpretaciones.

Existe un consenso nacional para acoger los postulados de la justicia de transición en procura de los acuerdos que pongan fin a años de confrontación armada. En el contexto político del conflicto armado colombiano es impensable un proceso de paz bajo la postura de aplicar los máximos cánones de justicia contra los miembros de los grupos armados al margen de la ley, y aún respecto de los integrantes de la fuerza pública, tal como se viene acordando en la mesa

de negociación en La Habana. Por lo tanto, se comprenden las iniciativas para hacer concesiones en el plano de la punibilidad tal como ocurrió con la desmovilización de los grupos paramilitares según la Ley 975 de 2005, aceptada por la Corte Constitucional de Colombia mediante la Sentencia C-370 de 2006. Es probable que la reparación que se obtenga mediante la justicia transicional sea mucho menor a la que pudiera obtenerse en un proceso judicial por la vía ordinaria, y más cuando se endilgue responsabilidad al Estado por acción u omisión. Posiblemente el logro de la paz y la eliminación o reducción de la pérdida de vidas humanas que la guerra ocasiona sea una justificación válida para que las víctimas acepten las implicaciones negativas a su reparación, pero de aceptarse este argumento, la cuestión radica en el quantum de esa afectación para las víctimas, y de quién o quiénes deberán pronunciarse para esa decisión.

Por último, y respecto a la exigencia primordial de las víctimas a su reparación integral, la consultoría constató que, frente a la misma reparación, las víctimas insisten en su participación en el diseño de las políticas y programas de reparación integral, que satisfagan sus propias necesidades, y representen medidas efectivamente reparadoras.

2.6. La participación de las víctimas encaminada a la consecución de una reparación integral justa, digna y consecuente con el daño sufrido. El tema de la participación de las víctimas frente a las políticas públicas encaminadas a materializar su reparación integral también es una insistencia desde los Programas, y hoy prácticamente se ha convertido en un requerimiento común y ampliamente aceptado por diferentes actores. Sin embargo, la pregunta constante en las visitas realizadas en esta consultoría no giraba sobre ese incuestionable involucramiento, sino respecto al por qué y para qué de esa participación.

Es favorable la participación para el diseño e implementación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, enfoque diferencial, etc., incidiendo aún en el plan de desarrollo nacional o territorial. Precisamente a esta participación se refiere la normatividad contempla la Ley 1448 de 2011, los Decretos Ley 4633, 4634 y 4635 de 2011 y los Decretos Reglamentarios 4800 de 2011 y 1084 de 2015, así como el Protocolo de Participación regulado por la Resolución 0388 de mayo de 2013. Pero principalmente esa participación debe estar directamente relacionada con la reparación integral, es decir, las víctimas deben tener expresa incidencia frente a las diversas medidas de reparación que les corresponde, tanto en su dimensión individual como colectiva. Según la Corte Constitucional, el principal objetivo de la participación de las víctimas será el de abogar por la reparación del daño. Esta participación es obligatoria también en materia de reparación colectiva y más cuando lo que se pretende reparar es una comunidad.

[...] la participación de una comunidad específica no se puede reducir a que la autoridad competente organice reuniones de información o de socialización del proyecto, sino que éstas deben realizarse en coordinación con la comunidad, y deben contener espacios que garanticen efectivamente la participación. En otras palabras, los espacios no deben ser de naturaleza únicamente informativa sino verdaderos espacios de concertación teniendo en cuenta los intereses de la comunidad afectada. (Corte Constitucional, 2012).

Otro aspecto sustancial de la reparación integral a las víctimas es precisamente que los mismos responsables de los crímenes expresan su disposición de contribuir eficazmente a esa reparación integral y que, en su concepto, constituye una de las principales medidas de su contribución a la paz, de su voluntad de no repetición, y estrictamente como un elemento sustancial que dé muestras de su reinserción social. De nada sirve pedir perdón pública o privadamente, participar en diversos actos de reconciliación, expresar públicamente su arrepentimiento, si finalmente estos autores se quedan con las tierras apropiadas mediante sus acciones violentas, no entregan los cuerpos y restos humanos de las personas desaparecidas, y no contribuyen efectivamente con sus propios recursos económicos para otorgar a sus víctimas, compensaciones económicas más dignas, que les permita recuperar o retomar sus proyectos de vida y sus medios de sustento, por lo menos aproximados a los poseían antes de la victimización. Como anexo al presente trabajo, se incluyen algunas entrevistas de miembros de los grupos armados postulados a la Ley de Justicia y Paz, que expresan su punto de vista al respecto.

La propuesta en torno a que la reparación del daño a las víctimas por parte del mismo responsable de los crímenes y los hechos de victimización no sólo hace parte de los procesos de justicia transicional y justicia restaurativa, como se ha demostrado en capítulos anteriores, el derecho penal moderno y la criminología actual abogan porque definitivamente se avance hacia un sistema de justicia no retributiva, o incluso que en ejercicio de ésta, la sanción no se circunscriba a la pena privativa de la libertad y, menos aún, que se cumplan en las cárceles actuales y bajo las políticas penitenciarias vigentes, en donde todo lo relacionado a la resocialización o reinserción social no pasa de ser una aspiración de buena voluntad y una mera alusión retórica.

Con miras a otorgarle una categoría diferente entre la justicia transicional y la justicia restaurativa, penalistas y criminólogos de amplio reconocimiento utilizan la expresión “justicia reparadora” para referirse a aquella que hace énfasis en la reparación del daño a las víctimas como obligación principal por parte de los responsables de delitos. De este modo, esto se constituye en un elemento sustancial de su reinserción social, al

propiciar condiciones favorables en pro de la reconciliación, con un horizonte de no reincidencia y no repetición.

Cabe destacar los aportes de Josep María Tamarit Sumalla, de la Universidad de Lleida, España, y presidente de la Sociedad española de victimología, junto con Carolina Villacampa Estiarte, de la misma Universidad. En el libro *Victimología, justicia penal y justicia reparadora* (2006, p. 297-374), estas autoras afirman que, desde sus orígenes, se ha propuesto como paradigma alternativo frente al modelo retributivo del sistema penal tradicional. En su concepto, se trata de una justicia “(...) que enfatiza la reparación del daño causado por el comportamiento delictivo a través de procesos cooperativos en los que toman parte las personas involucradas en el mismo”; que apela a una concepción del delito como causal de la “ruptura de las relaciones humanas y sociales antes que como violación de la ley”, por la cual se pretende así mismo el “ideal de humanización de la justicia.” (2006, p. 297).

Con relación al campo estrictamente penal, la justicia reparadora se propone como respuesta a la crisis del modelo rehabilitador o resocializador propio del proceso penal ordinario y, así mismo, constituye un punto medio entre los énfasis neoretribucionistas, que caracterizan la perspectiva punitiva, particularmente de algunos tribunales internacionales, entre ellos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pese a que en estricto sentido no es un tribunal penal (Gil y Maculan, 2014, pp. 151-155), y las corrientes abolicionistas propias de la criminología crítica (Tamarit y Villacampa, 2006, p. 300). Según este modelo de justicia reparadora, que propicia la participación de las partes, lo que constituye “(...) una oportunidad para devolver a los protagonistas del hecho, y en concreto a la víctima, el poder que les ha sustraído como consecuencia del proceso histórico de centralización del poder y de asunción por parte del Estado del monopolio en la respuesta al delito” (Tamarit y Villacampa, 2006, p. 300).

Estos autores plantean en su obra las diferentes objeciones y críticas a la justicia reparadora, como por ejemplo que en el modelo reparador tiene más que ganar el ofensor que la víctima o que frente a delitos graves como el homicidio la pretensión de reparar no es factible, o que por el contrario este modelo conduce también a una humillación del infractor, o que sólo sería posible respecto de delitos de escasa gravedad,

o finalmente que la justicia basada en la mera reparación terminaría privatizando el proceso penal, y podría afectar el principio de igualdad, por cuanto finalmente favorecería únicamente a los culpables que tengan capacidad de pago de indemnizaciones cuantiosas, etc. (2006, pp.308-314).

Se trata de tomar en serio la posibilidad de replantear el actual modelo retributivo del proceso penal, sobre todo ante la crisis de ese sistema por sus pobres resultados frente a prevención del delito, la reinserción social y la reincidencia en las conductas criminales, y por cuanto continúa manteniendo ajena del mismo a la víctima en el supuesto de que el Estado, a través de su *ius puniendi*, asume su representación y defensa, y actúa en esa medida en procura de sus derechos. Esto es un supuesto que no se sostiene ni jurídica ni éticamente, toda vez que la víctima, sencillamente no es consultada sobre cómo entiende su derecho a la justicia y cómo considera factible su reparación (Zaffaroni, 2005, pp. 5-9). En su propuesta, Josep María Tamarit y Carolina Villacampa, sugieren incluso un enfoque dualista entre justicia retributiva y justicia reparadora, toda vez que consideran el reproche del acto y al actor del delito válidos y necesarios para garantizar que este último asuma su propia culpabilidad y contemple la seriedad de su reparación (2006, pp.395-400).

Por otra parte, Antonio Beristain Ipiña, en su libro *Transformación del derecho penal y la criminología hacia la victimología* (2008, pp.37–106), planteó desde la perspectiva de la justicia reparadora, la superación del concepto tradicional de delito como binomio entre el delincuente y la autoridad estatal, y darle curso a una nueva noción en cuanto “triángulo virtual” que permite integrar la relación víctima, delincuente y autoridad social o comunitaria (Beristain, 2008, p.40). Por el contrario, la mayoría de las legislaciones penales parten de una relación dual del delito, donde la víctima ha padecido un cierto abandono “desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional, ecuánime y desapasionada, para resolver los conflictos generados por la infracción de la ley penal” (2008, p. 40). La nueva concepción del delito como “triángulo virtual” enfatiza principalmente en las víctimas, y genera una “dinámica capaz de una regeneración o recreación que supera a la mera restitución, reparación del daño o indemnización de perjuicios materiales y morales.” (2008, p.43).

Desde esa perspectiva de las víctimas, y desde la comprensión que el “triángulo virtual” del delito involucra al que lo perpetró, Beristain sustenta su fuerte posición e insistencia respecto de la reparación del daño por parte del ofensor. Esto supone que la reparación a las víctimas desde la perspectiva de la justicia reparadora no es ni permite la posibilidad que el responsable del hecho lo desconozca, o no acepte voluntaria y honestamente su responsabilidad con excusas o eufemismos, como tampoco puede significar una simple e impune transacción económica a cambio del daño y el dolor ocasionado a las víctimas. Este autor insiste en que debe ser directamente el mismo ofensor quien realice esa reparación y sólo cuando por diversas razones eso no sea posible podría asumir el Estado esa responsabilidad.

En cuanto a las formas específicas de reparación, a partir del concepto de reparación integral queda claro en este trabajo que no se sugiere la indemnización económica como la base de dicha reparación. Al respecto, existe un amplio abanico de medidas específicas, que en cualquier caso exigen la participación efectiva de las víctimas. Cabe destacar que la insistencia de Beristain y de los criminólogos de la Universidad del País Vasco en torno a la justicia reparadora se apoya en la convicción que el daño ocasionado por el delito siempre tiene la posibilidad de ser reparado, aún en aquellos casos en donde ocurren pérdidas irreversibles, como en el caso del homicidio: “(...) Lo que el victimario ha des-hecho puede ser re-hecho por él, puede ser recreado, reparado. La lesión, como todo lo humano, no es perpetua, ni eterna; puede transformarse, (...)” (Beristain, 2008, p.92).

Actualmente el derecho penal y los jueces deben llegar más adelante, deben imponer sanciones que, además (o como medio) de lograr las metas fundamentales que requiere la tutela judicial proclamada en el artículo 24 de la Constitución de 1978, exijan una reparación positiva del victimario, mayor y de otra calidad, distinta *toto coelo* de la reparación, generalmente tan deficiente, del *ius puniendi* tradicional. (Que impongan, por ejemplo, a los victimarios una obligación de trabajar en beneficio de las víctimas, (...). Las reformas que propugnamos de *lege ferenda* buscan que al autor de determinados delitos no sólo se le prohíba seguir victimizando (con su presencia o cercanía o relación, etc.) a sus víctimas, sino que se le obligue a (o se le brinde la posibilidad de) hacer positivamente algo concreto en favor de ellas. No basta prevenir nuevas victimizaciones. (...). Exigimos que él repare directamente a ellas el daño que les causó. Solo en los casos y en aquella faceta en que él no pueda, se acudirá a la reparación subsidiaria del Estado. (Beristain, 2008, p.93).

Una de las apuestas del presente trabajo es postular, independientemente del delito de que se trate, la aplicabilidad de estos planteamientos de justicia reparadora, que involucra los elementos de la justicia restaurativa, a delitos graves y no como se ha entendido en países como Colombia, que se aplican frente a los mal llamados “delitos menores”. Por el contrario, la formulación de una justicia con énfasis en la reparación del daño o la reparación integral, que obligatoriamente incluye a los victimarios, debe constituir una característica sobresaliente de los procesos de justicia transicional.

Anteriormente se han referido los exiguos resultados de la implementación de la Ley de Justicia y Paz, aplicada principalmente a los grupos de autodefensas y paramilitares, en materia de materialización efectiva de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas. Como se señaló, el énfasis en torno a la punibilidad ha conducido a contaminar gravemente ese proceso, pues es ya de conocimiento público que los integrantes de dichos grupos postulados a esa jurisdicción especial no sólo reconocen abiertamente su presunta responsabilidad en los crímenes cometidos, sino que aceptan y reconocen lo que ni siquiera se les atribuye, con el censurable propósito de lograr el beneficio de la rebaja de penas que la Ley 975 de 2005 consagra, es decir, un máximo de ocho años de prisión, que además se aplica a todos los delitos y procesos en los que el postulado esté inmerso, los cuales se acumulan en su totalidad y todo por los mismos ocho años de condena.⁴⁴

Lamentablemente, algo similar ocurre en lo que va de aplicación de la JEP, en donde un alto número de postulados, principalmente miembros o ex miembros de la fuerza pública, han dado a conocer públicamente ante los medios de comunicación su irrestricta voluntad de participar en los procesos de la JEP, pero paralelamente afirman

⁴⁴ Al respecto se sugiere ver la ponencia del abogado penalista Augusto Castañeda Díaz, doctorado y posdoctorado en derecho, titulada La judicialización de líderes - La actividad del juez ordinario de revisión, presentada en la librería Temis en el mes de diciembre de 2018, en donde hace un sobresaliente análisis de estos aspectos negativos del proceso de justicia y paz, enfocándose en el juzgamiento de los líderes o comandantes de las autodefensas, quienes aceptan toda responsabilidad bajo la denominada línea de mando, con lo cual a la vez se blindan para reconocer directamente su responsabilidad como autores intelectuales o materiales de los hechos, y así mismo mantienen silencio en torno a esos eventuales autores, o los mantengan ocultos, ya que además, los que señalan como tales, sólo los identifican con los alias, diciendo que en esos grupos nadie se conoce con el nombre propio, a lo cual se agrega que la mayoría de esos alias se encuentran ya fallecidos. Con esto, literalmente se escapa cualquier posibilidad de conocer la verdad por parte de las víctimas quienes sólo reciben una información parcial y fragmentada. El autor de este trabajo de grado de maestría, puede dar fe absoluta de la validez de esos argumentos, por cuanto en el ejercicio de sus funciones como Fiscal de la Dirección Especializada contra Violaciones a los Derechos Humanos, le corresponde investigar este tipo de graves crímenes en donde en la gran mayoría de los casos se acude a postulados de justicia y paz en calidad de declarantes o testigos, y salvo valiosas y mínimas excepciones, estos asumen la posición descrita por el ponente, Augusto Castañeda Díaz, quien es miembro del grupo de investigación Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN, Reconocido y Clasificado A - COLCIENCIAS 2017.

que lo hacen para demostrar su inocencia. Respecto a estos casos, en este documento no se hace mención alguna de nombres en particular, por cuanto algunos de estos postulados, particularmente de altos rangos de las fuerzas militares, hacen parte de procesos penales en curso que se adelantan dentro de la jurisdicción ordinaria.

Resulta frustrante este tipo de situaciones por cuanto tales actitudes contradicen abruptamente los mínimos presupuestos de la justicia transicional, que se supone pretende alcanzar en el país el bien anhelado de una paz estable y duradera, con el efectivo reconocimiento y la materialización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. De ahí la crítica constante que en este trabajo se ha hecho al énfasis de los procesos de justicia transicional en Colombia en torno a la pena y el castigo a los victimarios, toda vez que ese ambiguo reduccionismo conduce a que estos procesos se constituyan en una oportunidad para que los victimarios legalicen su situación jurídica, obteniendo penas mínimas, y recuperen pronto su libertad y su retorno al seno de la sociedad, en donde esperan se los siga reconociendo como “héroes de la patria”. Ya se ha visto en televisión la participación de algunos de estos involucrados, que, incluso usando sus uniformes pese a estar destituidos e inhabilitados, siguen exponiendo discursos justificadores de su actuar, presuntamente delictivo.

Se aclara que idéntica posición vienen asumiendo un alto número de ex integrantes de las FARC, también postulados a dicha jurisdicción de paz. En la misma Fiscalía en donde el autor de este trabajo es fiscal de conocimiento, cursan procesos en justicia ordinaria, en los cuales los autores de crímenes de homicidio, tortura, secuestro y desaparición forzada, que en todo momento habían negado su vinculación a las FARC, ahora la reconocen abiertamente tras su postulación a la JEP, en donde no sólo no aceptan los cargos de responsabilidad en esos execrables crímenes, sino que de manera realmente cínica, han solicitado reiteradamente se les conceda los beneficios de amnistía e indulto, que sólo aplica para delitos que no constituyen crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, como son los que se les ha imputado en sede de Fiscalía.

Por estas razones, urge una revisión de fondo de este sistema de jurisdicción de paz, no sólo para corregir esas evidentes contradicciones, ya que es claro que dichas posturas no contribuyen en nada a construir las bases de una paz estable y duradera, y

mucho menos posibilita condiciones para la reconciliación que se traza como fin último, si bien tras un proceso que se acepta sería complejo y demorado. Así mismo, las actitudes señaladas evidencian un abierto desconocimiento de los derechos de las víctimas, así como una revictimización ofensiva e injusta.

Frente a esta realidad vergonzosa, que es respaldada por posiciones políticas o ideológicas, de sectores afines de uno y otro bando, es urgente avanzar hacia un modelo de justicia que enfatice la reparación integral de las víctimas antes que la punibilidad y los beneficios penales. Resulta perentorio que los responsables de crímenes atroces como los ejecutados en el marco del conflicto armado, o tras violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, asuman la reparación del daño de las víctimas, y que se les obligue a adelantar un sinnúmero de acciones posibles, con miras a que se encare esa responsabilidad sin atenuantes, sin discursos justificadores o negacionistas. Esta obligación le corresponde también al Estado de manera subsidiaria y complementaria porque el Estado está obligado a reparar conforme a su consecuente responsabilidad por acción u omisión, o por su calidad de garante frente a muchos de los crímenes cometidos. Sólo así podría tener justificación, no sólo desde el plano jurídico, sino desde la moral y la ética, los subrogados penales concedidos, como la rebaja de pena y la excarcelación tras haber cumplido un mínimo de cinco años privados de la libertad, a la cual ya han accedido la gran mayoría de los postulados. Lo mismo ha ocurrido con los paramilitares respecto del referido proceso de Justicia y Paz, que tanto criticaron un grupo no menor de los que ahora abogan por el cumplimiento irrestricto y total de los acuerdos alcanzados en el proceso de paz con las FARC.

Por su parte, Iván Orozco Abad (2009, pp.127-141) afirma, con base en algunos trabajos de investigación, que para las víctimas la reparación del daño causado es central, e incluso más importante que los mismos procesos de juzgamiento y las penas y castigos impuestos a los victimarios. Por ello, resulta extraño el escaso interés y la limitada reflexión sistemática de muchos sectores sociales respecto a la reparación y la poca conciencia sobre su importancia para las víctimas (Orozco, 2009, 128). Citando al Relator Especial de Naciones Unidas para las Reparaciones, Pablo de Greiff, señala que “(...) a pesar de que la persecución y el castigo de los crímenes suele ser objeto de

mayor atención y discusión pública, el hecho de que la justicia penal se ocupe predominantemente de la persecución del victimario y no de la ayuda a las víctimas explica que estas suelen entender que la reparación les atañe más directamente que el castigo” (Orozco, 2009, p. 128).

En esta parte conclusiva del trabajo, es necesario referir los importantes aportes de la humanista Rama Mani,⁴⁵ autora de múltiples escritos sobre diferentes modelos de justicia, entre ellos la denominada justicia reparadora, y quien aborda estos temas con profundidad, y cuyas formulaciones y propuestas suscitan diferentes debates. Así, resulta relevante destacar sus reflexiones en torno a la justicia reparadora, la cual considera sustancial para abordar lo que considera como el dilema de la justicia transicional, el cual, en su opinión, no ha cambiado con el paso de las décadas, y que consiste “(...) en cómo atender las reclamaciones legítimas de justicia presentadas por las víctimas y los sobrevivientes de abusos horribles, de tal manera que se consiga el delicado balance entre evitar la vuelta al conflicto o a una crisis, por un lado, y por otro consolidar una paz duradera basada en la equidad, el respeto y la inclusión, lo que requiere reformas institucionales y cambios sistémicos.” (Mani, 2011, p. 158).

En razón a lo anterior, Mani afirma que, tras superar largos períodos de violencia caracterizados por la ocurrencia de crímenes atroces, es necesario hacer una conceptualización de la justicia para dar respuesta a las necesidades y los requerimientos de todos “los sobrevivientes del conflicto, las víctimas, los victimarios y violadores de derechos y la sociedad en sentido amplio. Esta reconceptualización se concreta en la justicia reparadora, por cuanto es la “respuesta más apropiada a la reivindicaciones y demandas de justicia presentadas en sociedades transicionales frente a las violaciones de derechos.” (2011, p. 188). En este sentido, la justicia reparadora permite revisar el impacto que los crímenes y las violaciones tuvieron sobre las víctimas, los infractores y la sociedad y, en esa medida, es flexible en la búsqueda de respuestas frente a esos hechos de violencia (2011, p. 191).

⁴⁵ Rama Mani, es Ph.D. en ciencias políticas de la Universidad de Cambridge, y maestría en asuntos internacionales de la Escuela de Estudios Internacionales avanzados de la Universidad de Johns Hopkins, y una licenciatura en ciencias políticas y literatura francesa de Bryn Mawr College de los EE.UU. Así mismo, es investigadora principal asociada en el Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de Oxford desde 2009.

Rama Mani destaca que la reparación del daño que enfatiza la justicia reparadora tiene como objetivo superar la “alienación que las ofensas les ocasionaron a las víctimas y reconstruir las bases de la confianza para renovar la cooperación social” (2011, p. 191), que involucra así mismo al infractor como también a las autoridades estatales y al público en general, lo que en sí mismo es un aporte al encuentro, en donde el ofensor fortalece su propio proceso de reinserción social. Al respecto, Mani cita a W. Cragg (1992, p. 171):

Desde el punto de vista de las autoridades, las reparaciones representan un reconocimiento de parte del ofensor de que él no está por encima de la ley. Desde el punto de vista del público (y de la víctima), las reparaciones implican un deseo y una voluntad de vivir dentro de la ley, aceptando la responsabilidad por el mal causado y comprometiéndose a corregirlo. Y desde el punto de vista del ofensor, las reparaciones proveen una base para reconstruir la confianza que pudo haber sido socavada por la ofensa, creando así las condiciones para reasumir un lugar en la sociedad. (2001, p. 191).

- **A modo de conclusión**

Frente a las evidentes responsabilidades penales que se imputen en contra de los autores de graves crímenes dentro de un proceso penal ordinario o que estos acepten en el marco de un proceso de justicia transicional, que propicien condiciones favorables para una paz estable y duradera, resulta crucial que estos asuman de manera consciente, voluntaria y honesta la reparación integral de las víctimas, en su dimensión individual y colectiva. Esa misma reparación constituirá un elemento central de su propio proceso de reinserción social, lo cual conduciría a una mayor comprensión y aceptación social respecto de que la sanción penal a imponer por dichos crímenes pueda contener importantes beneficios en materia de reducción punitiva, excarcelaciones y el otorgamiento del beneficio de libertad provisional o condicional.

Por ello, la justicia reparadora, como sostiene Rama Mani, contribuye a que las reparaciones se realicen de manera efectiva y, en el caso de las compensaciones económicas, que éstas se cumplan; así como también otras medidas tales como la restitución de bienes, restitución de tierras, e igualmente las medidas no materiales como las de carácter simbólico, que en la mayoría de los casos son de gran importancia para las víctimas. Así mismo, este modelo reparador contribuye a la reinserción o reintegración social de los victimarios. De este modo, la justicia reparadora hace una

importante contribución a los procesos de justicia transicional, por cuanto tendría un efecto disuasorio en perspectiva de la no repetición, tal vez más efectivo que el logrado en los procesos judiciales retributivos, “(...) Al calcular exactamente los costos económicos del daño causado durante la guerra, y al obtener compensación material y no material de los criminales responsables, la justicia reparadora puede demostrar ser más disuasiva que las sentencias penales, a las que los criminales creen poder eludir o manipular a su favor” (Mani, 2011, p.198).

No obstante, con miras a que los postulados de estos modelos de justicia alternativa puedan cumplir sus objetivos, resulta necesario que las instituciones, autoridades o personas que se involucren en su aplicación superen los paradigmas del derecho penal tradicional y el énfasis retributivo, eminentemente punitivo, en donde la pretensión de castigo contra los responsables de esos graves crímenes constituye su máxima expectativa de justicia, marginando de la misma el derecho de la víctima y el deber del victimario a la reparación integral, así como la perentoria necesidad de que los responsables de crímenes y, más aún, de crímenes graves logren en mayor medida su reinserción social, que es la función principal de la pena.

En otras palabras, estos nuevos modelos de justicia deben tener receptores con mentalidades diferentes, abiertas al cambio de paradigma y a la integración de comprensiones que conciban el diálogo entre justicia, reparación, reinserción social, no repetición y reconciliación como el horizonte a alcanzar; de lo contrario, se estaría configurando una gran verdad a la cual se refiere un conocido pasaje del nuevo testamento *“Y nadie guarda vino nuevo en odres viejos, porque el vino hará reventar los odres, y se perderán vino y odres. A vino nuevo, odres nuevos.”* (Marcos, 2, 22).⁴⁶

⁴⁶ Biblia de América, Editorial Verbo Divino, Estela, España, 2011, Página 1203. La palabra “odres” hace referencia a un recipiente en cuero en el cual para la época del nuevo testamento se usaba para depositar, añejar y transportar el vino.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ambos, K. (2008). Derecho y proceso penal internacional: Ensayos críticos. México: Fontamara.
- Anitua, G. (2015). Historias de los pensamientos criminológicos. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Didot.
- Beristain, A. (2008). Transformación del derecho penal y la criminología hacia la victimología. Lima, Perú: ARA Editores.
- Betegón, J (2013). El castigo retributivo en los procesos de justicia transicional: análisis de un debate. En: Turégano, I. (2013). La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Botero C. y Restrepo E. (2005). Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. En: Rettberg, A (2005) Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de la justicia transicional. Bogotá, Colombia: Cesó - Ediciones Uniandes.
- Braithwaite, J. y Pettit, P. (2015). No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.
- Colombia. (2016). Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Junio de 2016.
- Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala. (1999). Guatemala, memoria del silencio. Capítulo II Las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia. Vol. 2. Violaciones de los derechos humanos, Marco jurídico – Análisis del mandato de la CEH. Guatemala.
- Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la implementación de la Ley 1448 de 2011 (2017). Cuarto informe sobre la implementación de la Ley de víctimas y restitución de tierras al Congreso de la República 2016-2017. Recuperado de: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/cuarto-informe-victimas-congreso-pgn.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH (1999). Informe n° 136/99 - CASO 10.488: Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos. El Salvador, 22 de diciembre de 1999.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH (2007). Informe n° 1/07 – Caso 11.878, admisibilidad Azucena Ferry Echeverry y otros. Nicaragua. 27 de febrero de 2007.

- De Greiff, P. (2005). Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta. En: Estudios socio-jurídicos. Volumen 7, número especial. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Fernández, J. (2012). Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena. Vol.2. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Fernández, J. (2014). Concepto y límites del Derecho Penal. Introducción al Derecho Penal actual y nociones sobre Justicia Transicional, perdón y reconciliación. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Gargarella, R. (2016). Castigar al prójimo. Para una refundación democrática del Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.
- Gil, A. y Maculan, E. (2013). Responsabilidad de proteger, Derecho penal internacional y prevención y resolución de conflictos. En: Turégano, I. (2013). La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Hernández, N. (2018). El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- Lasso, L. (2001). Reparación a víctimas de violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en Colombia. Bogotá, Colombia: Fundación Social.
- Londoño, J. (2016). Justicia, derecho y posconflicto en Colombia. Bogotá: Universidad Santo Tomás y Grupo Editorial Ibáñez.
- Méndez, J. (1997). Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos. En: Abregú, M. et Al. (1997) La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Argentina: Editores del Puerto.
- Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia (2015). La Ley de Justicia y Paz y el regreso a la vida civil: régimen de libertades, resocialización y reintegración de personas postuladas. Bogotá: Procesos digitales.
- Mani, R. (2011). La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la "justicia reparadora" en el posconflicto. En: Minow, M., Crocker D., Mani, R. (2011). Justicia transicional. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores
- Nino, C. (2006). Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Neuman, E. (1984). Victimología, Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.

- Olsen, T., Payne, L. y Reiter, A. (2016). Justicia transicional en equilibrio: comparación de procesos, sopeso de su eficacia. Bogotá, Colombia: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Orozco, I. (2009). Justicia transicional en tiempos del deber de memoria. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Pérez, L. (1996). La impunidad impide la reconciliación nacional. Recuperado de: http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/seminar/seminar_02.htm
- Rama Judicial (2017). Cifras a 18 de octubre de 2017 – Salas de Justicia y Paz. Tribunales superiores de Bogotá, Barranquilla y Medellín. Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/6342228/8792640/SENTENCIAS+NIVEL+NACIONAL+AGOSTO+10.pptx/b0275211-1471-4d7c-a426-ed3edc8a05b6>
- Reyes, Y. (2018). Autores, partícipes y superiores en la justicia transicional. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Reyes, Y. (2018b). ¿Es injusta la justicia transicional? Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ricoeur, P. (2003). Lo Justo. Madrid, España: Caparrós Editores.
- Rincón, T. (2010). Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Sanguino, K y Baene E. (2016). La resocialización del individuo como función de la pena. Revista Academia & Derecho (12). Cúcuta: Universidad Libre.
- Tamarit, J., Villacampa, C. (2006). Victimología, justicia penal y justicia reparadora. Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás.
- Teitel, R. (2017). Justicia Transicional. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Uprimny, R., Sánchez, L. y Sánchez, N. (2014). Justicia para la Paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y la paz negociada. Bogotá, Colombia: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia.
- Uprimny, R., et. al. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades, en ¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia. Bogotá, Colombia: DeJusticia.
- Zaffaroni, E. (2005). Manual de Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.
- Zaffaroni, E. (2014). La cuestión criminal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Planeta.
- Zehr, H. (2005). El pequeño libro de la justicia restaurativa. Estados Unidos: Good Books.

Anónimo. (S.F). Verdad y reconciliación. Recuperado de:
<http://www.eltabloide.com.co/verdad-y-reconciliacion/>

Legislación nacional

Cámara de Representantes de Colombia (2015). Proyecto de Ley 21 de 2015. Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de 2004, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 de julio 24 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal.

Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 906 de 31 de agosto de 204. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Congreso de la República de Colombia. (2005). Ley 975 de 25 de julio de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

Congreso de la República de Colombia (2011). Ley 1448 de 10 de junio de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1592 de 3 de diciembre de 2012. Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia (2017). Acto Legislativo No. 01 de 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.

Normatividad internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). San José, Costa Rica. 22 de noviembre de 1969.

Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. (1949).

- Corte Penal Internacional. (2013). Reglas de procedimiento y prueba. La Haya, Países Bajos.
- Naciones Unidas. (1966). Asamblea General. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.
- Naciones Unidas. (1985). Asamblea General. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Resolución 40/34. 29 de noviembre de 1985.
- Naciones Unidas. (1989). Comité de Derechos Humanos. Observaciones generales adoptadas por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Documento CCPR/C/21/Rev.1. 19 de mayo de 1989
- Naciones Unidas. (1993). Comisión de Derechos Humanos. Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial. Documento E/CN.4/Sub.2/1993/8. 2 de julio de 1993.
- Naciones Unidas. (1997). Comisión de Derechos Humanos. La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión. Documento E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1. 2 de octubre de 1997.
- Naciones Unidas (1997b). Comisión de Derechos Humanos. Informe final del Relator Especial Sr. Louis Joinet, acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos). 49° período de sesiones en 1997. Documento E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.
- Naciones Unidas. (1999). Comisión de Derechos Humanos. Resolución 1999/34. 55ª Sesión. 26 de abril de 1999.
- Naciones Unidas. (2004a). Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta. 80° período de sesiones. Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. 26 de mayo de 2004
- Naciones Unidas (2004b). Comisión de Derechos Humanos. Informe de la segunda reunión consultiva sobre los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y reparaciones. Documento: E/CN.4/2004/57. 10 de noviembre de 2003
- Naciones Unidas. (2005a). Asamblea General. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional

humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147. 16 de diciembre de 2005.

Naciones Unidas. (2005b). Comisión de Derechos Humanos. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. 61º período de sesiones. Documento E/CN.4/2005/102/Add.1. 8 de febrero de 2005.

Naciones Unidas (2005c). Anexo del Informe definitivo del Relator Especial sobre la restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos Sr. Paulo Sergio Pinheiro. Documento E/CN.4/Sub.2/2005/17. 28 de junio de 2005.

Naciones Unidas. (2012). Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Documento A/HRC/21/46. 9 de agosto de 2012.

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia C-160. Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencia C-163. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-177. Magistrado sustanciador: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (2002a). Sentencia C-228. Magistrados ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. (2002b). Sentencia C-578. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, p. 39.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia C-899. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia (2005a). Sentencia C-979. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia (2005b). Sentencia C-591. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-370. Magistrados ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Jaime Córdoba Triviño, Dr. Rodrigo Escobar Gil, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Dr. Álvaro Tafur Galvis, Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia (2007a). Sentencia C-291. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia (2007b). Sentencia C-516. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia (2012). Sentencia T-348. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-579. Magistrado sustanciador: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia C-007, Magistrado ponente: Diana Fajardo Rivera.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2010). Auto del 11 de marzo de 2010. Magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2010). Auto 33118 de 13 de mayo de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal (2011). Sentencia de 13 de abril. Magistrada ponente: María del Rosario González de Lemos.

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. (2010a). Sentencia del 29 de junio de 2010. Magistrada ponente: Uldi Teresa Jiménez López, párr. 144

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. (2010b). Sentencia del 2 de diciembre de 2010. Magistrada ponente: Uldi Teresa Jiménez López, p. 108 y ss.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1990). Caso Godínez Cruz. Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria. Sentencia de 17 de agosto de 1990.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998). Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Caso Cantos, Sentencia de 28 de noviembre de 2002.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Paniagua Morales y otros. Sentencia de 25 de mayo de 2001.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). Informe No.1/07 - Caso 11.878. Admisibilidad. Azucena Ferry Echeverry y otros. Nicaragua. 27 de febrero de 2007.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Sentencia caso Masacre de Pueblo Bello. 31 de enero de 2006

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial. (2009) Exp. No. AV 19-2001. 7 de abril de 2009.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Transitoria. (2009) Exp. No. 19-2001-09-A.V. 30 de diciembre de 2009.