

Revista de la Defensoría Pública de Colombia

# La Defensa

---

No. 17

Una década de la Ley de justicia y paz.  
Análisis desde la representación de las Víctimas



Defensoría  
del Pueblo  
COLOMBIA

**La Defensa**  
No. 17

Revista de la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo  
No. 17, Noviembre de 2016

ISSN 1692-3154 Derechos Reservados

Defensor del Pueblo

**Carlos Alfonso Negret Mosquera**

Vicedefensora del Pueblo

**María Clara Jaramillo**

Secretaria General (E)

**Claudia Contreras Peña**

Director Nacional de

Defensoría Pública

**Carlos Hernán Rodríguez Becerra**

Coordinador

**Fernando Tribín Echeverry**

PUBLICACIÓN EDITADA EN BOGOTÁ, D. C., COLOMBIA, NOVIEMBRE 2016

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA • CARRERA 9 No. 16-21 • TELÉFONOS: 3147300

Comentarios al correo electrónico: [lodefensoria.gov.co](mailto:lodefensoria.gov.co)

[www.defensoria.gov.co](http://www.defensoria.gov.co)

LO ECUESTO EN LOS ARTÍCULOS DE  
ESTA EDICIÓN ES RESPONSABILIDAD  
EXCLUSIVA DE SUS AUTORES Y NO  
REFLEJA NECESARIAMENTE EL  
PENSAMIENTO DE LA REVISTA.

## La Defensa No. 17

### C O N T E N I D O

- 7.** Prólogo  
*Carlos Alfonso Negret Mosquera*

*Doctrina y*

---

*Defensa*

- 9.** Falta de criterio unificado respecto de la exigencia y valoración de la prueba en justicia transicional  
*Ruby Stella Castaño*  
*Nirsa Morales Galeno*  
*Lucila Torres de Arango*  
*Alfonso Céspedes Castillo*

- 41.** El enfoque de género ante la jurisdicción de justicia y paz  
*Flor Stella Alfonso Segura*  
*Juan Carlos Córdoba*  
*Claudia Guzmán Sánchez*  
*Elvira Hernández Sánchez*  
*Nidia Estrella Lagos Meléndez*  
*Mary Sánchez Sánchez*

**59.** La verdad del enfoque diferencial

*Viviana Yaneth Ortiz Chivará*

*María Clara Cuesta Dávila*

*Mary Sánchez Sánchez*

**79.** Elementos para la formulación de estrategias defensoriales para la representación de las víctimas pertenecientes a los pueblos indígenas

*Ivo García Vargas*

*(Con la colaboración y apoyo de Martha Lucía Rodríguez, Sara Alcira Fajardo, Sandra Caballero y Maret García)*

**107.** Estándares internacionales en materia de reparación económica a víctimas. Un análisis a partir del primer fallo proferido en contra del postulador Edgar Ignacio Fierro Flórez

*José Antonio Barreto Medina*

*Carmelo Vergara Niño*

*Hugo Torres Cortés*

*Juan Arturo Ángel Beltrán*

*Leonardo Vega Guerrero*

*Diana Marcela Uribe Mejía*

*Invitado*

---

*Especial*

**129.** Vinculatoriedad del control de Convencionalidad: Integración normativa y análisis de competencia sobre casos de conflicto armado interno

*Johana Giraldo Gómez*

*Contra*

---

*Punto*

**143.** La exclusión de postulados y sus efectos para las víctimas dentro del marco de justicia y paz

*Edilberto Carrero López*

*Jairo Alberto Moya Moya*

*Álvaro Maldonado Chaya*

*Marco Fidel Ostos Bustos*

*Investigación*

---

*Sociojurídica*

**155.** La verdad en la justicia transicional en Colombia

*Patricia Alfonso Mondragón*

*Yanet Astrid Triana Santafé*

*Héctor Rodríguez Sarmiento*



## Prólogo

Como Defensor del Pueblo tengo la plena convicción de que el fortalecimiento del Sistema Nacional de Defensoría Pública es un esfuerzo que redundará en el mejoramiento del servicio de justicia en el país. De ahí que para esta administración sea prioritario el robustecimiento de las actividades académicas e investigativas en dos sentidos. Por un lado, conservando los enfoques y la seriedad que han caracterizado a los medios de difusión del conocimiento de la Defensoría Pública, como es precisamente la revista *La Defensa*. Y por el otro, orientándolos hacia los más altos estándares de calidad, en máxima correspondencia con las exigencias nacionales e internacionales que la comunidad científica especializada viene consolidando.

He dicho que sin Defensores Públicos no hay justicia. A lo cual debo agregar en esta ocasión: con Defensores Públicos cualificados, bien formados y a la vanguardia académica de los problemas jurídicos contemporáneos, habrá una mejor justicia.

Por esta razón es que la actual Defensoría Pública quiere contribuir, a partir de su propia experiencia, a pensar el país; a examinarlo con una mirada basada en el conocimiento y en la investigación jurídica, siempre en busca de las soluciones sociales en que se empeña, con el objetivo de una Administración de Justicia y un derecho penal más afín a los Derechos Humanos, más democrático y apropiado a la convivencia pacífica.

En esta vía se hace imprescindible profundizar en las reflexiones sobre los aspectos más relevantes de la justicia transicional, en tanto mecanismo armonizador de la justicia penal, y el tránsito hacia la convivencia pacífica a partir del resarcimiento de las víctimas.

La edición diecisiete de la revista La Defensa, tiene por eje temático al modelo de justicia que convoca la transformación social que referimos. Se han seleccionado algunos de los problemas conceptuales más agudos y urgentes de tratar. Es así que con una nutrida participación de operadores del Sistema Nacional de Defensoría Pública, el lector hallará que se abordan con sentido crítico en la sección sobre doctrina y defensa los siguientes temas: la situación de la exigencia y valoración de la prueba en justicia transicional; el enfoque de género que caracteriza en la acepción legal que hemos conocido de lo que sería la jurisdicción de justicia y paz; la situación real de lo que es el llamado enfoque diferencial, las implicancias que sobrevendrán para la Defensa Pública de personas víctimas e indígenas así como la forma de responder en términos de estrategias defensoriales, también respecto de las víctimas se asume la reparación económica en lectura de los estándares internacionales y a partir de un estudio de caso.

Ha participado como especial invitada la doctora Johana Giraldo Gómez, con un excelente texto sobre la vinculación que conlleva el principio de complementariedad, especificado en la integración normativa y el análisis de competencia sobre casos de conflicto armado interno.

En la sección Contrapunto se asume un tema que no sólo inquieta sino que ha venido generando las más agudas suspicacias, como es la exclusión de postulados dentro del modelo llamado de Justicia y Paz, y las repercusiones que dicha exclusión tiene sobre las víctimas de sus reatos.

Finalmente y en la sección de Investigación socio-jurídica se encontrarán resultados de los estudios acerca del fenómeno de la verdad procesal, especificado en el modelo de justicia transicional.

Es esta la ocasión de refrescar el conocimiento en las materias señaladas, de proponer nuevas perspectivas y posibilidades de estudio y, sobre todo, de convocar a la comunidad científica a persistir en pensar el País que todos queremos.

**CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA**

Defensor del Pueblo



## FALTA DE CRITERIO UNIFICADO RESPECTO DE LA EXIGENCIA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Ruby Stella Castaño

Nirsa Morales Galeno

Lucila Torres de Arango

Alfonso Céspedes Castillo

### RESUMEN:

En las últimas sentencias emitidas por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, hemos observado varios aspectos en la exigencia probatoria por parte de la Sala, tendientes a obtener la indemnización de los perjuicios de orden material y moral. En primer lugar se han vulnerado principios importantes de la justicia como el derecho a la igualdad –quizás sea la falta de unificación de criterio del grupo de magistrados ponentes en sus diferentes pronunciamientos–, pues se vislumbra el desconocimiento de las garantías para las víctimas que implican el debido proceso, derechos que pese a que nos encontramos en un proceso de justicia transicional son irrenunciables.

Lo anterior se traduce en la inseguridad jurídica que generan las sentencias cuando en situaciones iguales frente a los mismos hechos y circunstancias se falla de diferente forma, así mismo, y no menos importante, es la violación al principio de flexibilidad de la prueba haciendo gravoso para la víctima su derecho al acceso a la justicia, al exigir documentos y medios probatorios frente a presunciones ya admitidas por las autoridades judiciales internas e internacionales, en detrimento de los intereses de las víctimas a la justicia y la reparación, componentes fundamentales de la Ley de Justicia y Paz, que es en esencia nuestro principal objetivo.

Para identificar cuál es la contrariedad de los medios probatorios que se están utilizando en los procesos de reparación directa en el marco de la justicia transicional, en primer lugar, se abarcará cuál es la problemática que nosotros dilucidamos en la práctica de la defensa, para luego analizar las diferentes posturas de las organismos nacionales o internacionales, respecto de los medios y la valoración de la prueba, y para concluir se hará un análisis de la justicia transicional para determinar en qué está errando y qué se puede mejorar para que todas las víctimas puedan acceder a la reparación sin que exista algún impedimento para su real y material resarcimiento.

**Abstract:**

The judgments so far issued by the Superior Court of Bogota, Hall of Justice and Peace, has been observing various aspects of evidence, aimed at obtaining compensation for the pecuniary and moral order, including the lack of unification group criterion speakers judges in their various pronouncements, on the basis that with regard to transitional justice exists pronouncements of international organizations (international jurisprudence) of the basic principles and regulated international standards, specifically the principle of lassitude of proof it is closely related to the principle of progressiveness of human rights, inasmuch as the latter seeks to expand and make more effective the guarantees within the transitional process. We visualized through public advocacy experience this lack of legal certainty is detrimental to the interests of the victims is essentially our main goal.

**Palabras clave:**

El debido proceso y principio de igualdad, seguridad jurídica y unificación de criterios, tarifa legal de la prueba y lasitud de la prueba, medios probatorios idóneos, reparación integral

**Keywords:**

Due process and the principle of equality, legal certainty and unification of criteria, legal test rate and lassitude of evidence, probative evidence, comprehensive reparation

## OBJETIVOS

### OBJETIVO GENERAL

Identificar los problemas que se tienen al realizar la labor profesional de defensores públicos de las víctimas del conflicto, en razón de la valoración de la prueba, y los medios probatorios que se deben aportar para que sean reconocidos.

### OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Que se evidencie primero ante la comunidad jurídica la existencia del problema.
2. Lograr que la magistratura unifique el criterio en sus respectivos pronunciamientos.
3. Evitar la dilación de la justicia transicional al no tener que recurrir a las sentencias.
4. Recuperar la credibilidad respecto de las víctimas en las instituciones, tan resquebrajado, entre otras cosas, por la inoperancia de la justicia.

### FALTA DE CRITERIO UNIFICADO RESPECTO DE LA EXIGENCIA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN JUSTICIA TRANSICIONAL

La vía judicial ha presentado muchas dificultades para las víctimas, entre otras, el tipo de pruebas que se exigen para acreditar su condición y ser parte del proceso; la capacidad institucional para el acompañamiento y la defensa jurídica de sus intereses; la misma capacidad del sistema judicial para procesar, con agilidad, a los desmovilizados y emitir fallos que contengan medidas de reparación; son pocas las víctimas realmente indemnizadas dentro de la vigencia de la Ley 975 del 2005; la seguridad de las víctimas que participan como testigos; la ocurrencia de nuevos hechos de victimización y la posibilidad de participación efectiva de la víctima en el proceso con el objetivo de conocer la verdad de lo ocurrido.

La carga excesiva que se impone a las víctimas para la recopilación, aporte y envío de documentos, que ya han enviado a diferentes entidades, violando además la Ley anti trámites, o la exigencia de documentos que por el transcurso del tiempo, como facturas o recibos de pago que no existen porque se deterioraron o desaparecieron, que no reclamaron por su salida como desplazados, o por miedo a reclamar pues temen por su vida al regresar.

No obstante, y de conformidad con los principios pro omine y de buena fe, pilares de nuestro ordenamiento jurídico, se debería acudir a la flexibilidad de la prueba tenida en cuenta tanto en la jurisprudencia interna como en la foránea para los eventos de graves y masivas violaciones a los derechos humanos, constituyéndose así en un marco de protección de las garantías colectivas que, de una u otra manera, han sido reconocidas por el Estado.

Fue así como el Tribunal no reconoció el daño material a las madres y esposas de las víctimas directas, aduciendo no haberse presentado prueba que estableciera que, en efecto, para la época del fallecimiento tenían una dependencia o ayuda económica de su esposo y/o hijos. Sin embargo, estos conceptos han sido ampliamente analizados y reconocidos por el Consejo de Estado en donde se parte del concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad, surgiendo entre los esposos, en forma conjunta, derechos correlativos que en el orden natural se imponen. En estos eventos la existencia del vínculo material y filial crea una obligación alimentaria de donde se infiere un perjuicio material en la modalidad de lucro cesante (arts. 411 y 422, C. Civil).

En igual sentido, en nuestro país no es solo una obligación moral que los hijos ejerzan manutención sobre sus padres. El Código Civil en su art. 284 dice “los hijos tienen la obligación de asistir y suministrar alimentos a los padres”. Sentencias Masacre la Rochela, Pueblo Bello, Mapiripán.

Se plantea el caso frente al reconocimiento del daño moral que por la muerte de un hermano se otorga una reparación en salarios mínimos legales y al otro hermano no se reconoce reparación alguna.

En muchos casos no se reconoció el pago de los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente por concepto de gastos funerarios por no presentar

prueba que así lo acredite... Estos gastos deben presumirse, pues nuestro ordenamiento jurídico establece que

*“cuando en virtud del establecimiento de un hecho, se infiere otro que no se demuestra (en este caso facturas, recibos) el juez debe hacer un razonamiento inductivo, hay por ende una presunción legal, en donde se infiere un hecho establecido que no necesita probarse”.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, aduce:

*Donde las víctimas son el eje central del mismo proceso y donde uno de sus objetivos es que se logre una reparación justa y al carecer de elementos probatorios que acrediten el daño siguiendo la postura que ha señalado la CIDH, entre otros en el fallo de Ituango contra Colombia, numeral 373, donde se indicó que cuando una víctima carece de pruebas para acreditar su daño, la Corte en ejercicio de sus facultades y a solicitud debe resolver en equidad.*

Así mismo, si se tiene en cuenta lo regulado por el art. 230 de la Constitución Política al considerar la equidad como criterio auxiliar al momento de tomar una decisión, aspecto que igualmente fue analizado por la CSJ en el fallo de Mampujan, y lo estableció como un criterio de ponderación cuando se carecía de pruebas para acreditar el daño.

Si bien nuestro sistema procesal es el medio o vía para realizar una adecuada justicia, esta no puede sacrificarse en aras de meras formalidades dentro de ciertos límites de razonabilidad, es por ello que ciertas omisiones pueden ser dispensadas siempre que se conserve un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica, dejando en manos de la sana crítica la libre convicción para valorar el material presentado. Se puede deducir que en aras de la reparación de las víctimas no se necesita únicamente de leyes que estipulen dicha medida, sino que se necesita que los medios probatorios solicitados para el reconocimiento de víctimas se flexibilicen acorde a los factores de tiempo y lugar, puesto que en estos casos, cuya ocurrencia no es inferior a un año, algunas pruebas pueden ser imposibles de recaudar para las personas lo que las obstruiría de acceder a la reparación integral.

La legislación cuando deja de reconocer a las víctimas en un proceso de reparación no solo por el hecho de no poder acreditar algún aspecto no solo está

evitando que se les repare materialmente sino que además está impidiendo que ejerza el derecho que se le ha reconocido que es a la verdad y a la justicia ya sea como víctima directa o indirecta.

La Corte Constitucional (2012) dice:

Es de reiterar que la jurisprudencia de la CIDH ha destacado la conexión intrínseca existente entre el derecho a la reparación y el derecho a la verdad y a la justicia, señalando en reiteradas oportunidades que el derecho de las víctimas a conocer lo que sucedió, a conocer los agentes de los hechos, a conocer la ubicación de los restos de sus familiares, así como también el derecho a la investigación de los respectivos hechos y la sanción de los responsables, hace parte integral de la reparación de las víctimas y *constituye un derecho que el Estado debe satisfacer a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad como un todo.*

Uno de los deberes de los defensores públicos es ayudar a las víctimas a que se hagan partes integrales dentro de los procesos de reparación, mecanismos que ha dispuesto el gobierno para resarcir el daño, pero en muchas ocasiones no se puede cumplir con el objetivo debido a que para acceder a la justicia se les ponen como barrera una obtención de prueba que, en muchas ocasiones, termina siendo imposible de recaudar, lo que hace que la gente no pueda ejercer sus derechos debido a que jamás terminan siendo reconocidas. La Ley 975 de 2005 en su art. 37 del capítulo VIII señala que la administración de justicia les debe facilitar el aporte de pruebas, no ponerle unos requisitos que pueden ser de difícil de recolección cuando no imposibles.

**Derechos de las víctimas:** *en los términos de la Ley 975 de 2005, sus decretos reglamentarios 4760 de 2005 y 3391 de 2006 y la Sentencia C-370 de 2006, Ley 1592 de 2012 y el Decreto 3011 de 2013, además de las disposiciones complementarias de la Ley 1448 de 2011 y el derecho internacional humanitario, las víctimas tienen derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación y garantías de no repetición. Estos derechos se hacen efectivos cuando se les brinda la posibilidad de participar durante el proceso para que formulen preguntas, aporten pruebas, denuncien bienes de los grupos armados organizados al margen de la ley o de sus miembros, brinden y reciban información, formulen su pretensión de reparación integral, entre otras modalidades de intervención (Tomado de [http://www.fiscalia.gov.co/jyp/sobre\\_unidad\\_victimas/derechos-victimas/](http://www.fiscalia.gov.co/jyp/sobre_unidad_victimas/derechos-victimas/))*

## JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL FRENTE A EXIGENCIAS PROBATORIAS Y REPARACIÓN

La Corte Interamericana en sus diferentes jurisprudencias, ha hecho hincapié en aspectos relacionados con la dificultad para las víctimas de graves violaciones de derechos humanos para probar el daño. Aspectos como el transcurso del tiempo entre la ocurrencia del hecho y el juicio donde han pasado, como en nuestro caso, decenas de años.

**Jurisprudencia de la Corte Interamericana.** Respecto de la valoración de las declaraciones: la Corte Interamericana valoró las declaraciones argumentando que lo más importante es obtener la mayor cantidad de información posible para acercarse más a los hechos ocurridos y así fallar mejor (María Isabel Uribe y otros 277)<sup>1</sup>. Tanto los testimonios como los informes de los peritos versarán únicamente sobre el objeto que la Corte haya establecido; excepcionalmente, ante petición fundada, la Corte podrá modificar el objeto de la declaración o aceptar una declaración que exceda el objeto fijado.

Así mismo, sobre la valoración de la prueba, reiteradamente la Corte ha manifestado: “Que su sistema de valoración probatoria es la sana crítica, pero que este resulta ser más amplio y menos formal que el del derecho interno”<sup>2</sup>. Igualmente, la Corte analiza las violaciones a la Convención, “en consideración a los hechos que ella misma entiende probados, los argumentos de las partes, apreciando y valorando las pruebas con sujeción a las máximas de la lógica y la experiencia, sin someterse a la regla de la tarifa legal”<sup>3</sup>.

Sobre la flexibilidad probatoria, tenemos la Sentencia de la Corte IDH, caso Loayza Tamayo vs. Perú<sup>4</sup>. Según Fix-Zamudi<sup>5</sup>, para la mencionada Corte la justificación de dichas particularidades es obtener las pruebas necesarias para establecer la posible responsabilidad del Estado. Así lo expresó tal Cor-

1 Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia. Ca ri Berenson Mejía vs. Perú. Caso de las hermanas Serrano Cruz. Caso Yatama.

2 Caso Loayza Tamayo y Caso Castillo Páez.

3 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, nota 33, párr. 130.

4 Corte IDH, caso Loayza Tamayo vs. Perú.

5 2001, p. 197, citado por Pizzolo, 2007, p. 306.

te en la Sentencia del 31 de agosto de 2001 “Con el fin de obtener el mayor número posible de pruebas, este Tribunal ha sido muy flexible en la admisión y valoración de las mismas, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia”<sup>6</sup>.

Así la Corte afirmó:

*“El proceso es un medio para realizar la justicia y esta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades, sin que por ello se afecte la seguridad jurídica y el equilibrio procesal entre las partes. Por referirse a violaciones a derechos humanos y acoger, en consecuencia, el principio de verdad histórica, el proceso ante este Tribunal internacional tiene un carácter menos formalista que el seguido ante las autoridades internas”<sup>7</sup>.*

Si esto ocurre ante la Corte Interamericana, tal precepto debe tener mucha más relevancia dentro de un proceso de justicia transicional como el originado por la Ley 975 del 2005 el cual nos ocupa.

En materia del principio de flexibilidad de la prueba, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala aspectos importantes que se manifiestan en la libertad de prueba, la valoración de la prueba, la carga de la prueba y su práctica, que permiten establecer los hechos, no desde la prueba empírica, sino conforme a elementos de tipo pragmático, como las ficciones o presunciones, así como las pruebas de carácter circunstancial, siendo razonable y compatible con el debido proceso, en aras siempre de buscar la garantía de los derechos humanos, para ello la Corte Interamericana otorga amplias libertades en la obtención y apreciación de la prueba.

Así, se presumen el dolor moral entre parientes y los perjuicios materiales cuando la víctima es mayor de edad y cabeza de familia. Con relación al estándar de la prueba, la Corte ha asumido en este punto una posición laxa argumentando que tratándose de temas como la violación de los derechos humanos, es necesario mantener abierta la posibilidad de fallar teniendo en cuenta las características y pruebas que se presenten en cada caso concreto. En este sentido:

6 Caso de la comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua.

7 Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú.



*“la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, ha evitado siempre adoptar una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para fundar un fallo”<sup>8</sup>.*

En los procesos adelantados en la Corte Interamericana se observan grandes diferencias en relación con la forma como se realizan los procedimientos dentro del derecho interno colombiano. Dichas singularidades consisten en que se minimizan las formalidades que regulan la actividad probatoria, pues no en vano nos encontramos frente a graves violaciones de derechos humanos, las cuales son un asunto de considerable gravedad, donde la víctima adquiere el pleno derecho a reclamar la protección, frente al hecho vulnerante, y dada su condición se encuentra en desventaja notoria frente al Estado, ya que este es el que monopoliza el sistema, lo que se traduce frente a la justicia de carácter transicional frente a la efectivización de los derechos de las víctimas en la aplicación real de los principios de la flexibilidad de prueba, igualdad y debido proceso.

Por otro lado, en relación con los documentos y pruebas exigidas, es claro que los programas de restitución que buscan resarcir violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos deben establecerse como programas administrativos racionales con exigencias flexibles en materia de pruebas. Estos ejemplos denotan, primero, que las pruebas exigidas dependen del tipo de violación; segundo, que en todo caso debe evitarse exigir a las víctimas condiciones imposibles para acreditar su calidad o ponerlas en situaciones que pueden generarles tal nivel de recordación que se pueda promover una revictimización; y tercero, que hay que preferir criterios amplios de prueba.

Los documentos y pruebas son otro de los factores de este acápite. Del examen de las experiencias se puede concluir que es fundamental tener en cuenta los niveles de acceso a los archivos y registros, los niveles de formación de la víctima, las formas de victimización sufrida, entre otros factores. Finalmente, el establecimiento de requerimientos probatorios muy altos puede terminar socavando uno de los propósitos de todo programa de re-

8 Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia, párr. 73. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, párr. 41. Caso Yatama vs. Nicaragua, párr. 108.

paraciones, a saber, otorgar reparaciones a las víctimas con procedimientos más ágiles y con estándares probatorios menos rigurosos o exigentes.

En Colombia existen múltiples barreras de acceso a la justicia relacionadas, entre otros elementos, con: i) las dificultades económicas que enfrentan las víctimas para desplazarse a las sedes judiciales que en el caso de Justicia y Paz se encuentran ubicadas solo en tres ciudades del país, ii) las dificultades impuestas por las condiciones geográficas y los problemas de movilización asociados, y iii) el desconocimiento de los afectados sobre sus derechos y los mecanismos jurídicos que tienen a disposición para hacerlos efectivos. Estas barreras impiden o dificultan el acercamiento de toda persona a los procedimientos judiciales.

### **JURISPRUDENCIA NACIONAL FRENTE A EXIGENCIAS PROBATORIAS Y REPARACIÓN EN MATERIA DE GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS**

Es conveniente para entrar al estudio del tema analizar lo establecido por los altas cortes y tribunales nacionales frente al tema *sub examine*, es así como encontramos la Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Rad. 11-001-60-00253-2007 82855 – Rad. interno 1520 Sentencia – Ramón María Isaza Arango y otros, Sentencia que hace un estudio amplio del tema recogiendo distintos precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y del Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Esta Sentencia encierra y hace un estudio del tema específico.

#### **“¿Cómo se reconoce la calidad o condición de víctima en el Proceso de Justicia y Paz?”**

La calidad o condición de víctima es una situación de hecho. La Sala encuentra particularmente útil precisar que la calidad de víctima es una situación de hecho que surge de una circunstancia objetiva, es decir la existencia de un daño ocurrido como consecuencia de unos hechos ilícitos, tal como lo ha interpretado la Corte Constitucional en las sentencias C-253 A de 2012 y C-781 de 2012757, entre otras. Específicamente en la Sentencia C-715 de

2012, señaló que: “esta Corporación reitera su jurisprudencia en cuanto a la diferenciación entre la condición de víctima y los requisitos formales y exigencias de trámite para el acceso a los beneficios previstos por las leyes dirigidas a consagrar, reconocer y otorgar beneficios de protección para el goce efectivo de sus derechos. Sobre este tema, esta Corporación ha sostenido que la condición de víctima es un hecho fáctico, que no depende de declaración o de reconocimiento administrativo alguno.”

El Estado Colombiano por medio de las decisiones de las Altas Cortes, ha determinado quien ostenta la calidad de víctima, no solo es quien se ve vulnerado en su integridad, o vida sino quienes hacen parte de su núcleo familiar, que vienen hacer los actores de una violencia marcada en nuestro país, violatoria de Derechos Humanos, donde el actuar de grupos al margen de la ley rompe con lo estipulado en el Derecho Internacional Humanitario. La calidad de víctima generada por el conflicto genera para estas personas una calidad especial, para ello el Estado se vio en la necesidad de poner a disposición de estas unas políticas Públicas diferentes a las demás políticas existentes, pues deben recibir un trato idóneo con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se encuentran.

*“En este sentido, ha consolidado una concepción material de la condición de víctima del conflicto armado, entre ellos especialmente del desplazado forzado por la violencia interna, “para que una persona determinada, concurren las circunstancias [fácticas] descritas, esta tiene derecho a recibir especial protección por parte del Estado, y a ser beneficiaria de las políticas públicas diseñadas para atender el problema humanitario que representa el desplazamiento de personas por causa del conflicto armado. Finalmente, declarará la exequibilidad de la expresión “en primer grado de consanguinidad” del numeral 49.3, en el entendido que no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometido por miembros de grupos armados al margen de la ley. 757*

Las personas que por culpa de una guerra entre el Estado y los Grupos Al margen de la ley se encuentran inmersos en el conflicto, y a los cuales se les ha vulnerado los derechos, el Estado debe proporcionar y garantizar los mecanismos idóneos para que las personas tengan el derecho de acceder a la justicia, habida cuenta los delitos por los que desean una reparación se encuentran no solo esgrimidos en el marco legal nacional, sino que por los

tratados internacionales y el Derecho Internacional se ha consagrado la obligación del Estado para reparar a las víctimas del conflicto armado.

*Como complemento de tal análisis, la Sala recuerda que en Colombia, toda persona que haya sido víctima de un delito, y en particular, aquellas que hayan sufrido un daño como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, puede acudir a los mecanismos ordinarios que el ordenamiento jurídico ha previsto para garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, y, por otro, que conservan plena vigencia las prescripciones de DIH y de DIDH que buscan prevenir las violaciones de derechos y que brindan protección a todas las personas en el marco de los conflictos armados internos.*

Colombia es un país regido por una regulación jurídica importante, por ello el legislador siempre debe tener en cuenta la normatividad para el actuar, por eso y viendo que las circunstancias de modo, tiempo y lugar frente al tema de la violencia en nuestro país ha cambiado, así mismo era importante crear una normatividad en medio de la justicia transicional, donde las víctimas del conflicto tuvieran un mecanismo de protección mejor que se asimile a su situación.

*“La Sala considera que si de lo que se trata es de armonizar la normativa producida en torno a la implementación de un proceso de Justicia Transicional, se debe interpretar de forma sistemática la Ley 975 de 2005 (reformada por la Ley 1592 de 2012 y reglamentada por el Decreto 3011 de 2013) en concordancia con la Ley 1448 de 2011. Es decir, que si la Constitución Nacional tiene un núcleo fuerte, a través del cual se busca la protección de los derechos fundamentales, los derechos de las víctimas se corresponden con los postulados de prevención y protección fundamentales, por tanto el legislador y el operador judicial deben interpretar la norma de forma tal que permita el ejercicio y la exigibilidad de los derechos de los afectados por el conflicto armado colombiano”*

*A la luz de tal interpretación, la Sala entiende que el propósito de la reforma de la Ley 1592 de 2012, especialmente su artículo 2º, es delimitar de forma concreta el concepto de víctima, entendiendo que su “condición responde a una realidad objetiva” 761, es decir, a una situación fáctica concreta, que de darse identifica a una persona con una condición como la de víctima, o lo que es igual, como una persona que ha vivido una situación y que resultó afectada por un hecho delictivo, el cual le ha acarreado una consecuencias negativas o afectaciones sobre sus derechos, y es por ello, que la Ley le*

otorga medidas especiales de protección. 758 (Sentencia T-042 de 2009, M.P. Jaime Córdoba Triviño.)

La ley otorga calidad de víctima a toda persona que se ha visto afectada por cualquier delito por ocasión del conflicto armado que vivía el país, pero ello no significa que no todas las víctimas de un conflicto tenga la misma necesidad de probar el vínculo entre el daño y el perjuicio, por ello existen ciertas presunciones en la prueba, con las cuales la legislación ha disminuido la carga probatoria, en cambio para otros si es imperativo que prueben la afectación sufrida habida cuenta que no todas las personas son víctimas pero si pueden abusar de dichas circunstancia para reclamar por hechos en los cuales no se vieron afectados.

*“Aunque existe multiplicidad en las víctimas que ha producido el conflicto armado colombiano, cuando la norma de la Ley 1592 de 2011 hace uso de la expresión: “Para los efectos de la presente ley (...)”, el legislador está haciendo uso de una definición operativa, es decir que se está realizando un “giro que implica que se reconoce la existencia de víctimas distintas de aquellas que se consideran tales para los efectos de esta ley en particular, o, en sentido inverso, que, a partir del conjunto total de las víctimas, se identifican algunas que serán las destinatarias de las medidas especiales contenidas en la ley” 762 . 1181. Por ejemplo, la Ley 975 de 2005, en aras de esclarecer sus alcances en materia de cobertura de beneficios para las víctimas acude al criterio del parentesco hasta el “primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa” y requirieron que “a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida”. De tal figura legal no se debe interpretar que quienes no encajen en los criterios allí señalados dejan de ser reconocidos como víctimas. Pues como lo ha reiterado en párrafos anteriores la Sala, es víctima quien ha sufrido un daño como consecuencia de acciones en el marco del conflicto armado, realizadas por miembros del GAOML.”*

*Sin embargo, no todas las víctimas acceden de manera prioritaria (discriminación positiva), a las medidas especiales de atención, protección y reparación previstas por la Ley 1448 de 2011, a través del proceso de Justicia y Paz; en últimas, el legislador buscó una forma de implementar alivios en la carga probatoria de ciertos familiares de víctimas directas estableciendo presunciones como lo hizo en los incisos 2° y 5° del artículo 5° de la Ley 975 de 2005 763. 1182. En un caso similar, la Corte Constitucional estudio la exequibilidad del otrora art. 5° de la Ley 975 de 2005 y manifestó al respecto que: “si bien, las exclusiones son constitucionalmente inadmisibles, no dista para que el legislador alivie la carga probatoria de ciertos familiares de víctimas directas estable-*

*ciendo presunciones como lo hizo en los incisos 2° y 5° del artículo 5° de la Ley 975 de 2005, en consecuencia, “declaró exequibles los incisos segundo y quinto del artículo 5°, en el entendido que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley” 764 . 762 Ibidem. 763 Por ejemplo, la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006 en la que se pronunció sobre la exequibilidad de varias disposiciones de la ley 975 de 2005 y que resultaría relevante en el caso concreto en cuanto en ella se declaró condicionalmente exequible el inciso 2° del artículo 5° de esa preceptiva, de contenido similar al del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 1592 de 2012. (Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006.)*

*Como conclusión, la Sala considera que a través de la aplicación del art. 2° de la Ley 1592 de 2012, las personas que resultaron afectadas material, moral y socialmente por el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley, no pierden su condición (situación fáctica), lo que sucede es que el legislador alivió la carga probatoria de quienes acrediten situaciones o relaciones particulares, como el ser cónyuge, compañero o compañera permanente y familiar “en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida”. 1184. En consecuencia, el universo de víctimas que puede aplicar al reconocimiento de sus afectaciones a través del proceso de Justicia y Paz no se ha reducido ni modificado, sino que se han establecido unas presunciones que benefician a determinadas personas como los cónyuges o compañeros permanentes, los no indexados deberán desarrollar una actividad probatoria más amplia, en aras de acreditar las afectaciones con elementos de juicio diferentes a las meras presunciones legales. 1185.*

En el marco de la LEY DE JUSTICIA Y PAZ, mecanismo creado por el gobierno para la JUSTICIA, VERDAD Y REPARACIÓN de las víctimas del conflicto, por los diversos delitos cometidos por Grupos Al margen de la Ley, se ha permitido la desmovilización conjunta de las personas que cometieron dichos delitos, para que sean juzgados por los actos cometidos pero de manera colectiva, por ello hoy en día en Tribunal de Justicia y Paz esta realizando los diferentes procesos contra grupos de postulados de una misma zona, en el cual, se juzgan de manera colectiva a estas personas que ha decidido reconocer los delitos, que los han confesado, y por los cuales deberán ser juzgados y las víctimas reparadas.

*“El reconocimiento de la calidad de víctima. Ahora bien, el sistema normativo transicional en Colombia que busca proteger, atender y reparar a las víctimas del conflicto armado, incluido el procedimiento de Justicia y Paz, ha dispuesto unos mecanismos o instrumentos procedimentales para poder identificar claramente a las víctimas, y permitirles participar activamente en el proceso transicional a fin de obtener asistencia y reparación integral. 1186. Para que se impulse el proceso de la Ley 975 de 2005 es necesario que se desarrolle una etapa administrativa, en la cual se presentan postulaciones de desmovilizados de GAOML, los artículos 9 a 13 del Decreto 3011 de 2013 han reglamentado así esta etapa: “ARTÍCULO 9o. POSTULADOS POR DESMOVILIZACIONES COLECTIVAS. Quienes se hayan desmovilizado de manera colectiva con anterioridad al 26 de agosto de 2008 y hayan solicitado su postulación al procedimiento penal especial de justicia y paz con anterioridad al 31 de diciembre de 2012, podrán ser postulados por el Gobierno Nacional hasta el 31 de diciembre de 2014. Las listas de postulados por desmovilizaciones colectivas que remita el Gobierno Nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación solo podrán integrarse con los nombres e identidades de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado colectivamente de conformidad con la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifican y prorrogan. En este caso será necesario que los desmovilizados hayan manifestado por escrito ante el Alto Comisionado para la Paz su voluntad de ser postulados al procedimiento penal especial de justicia y paz, y declaren bajo la gravedad del juramento su compromiso de cumplir con todos los requisitos previstos en la Ley 975 de 2005. 765 Artículo 5° de la Ley 975 de 2005.”*

## LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ.

La garantía de la participación de las víctimas en los procesos de justicia y paz se evidencia cuando las personas hacen parte activa dentro del proceso de juzgamiento de los autores materiales de los delitos, esto se realiza a través de apoderados judiciales que son las personas idóneas que están legitimadas para intervenir en dichos procesos, por eso el Estado Colombiano con el firme propósito de garantizar que ninguna víctima deje de ser reparada presenta dos opciones la primera donde cada persona acude con su representante y se hace participe en el incidente, o si no cuenta con los medios económicos necesarios el Estado a través de la Defensoría del Pueblo, ha designado un grupo de personal capacitado que deberá asumir

la defensa a todas las víctimas del conflicto. Las cuales deberán intervenir durante todo el proceso del incidente hasta llegar a la JUSTICIA, VERDAD Y REPARACIÓN.

La víctima reconocida en el proceso, de forma directa o a través de su apoderado podrá asistir y participar activamente en todo el proceso. Al respecto el mencionado Decreto 3011 de 2013 estableció que: “ARTÍCULO 3o. PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS. Deberá garantizarse la participación efectiva de las víctimas en todas las etapas del proceso penal especial, buscando restablecer su dignidad y fortalecer, no solo su posición como sujetos procesales, sino también sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación

La Fiscalía General de la Nación y la magistratura tendrán en cuenta los relatos de las víctimas con el fin de fortalecer el esclarecimiento de la verdad judicial y como medida de satisfacción para el restablecimiento de su dignidad y sus derechos fundamentales. Las autoridades públicas que intervienen en el proceso penal especial de justicia y paz harán uso de un lenguaje claro y conciso que asegure el pleno entendimiento por parte de las víctimas. Para intervenir en el proceso penal especial de justicia y paz las víctimas deberán acreditar previamente esa condición ante el fiscal delegado mediante su identificación personal y la demostración sumaria del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 5o de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 2o de la Ley 1592 de 2012.

El proceso de acreditación puede tener lugar en cualquier fase del proceso, con anterioridad al incidente de identificación de afectaciones causadas. La Fiscalía General de la Nación alimentará un registro de víctimas que incluirá los nombres, número de identificación, datos de contacto, hecho victimizante del cual alega ser víctima y el contenido de la entrevista de acreditación. Esta acreditación se entiende surtida con el diligenciamiento del formato de hechos atribuibles. Dentro del mes siguiente a la acreditación, la Fiscalía General de la Nación trasladará a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas la información relacionada con la acreditación de la víctima dentro del proceso y el formato de hechos atribuibles. El registro deberá contener, por lo menos la siguiente información: - nombres y apellidos completos, tipo y número de identificación, información de género, edad, hecho victimizante, afectación, estado



del procedimiento y datos de contacto: dirección, barrio, vereda, municipio, departamento, teléfono y correo electrónico. Adicionalmente, la fiscalía enviará la información relacionada con la conformación del grupo familiar, raza, etnia, estrato socioeconómico, situación y tipo de discapacidad, en caso de que disponga de esta. Este registro debe ser interoperable con el Registro Único de Víctimas de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Red Nacional de Información. La Fiscalía también trasladará la información a la Defensoría del Pueblo de manera que esta pueda informar a las víctimas sobre los procedimientos para acceder a la reparación administrativa.

*“Las víctimas proveerán a la Fiscalía General de la Nación la información de la que dispongan con anterioridad a la audiencia de formulación de cargos, con el fin de que la Fiscalía la tenga en cuenta al estructurar dicha formulación y pueda esclarecer el correspondiente patrón de macro criminalidad. PARÁGRAFO 1o. En todo caso, las víctimas que se presenten en el marco del proceso penal especial de justicia y paz son objeto, entre otras, de las disposiciones contenidas en los artículos 198 y 199 de la Ley 1448 de 2011. PARÁGRAFO 2o. Para efectos de garantizar la participación de las víctimas en el proceso penal especial de justicia y paz, la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación emplazará públicamente a las víctimas indeterminadas de las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se encuentren postulados, a fin de que participen y ejerzan sus derechos dentro de los procesos penales que se adelanten de conformidad con la Ley 975 de 2005. En caso de no comparecencia, el Ministerio Público, atendiendo las directrices impartidas por el Procurador General de la Nación, garantizará su representación en los correspondientes procesos. Los gastos que generen los edictos emplazatorios y los demás gastos de notificación, se harán con cargo a los recursos del Fondo para la Reparación de las Víctimas. PARÁGRAFO 3o. En todos los casos en los que con anterioridad a la vigencia del presente decreto se hayan acreditado víctimas dentro del proceso penal especial de justicia y paz, la Fiscalía General de la Nación trasladará de manera progresiva y gradual a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y la Defensoría del Pueblo la información a la que se refiere el inciso quinto del presente artículo, iniciando por aquellos procesos que se encuentran más cercanos a la realización del incidente de identificación de afectaciones causadas..”*

En conclusión, La Fiscalía General de la Nación, a través de la Unidad de Justicia y Paz o quien haga sus veces, acreditará a las víctimas que hayan demostrado a través de prueba sumaria su calidad de víctima (situación de hecho), para que estas puedan presentarse y participar en las diversas instancias judiciales del

proceso de la Ley 975 de 2005. El Decreto menciona que a cargo de la Fiscalía también se realizará el proceso de registro y migración de información a la UA-RIV, . (SENTENCIA - RAMÓN MARÍA ISAZA ARANGO Y OTROS, 2007)<sup>9</sup>.

### CAPITULO III

#### JUSTICIA TRANSICIONAL

Para tener claridad del tema de justicia transicional es importante saber su definición, la importancia, y los elementos esenciales, es así como en la página de la International Center for Transitional Justice define de la siguiente manera “...La justicia transicional es el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales”.

La justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado. Al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho.

¿Por qué es importante la justicia transicional?

Cuando se cometen violaciones masivas de los derechos humanos, las víctimas tienen el derecho, oficialmente reconocido, a ver castigados a los autores de los mismos, a conocer la verdad y a recibir reparaciones.

Como las violaciones de derechos humanos sistemáticas no solo afectan a las víctimas directas sino al conjunto de la sociedad, además de cumplir con esos compromisos los Estados deben asegurarse de que las violaciones no vuelvan a suceder, y, en consecuencia, deben especialmente reformar las

<sup>9</sup> tribunal superior de Bogotá sala de justicia y paz rad. 11-001-60-00253-2007 82855 - rad interno 1520 sentencia - ramón maría Isaza Arango y otros

instituciones que estuvieron implicadas en esos hechos o fueron incapaces de impedirlos.

Las sociedades que no se enfrentan a las violaciones masivas de los derechos humanos suelen quedar divididas, generándose desconfianza entre diferentes grupos y frente a las instituciones públicas y obstaculizándose o haciéndose más lentas las mejoras en materia de seguridad y desarrollo. Esa situación pone en cuestión el compromiso con el Estado de derecho y, en última instancia, puede conducir a la repetición cíclica de diversos actos de violencia.

Como se puede apreciar en la mayoría de los países que sufren violaciones masivas de los derechos humanos, las demandas de justicia se niegan a «desaparecer».

### **Elementos de una política de justicia transicional integral**

Los elementos que componen las políticas de justicia transicional no constituyen una lista azarosa, sino que están interrelacionados práctica y conceptualmente. Los más determinantes son:

- Las acciones penales, sobre todo contra los criminales considerados de mayor responsabilidad.
- Las reparaciones que los Gobiernos utilizan para reconocer los daños sufridos y tomar medidas para abordarlos. Esas iniciativas suelen tener un componente material (como los pagos monetarios o los servicios sanitarios), así como aspectos simbólicos (como las disculpas públicas o los días del recuerdo).
- La reforma de instituciones públicas implicadas en los abusos -como son las fuerzas armadas, la policía y los tribunales-, con el fin de desmantelar, con los procedimientos adecuados, la maquinaria estructural de los abusos y evitar tanto la repetición de violaciones de derechos humanos graves como la impunidad.

- Las comisiones de la verdad u otras formas de investigación y análisis de pautas de abuso sistemáticas, que recomiendan cambios y ayudan a comprender las causas subyacentes de las violaciones de derechos humanos graves.
- No estamos ante una lista cerrada. Cada país va incorporando nuevas medidas. La memorialización, por ejemplo, que se compone de diversas iniciativas destinadas a mantener viva la memoria de las víctimas mediante la creación de museos y monumentos, y otras medidas simbólicas como el cambio de nombre de los espacios públicos, se ha convertido en parte importante de la justicia transicional en la mayoría de los países del mundo.

A pesar de que las medidas de justicia transicional se asientan en sólidos compromisos jurídicos y morales, los medios para satisfacerlos son muy diversos, de modo que no hay una fórmula única para todos los contextos...” (ICTJ, s.f.)<sup>10</sup>

En el mismo sentido Rodrigo Uprimny en su libro *justicia transicional sin transición expresa*... la expresión “Justicia transicional” hace referencia a los procesos a través de los cuales se realizan transformaciones radicales de un orden social y político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial, o uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz...” (Rodrigo Uprimny yopez, 2006)<sup>11</sup>

La corte constitucional se ha pronunciado en relación a las recomendaciones que el consejo de seguridad ha dilucidado cuando se esta en la justicia transicional:

La justicia transicional busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades. Para ello es necesario conseguir un delicado balance entre ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva). Para cumplir con este ob-

10 <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>

11 Rodrigo Uprimny yopez, *¿Justicia transicional sin transición? verdad justicia y reparación para Colombia*, editorial, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, página 13 edición 2006

jetivo central es necesario desarrollar unos objetivos especiales: 1. El reconocimiento de las víctimas, quienes no solamente se ven afectadas por los crímenes, sino también por la falta de efectividad de sus derechos. En este sentido, las víctimas deben lograr en el proceso el restablecimiento de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Al respecto ha señalado esta Corporación: “Sobre estas bases señala que los horrores del pasado deben ser enfrentados con mecanismos concretos, cuyo objetivo primordial sea la satisfacción de los “derechos de las víctimas (verdad, justicia, reparación, dignificación) y la garantía de no repetición de las atrocidades (Estado de derecho, reforma institucional, reconciliación democrática, deliberación pública)”. En todo caso, en estos procesos el alcance y contenido de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación podría, en casos concretos, presentar algunas diferencias dependiendo de si los hechos punibles por cuya comisión han de investigarse y juzgarse dentro de un contexto que pudiera denominarse ordinario. 2. El restablecimiento de la confianza pública mediante la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron. En este sentido, el Consejo de Seguridad ha señalado la necesidad de fortalecer el Estado de derecho en una situación de conflicto. Por ello ha recomendado que en los acuerdos de paz y las resoluciones y los mandatos del Consejo de Seguridad “Se dé atención prioritaria al restablecimiento y respeto del Estado de derecho, disponiendo expresamente el respaldo al Estado de derecho y a la justicia de transición, en particular cuando se precisa la asistencia de las Naciones Unidas en la instrucción y los procesos judiciales”. 3. La reconciliación, que implica la superación de las violentas divisiones sociales, se refiere tanto al logro exitoso del imperio de la ley como a la creación o recuperación de un nivel de confianza social, de solidaridad que fomente una cultura política democrática que le permita a las personas superar esas horribles experiencias de pérdida, violencia, injusticia, duelo y odio, y que se sientan capaces de convivir nuevamente unos con otros. En este sentido, los procesos de justicia transicional deben mirar hacia atrás y hacia delante con el objeto de realizar un ajuste de cuentas sobre el pasado pero también permitir la reconciliación hacia el futuro. Sobre esta finalidad y su compatibilidad con los derechos de las víctimas, esta Corporación ha expresado: “Ciertamente, el concepto de justicia transicional es de tal amplitud que bajo esa genérica denominación pueden encuadrarse experiencias y procesos muy disímiles, tanto como lo son los países y circunstancias históricas en que ellos han tenido lugar. Sin embargo, independientemente de sus particularidades, todos ellos coinciden en la búsqueda del ya indicado propósito de hacer efectivos, al mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones

de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social". 4. El fortalecimiento de la democracia mediante la promoción de la participación de todos, restaurando una cultura política democrática y un nivel básico de solidaridad y de confianza sociales para convencer a los ciudadanos de que participen en sus instituciones políticas por razones distintas a la conveniencia personal. La consagración de medidas de justicia transicional en las sociedades que están o han sufrido conflictos que han causado graves violaciones a los Derechos Humanos y/o al Derecho Internacional Humanitario para fortalecer el Estado de Derecho ha sido reconocida en diversos documentos internacionales de las Naciones Unidas: (i) El 29 de noviembre de 1985 mediante la Resolución 40/34 se adoptó la "Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder", la cual señala los derechos al acceso a la justicia y al trato justo, al resarcimiento, a la indemnización y a la asistencia de aquellas víctimas de acciones u omisiones que constituyan violaciones del derecho penal nacional o que violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos. (ii) En el año 1997 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó el "Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos, para la Lucha contra la Impunidad", elaborados en aplicación de la decisión 1996/119 en el cual se consagran 42 principios para la lucha contra la impunidad y de la garantía de los derechos a saber, a la justicia y a la reparación. (iii) El 24 de septiembre de 2003, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas celebró una reunión a nivel ministerial para debatir el papel de las Naciones Unidas en el establecimiento de la justicia y el Estado de Derecho en las sociedades que habían sufrido conflictos. En la sesión pública celebrada el 30 de septiembre de 2003, se invitó a los Estados Miembros a presentar contribuciones a este proceso. En su sesión celebrada el 26 de enero de 2004 relativa a la "Reconciliación nacional después de los conflictos: el papel de las Naciones Unidas" el Consejo de Seguridad invitó a expertos a recoger las opiniones vertidas durante el debate" y señala una serie de recomendaciones fundamentales en los procesos de justicia transicional, recopiladas en el documento "Estrategia integral. Consideraciones para las negociaciones, los acuerdos de paz y los mandatos del Consejo de Seguridad". (iv) Mediante la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 60/147 aprobada el 16 de diciembre de 2005 se aprobaron 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 en la cual se señala el alcance de la obligación de respetar, asegurar que se respe-

ten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario y se consagran los derechos de las víctimas a disponer de recursos, de acceder a la justicia, a la reparación de los daños sufridos, al acceso a información pertinente sobre violaciones y mecanismos de reparación y a la no discriminación, entre otros. (v) Las resoluciones 1674 (2006) y 1894 (2009), del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas señalan la importancia de la reforma del sector de la seguridad y los mecanismos de rendición de cuentas en la protección de los civiles en los conflictos armados y ha establecido mandatos en apoyo del Estado de Derecho en muchas misiones políticas especiales y de mantenimiento de la paz, como las del Afganistán, Burundi, el Chad, Costa de Marfil, Guinea-Bissau, Haití, Iraq, Liberia, la República Centroafricana, la República Democrática del Congo, Sierra Leona, el Sudán, Sudán del Sur y Timor-Oriental. (vi) El 12 de octubre de 2011 el Secretario del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó el informe denominado “Estrategia integral. Consideraciones para las negociaciones, los acuerdos de paz y los mandatos del Consejo de Seguridad”, en el cual se reconoce la importancia de los esfuerzos del Consejo de Seguridad, los enviados y representantes de las Naciones Unidas por promover las iniciativas relacionadas con el estado de derecho y la justicia de transición en los acuerdos de paz. En este documento se establece una estrategia integral con el objeto de promocionar el Estado de Derecho, garantizar la rendición de cuentas, instaurar la confianza en las instituciones nacionales de justicia y seguridad, la igualdad entre los géneros a través de un mayor acceso a la justicia, tener en cuenta nuevas amenazas y las causas fundamentales de conflicto. Así mismo, se formulan una serie de consideraciones para las negociaciones, los acuerdos de paz y los mandatos, dentro de las cuales se destacan la necesidad de apoyar la aplicación de las disposiciones sobre la justicia de transición y el Estado de Derecho en los acuerdos de paz y a rechazar toda concesión de amnistía por genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de los derechos humanos.<sup>12</sup>

Las organizaciones internacionales han dirimido sobre el verdadero alcance de la justicia transicional, y son varios los países que para terminar con un conflicto han debido implementar este para lograr la paz, pero además lo que se debe lograr es formar un equilibrio entre mantener el estado social de derecho, y el reconocimiento y reparación a las víctimas, pues una cosa no debe afectar la otra. No puede existir paz con impunidad, porque lo que

12 CORTE CONSTITUCIONAL, C-579/13 M.S. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

genera es que la gente pierda credibilidad en el estado social y en la justicia. Para ello el consejo de seguridad de las NACIONES UNIDAS ha detectado ciertos puntos similares en los países que implementan esta justicia y por lo tanto hace ciertas recomendaciones que se deben tener en cuenta.

Sobre el derecho a la justicia, los Principios de Joinet de la ONU han resaltado que el derecho a un recurso justo y eficaz “Implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su opresor sea juzgado, obteniendo su reparación. Como se subraya en el preámbulo de la estructura de principios, 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”. Igualmente ha reconocido que “El derecho a la justicia confiere al Estado una serie de obligaciones: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción. Si la iniciativa de investigar corresponde en primer lugar al Estado, las reglas complementarias de procedimiento deben prever que todas las víctimas puedan ser parte civil y, en caso de carencia de poderes públicos, tomar ella misma la iniciativa”. La justicia transicional tiene el gran reto de asegurar al mismo tiempo la paz y la justicia.<sup>13</sup>

Si en Colombia lo que se pretende es que las personas que sean juzgadas por los delitos que cometieron en el marco de la violencia del país deban tener unas penas paralelas a las existentes si se hubiesen cometido en otras circunstancias, es decir la valoración, cuantificación y calificación de los delitos es flexible porque los jueces no hacen lo mismo y determinan que en ocasiones las pruebas que se exigen para que las víctimas sean reconocidas como tal, no son idóneas como si se estuviera en una circunstancias ordinarias, puesto que la ocurrencia de los hechos y la reparación son en tiempo diametralmente diferentes.

Los Principios de Joinet proponen una serie de medidas para garantizar la verdad: “Dos series de medidas se proponen a este efecto. La primera concierne a la pues-



ta en marcha, a corto plazo, de comisiones no judiciales de investigación. Salvo que haya una justicia rápida, y esto es poco común en la historia, los tribunales no pueden sancionar rápidamente a los asesinos y sus cómplices comanditarios. La segunda serie de medidas tiende a preservar los archivos que tengan relación con las violaciones de derechos humanos<sup>7</sup>. Las comisiones de la verdad pueden prestar una ayuda muy valiosa a las sociedades con posterioridad a un conflicto al comprobar hechos relacionados con infracciones de derechos humanos en el pasado, fomentar la rendición de cuentas, preservar las pruebas, identificar a los autores y recomendar indemnizaciones y reformas institucionales. Estas comisiones son órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el Derecho Humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años. Se ocupan en particular de las víctimas y concluyen su labor con la presentación de un informe final sobre las conclusiones de su investigación y sus recomendaciones.

En el Sistema Interamericano, la Corte IDH ha fijado unos parámetros sobre el contenido de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos en contextos de conflicto armado interno, los cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera: (i) En el Sistema Interamericano el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar es una obligación específica del deber general de garantía del artículo 1.1 de la Convención Americana. Igualmente, la Corte ha interpretado que los derechos a la protección judicial y a las debidas garantías, debido a que; el primero hace referencia a ofrecer recursos adecuados y efectivos a través de los cuales el Estado pueda tener conocimiento de los hechos violatorios y las víctimas puedan conocer la verdad de los hechos, y el segundo, que este proceso de investigación, se realice en un plazo razonable, para enjuiciar y sancionar a los responsables. (ii) La investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y debe estar orientada a la determinación de la verdad, así como a 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. (iii) Durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación. (iv) La obligación de investigar es una obligación de medio o comportamiento, que no es incumplida por el sólo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad

condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio, y no puede dejarse a la sola iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares. (v) El deber de investigar debe realizarse entonces de forma seria, imparcial, efectiva y encaminada a establecer la verdad de los hechos. (vi) La búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de su aportación de elementos probatorios. El Estado debe satisfacer el derecho a conocer la verdad de las graves violaciones a los derechos humanos, no sólo a las víctimas directas y a sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto. (vii) El Estado deber determinar los patrones de actuación conjunta de todas las personas que de diversas formas participaron en las violaciones, y en esa medida, tratándose de situaciones de conflicto interno armado, el cual puede versar sobre graves violaciones a los derechos humanos cometidas de manera masiva y sistemática, la obligación de investigar debe ejercerse teniendo en cuenta los patrones sistemáticos que permitieron las vulneraciones. (vii) La investigación que debe emprender los Estados tendrá que ser realizada con la debida diligencia, es decir, que deberá ser efectiva y estar encaminada a lograr el resultado. En ese orden, la efectividad de la investigación debe tener en cuenta la complejidad de los hechos, la estructura en la cual se posicionan las personas involucradas, el contexto en el que ocurrieron y las líneas lógicas de la investigación formuladas, para alcanzar el resultado del esclarecimiento de la verdad. La debida diligencia en las investigaciones se verifica con el cumplimiento de un mínimo de principios y actuaciones: la investigación debe ser seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable, con la participación de las víctimas o sus familiares, entre otros. (viii) La implementación de las comisiones de la verdad contribuye a la construcción y preservación de la memoria histórica, sin embargo no complementan ni sustituyen la obligación del Estado de establecer la verdad a través de los procesos judiciales respectivos.<sup>14</sup>

La situación a la que los profesionales del derecho que representan víctimas se enfrentan, no es solo a responderle a las personas víctimas del conflicto sino también responder al estado por la tarea que le ha encomendado, el abogado es quien debe ayudar a que las personas puedan tener una reparación, pero como se puede cumplir con el propósito trazado por el gobierno Nacional si las personas que imparten justicia no tienen un criterio de exigencia y valoración de la prueba claro lo que conlleva a que estos procesos

se dilaten, además de que ya ha pasado un tiempo desde la ocurrencia de los hechos hasta el momento del acceso a la justicia, son los mismos operadores que le quitan la posibilidad a una víctima a tener su reparación. Es decir no es solo es el sufrimiento del daño sufrido por parte de sus victimarios sino que además nunca son indemnizados por los problemas de la administración de justicia en el momento de valorar la prueba.

“La actividad probatoria constituye una actividad central en los procedimientos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los cuales se demanda a un Estado parte por la violación de uno o más derechos garantizados en la Convención Americana. Tal actividad, por otra parte, presenta singularidades propias del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente debido al objeto y fin de esta rama del derecho. Respetando el principio de contradicción, los elementos de prueba que ingresan a un caso concreto son aquellos ofrecidos por las partes en la demanda y en su contestación, respectivamente; los elementos de convicción relevantes ingresados en otras etapas procesales, y las pruebas que puede incorporar de oficio la Corte. Los modos de incorporación de medios de prueba son más informales que los de los procedimientos del derecho interno. El criterio rector que informa la actividad probatoria es el descubrimiento de la verdad acerca de la probable violación de uno o más derechos garantizados en la Convención Americana. La actividad probatoria presenta algunas singularidades propias del derecho internacional de los derechos humanos. Criterios tales como la gravedad de la violación, la necesidad de reparar el daño causado por la violación, el objeto procesal que consiste en atribuir responsabilidad internacional distinguen al procedimiento ante la Corte de otros procedimientos propios del derecho interno”<sup>15</sup>

Sin embargo, somos partidarios de una teoría que permita flexibilizar el estándar probatorio en aplicación de la Ley 975, pues el número de víctimas y la época de ocurrencia de los hechos, permiten afirmar que el proceso de acreditación de cada uno de ellos, dificulta la terminación del proceso con el incidente de reparación, en materia de ofrecer una pronta justicia, reclamada por todas y todos, incluida la comunidad internacional.

15 BOVINO, Alberto. “La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. [online]. 2005, vol.2,

Si bien en términos de Justicia y Paz la responsabilidad es personal, debemos recordar que se trata de un postulado sometido, que concurre voluntariamente y confiesa, por lo que, en nuestro concepto la confesión bastaría para la demostración del hecho, la aceptación de responsabilidad por parte del postulado y la acreditación de la calidad de víctima indirecta<sup>126</sup> para que se estimaran demostradas las exigencias de la materialidad del hecho, el nexo causal entre la conducta y el daño.

Recordemos que en materia penal el legislador ha previsto libertad probatoria, lo cual significa que a través del testimonio podrá acreditarse no sólo la ocurrencia de la conducta punible –ya confesada y soportada con información o evidencia por la Fiscalía– sino también las consecuencias que generó, el daño causado. Ello no significa que desconozcamos la necesidad de la demostración del daño o la estimación de su valor, aspectos que bien pueden complementarse con otra clase de pruebas, entre ellos las experticias o los testimonios técnicos.<sup>16</sup>

Para poder hacer más efectivo el acceso a la justicia de las víctimas del conflicto hay que tener en cuenta lo que las organizaciones internacionales y doctrinantes han señalado en diversas ocasiones, el sistema colombiano debe realizar una flexibilización de la prueba, solamente en los casos donde sea imposible recoger las pruebas solicitadas teniendo en cuenta que todas las circunstancias no son las mismas. En el marco de la justicia transicional donde lo que se pretende es generar nuevamente confianza en el estado por parte de las víctimas del conflicto que en algún momento pensaron que el gobierno los había dejado solos, y si se les proporciona un mecanismo que en cambio de darles una ayuda y repararlos de una manera agil se convierte en otro problema, las víctimas no van a creer en el Estado, y tampoco en la Justicia Transicional que se esta implementando en el País.

## CONCLUSIONES

Se observan en las sentencias que emite el Tribunal unas prácticas jurídicas con algunas particularidades que deberían diferenciarse claramente de los procesos ante la justicia ordinaria destacándose: la libertad de prueba, que

se manifiesta en figuras como la trasmutación de la naturaleza jurídica de medios de prueba, el testimonio en prueba documental, como lo son las declaraciones extra juicio.

En la valoración de la prueba, esta libertad debería manifestarse en los casos de desaparición forzada homicidio en persona protegida o tortura, en los que la Corte Interamericana aplica un estándar de prueba disminuido, permitiendo establecer los hechos, no tanto a partir de la prueba empírica, sino con base en componentes de tipo pragmático, como las ficciones o presunciones como es el caso en el que se presumen los gastos funerarios como parte del daño emergente reconocibles a los padres en caso de los hijos, de las esposas o compañeras frente a sus maridos fallecidos. Sin exigencias mayores adicionales al hecho de demostrar la unión marital de hecho y el vínculo matrimonial.

Se ha podido determinar que lo más grave, cuando se niega el reconocimiento a la esposa por no demostrar dependencia económica más aun cuando se trata de matrimonio con vigencia de la sociedad conyugal es que no solo se le niega el acceso a la justicia sino a que sea reparada integralmente, por lo tanto el estado está omitiendo su función de garante en las situaciones de violación de derechos y el deber de resarcir los daños sufridos por las personas en medio del conflicto que se vive en el país. En la dogmática jurídico-procesal se predica que las partes vinculadas en el proceso deben actuar en igualdad de condiciones, a quienes si se les ha reconocido en las mismas circunstancias sus derechos a una justa reparación conforme a los parámetros internos e internacionales, vulnerándose así derechos como la seguridad jurídica, la contradicción y el debido proceso.

## BIBLIOGRAFÍA

- **Arboleda Vallejo Mario, Código Penal y de Procedimiento Penal, editorial Leyer. Ed. 2014.**
- **Gomes Sierra francisco, Constitución Política de Colombia, editorial Leyer. Ed 2014.**

- **Leyes de Justicia y Paz (975 de 2005 y 1592 de 2012, 1448 decreto 3011 de 2013)**
- **Corte Constitucional sentencia c 715 de 2012**
- **Jurisprudencia Tribunal Superior de Bogotá**
- **Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales. “El Proceso Penal de Justicia y Paz desde la intervención del Ministerio Público”.**
- **<http://www.justiciatransicional.gov.co/justiciatransicional/bibliografia>**

## REFERENCIAS

2001, p. 1. (s.f).

Caso de la comunidad Mayagna AwasTingni vs. Nicaragua.

Caso de la masacre de Mapiripán vs Colombia, párr. 73. Caso Acosta Calderón vs Ecuador, párr. 41. Caso Yatama vs Nicaragua, párr. 108.

Caso de la masacre de Mapiripán vs Colombia. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Caso Yatama.

Caso Loayza Tamayo y Caso Castillo Páez.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, nota 33, párr. 130.

Corte IDH, caso Loayza Tamayo Vs. Perú.

Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú.

Corte IDH REPARAR EN COLOMBIA: los dilemas en contexto del conflicto, proeza y exclusión. tomada de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25595.pdf>

Corte Constitucional. sentencia C715 / 2012

ICTJ. (s.f). <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>.

Rodrigo Uprimny yepez. (2006). ¿Justicia transicional sin transición? verdad justicia y reparación para Colombia. En R. U. yepez, ¿Justicia transicio-

nal sin transición? verdad justicia y reparación para Colombia (pág. 13).  
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad .

Tribunal superior de bogotá sala de justicia y paz sentencia - ramón maría isaza arango y otros, rad. 11-001-60-00253-2007 82855 - rad interno 1520 (2007).

Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales. “El Proceso Penal de Justicia y Paz desde la intervención del Ministerio Público”. tomada de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ColombiaGov-Penal-Process-2010-Spanish.pdf>





# EL ENFOQUE DE GÉNERO ANTE LA JURISDICCIÓN DE JUSTICIA Y PAZ

41

*El enfoque de género ante la jurisdicción ...*

**Flor Stella Alfonso Segura<sup>1</sup>**

**Juan Carlos Córdoba**

**Claudia Guzmán Sánchez**

**Elvira Hernández Sánchez**

**Nidia Estrella Lagos Meléndez**

**Mary Sánchez Sánchez**

## **Resumen:**

La violencia de género se ha presentado como un elemento constante en la barbarie del conflicto armado colombiano. La gravedad de la situación no ha sido lo suficientemente analizada y reconocida, lo que ha llevado a que no se hayan tomado medidas que conduzcan a efectivos procesos de verdad, justicia y reparación en lo que se refiere a esta clase de vulneración.

A través del análisis de la normatividad nacional e internacional, de la revisión documental de casos y de la comunicación con expertos, así como de la experiencia de la Defensoría del Pueblo en la representación judicial de víctimas en los casos de violencia de género, se pretende aportar elementos para identificar este flagelo más allá del aspecto sexual, profundizando en los objetivos pretendidos por los perpetradores y en los efectos ocasionados, a fin de que se vean reflejados en pretensiones con enfoque diferencial que respondan a las consecuencias y necesidades específicas de las víctimas de estos actos en los incidentes de reparación.

<sup>1</sup> Representantes judiciales de víctimas; dentro del programa de la Ley 975 de 2005 de la Defensoría del Pueblo.

Palabras claves: Violencia de género, invisibilización, enfoque diferencial, reparación integral, verdad, justicia, reparación, pretensiones, incidente de reparación.

**Abstract:**

Gender violence has been presented as a constant element in the barbarity of the Colombian armed conflict. The seriousness of this situation has not been analyzed and recognized enough, which has led to have not taken measures leading to real processes of truth , justice and reparation for this infringement.

By the analysis of national and international law, documental review of cases and communication with experts and the experience in the Ombudsman on the legal representation of victims in cases of gender violence, we expect provide elements to identify gender violence goes beyond the sexual aspect, furthering in the targets pursued by the perpetrators and the resulting effects, whit the propose to reflect in differential approach to answer the consequences and needs of the victims of these acts in the repair procedures.

**Palabras claves:**

De género violencia, invisibilidad, enfoque diferencial, reparación, verdad, justicia, procedimientos de reparación, procedimiento de reparación.

**Keywords:**

Gender Violence, invisibility, differential focus, reparation, truth, justice, reparation procedures, repair procedure.

## 1. INTRODUCCIÓN

Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

Los impactos del conflicto armado en las relaciones de género son significativos. El desplazamiento forzoso y la violencia basada en género (VBG) constituyen dos ejemplos de impactos que no son resultados inevitables del conflicto armado sino estrategias de guerra deliberadas que desestabilizan a las familias y a las comunidades. La violencia física y sexual, en particular contra mujeres, niñas y niños, ocurre con mucha más regularidad durante el conflicto armado y después de este. Las mujeres sufren violación y abortos forzados, además de ser sujetas a esclavitud sexual, estas violaciones se dan con frecuencia a manos de la policía o las fuerzas militares.

Las consecuencias de este tipo de actos, que en muchas ocasiones no solo afectan a la víctima directa sino a su entorno familiar y social, son graves y de diversa índole, y reclaman del enfoque diferencial y de género como herramienta para analizar las afectaciones sufridas que conlleven a su inclusión detallada en el incidente de reparación en los procesos que se adelantan ante la jurisdicción de Justicia y Paz.

La reparación de daños y perjuicios donde se han establecido las afectaciones y las respectivas reparaciones para las víctimas de delitos sexuales dentro del conflicto armado, ha sido un importante logro en el proceso de visualizar la violencia de género como un comportamiento sistemático y generalizado de los grupos armados ilegales, teniendo en cuenta que la negativa sobre la aceptación de este tipo de cargos ha sido una constante por parte de los victimarios.

El conflicto armado sucedido por décadas en nuestro país ha destruido los conceptos de paz, núcleo familiar y libre desarrollo de la personalidad por falta del cumplimiento a los derechos fundamentales en educación, salud, vivienda digna y trabajo, lo que lleva a la desintegración de una relación familiar afectiva que en caso de existir daría las bases para el crecimiento exitoso y el funcionamiento

de una sociedad próspera. Sin dejar de reconocer el empeño y las acciones ejercidas por el Estado, con la participación de las entidades nacionales e internacionales encargadas de velar por el respeto de los derechos humanos, no ha sido suficiente para que abarque la totalidad de los nacionales que, por distancias causadas y falta de desarrollo, han sido sometidos a violaciones de sus derechos, y en el caso que nos ocupa la violencia de género.

El presente documento pretende servir de apoyo para visibilizar y documentar la violencia de género y su manejo por los intervinientes de víctimas dentro de los incidentes de reparación

## 2. CONTEXTUALIZACIÓN

En 1993, las Naciones Unidas definieron la violencia contra la mujer como

“todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada” (Naciones Unidas, 1993).

La violencia sexual ha sido una práctica generalizada durante los más de cincuenta años de conflicto armado en Colombia. Este tipo de crimen ha gozado de total impunidad, debido a que existen muy pocas denuncias por parte de las víctimas, por miedo a las represalias y la intimidación, por sentirse avergonzadas o culpables, y por la falta de confianza en las autoridades; a tal punto que la Corte Constitucional de Colombia sentenció que la violencia sexual cometida contra la mujer, incluyendo el abuso y explotación sexual, “es una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano” (Auto 092, 2008).

Por otra parte, Anami El Jack plantea que “el conflicto empeora los patrones existentes de violencia sexual contra las mujeres...” a la vez que considera que el establecimiento de campos de violación y la prestación de servicios sexuales a las fuerzas armadas de ocupación a cambio de recursos, tales como alimentos y protección, son dos ejemplos de la VBG durante el conflicto y después de este, en términos de poder, de condiciones de vida y de formas de ver el mundo.

A partir del reconocimiento de las diferencias y sus implicaciones, se ha planteado que

“el enfoque diferencial busca la transformación o supresión de las inequidades y de sus expresiones de subordinación, discriminación y exclusión social, política y económica. Busca la reivindicación y legitimación de las diferencias, desde la perspectiva de los derechos humanos” (Montealegre).

Adicionalmente, al referirse al enfoque diferencial desde la voz de los sujetos de diferenciación, considera que no es solo la búsqueda de soluciones parciales para sus demandas o, en el mejor de los casos, la realización plena de sus derechos, sino que es también un debate ético, político, creativo e innovador sobre los fundamentos del actual modelo de desarrollo, construcción de paz y asistencia humanitaria.

Un aspecto primordial de este análisis lo constituye el principio de la dignidad humana, el cual determina la igualdad, libertad y seguridad para las mujeres, logrando así que los derechos de este grupo dejen de estar en un plano formal y se vean en la realidad social convirtiéndolos en derechos materiales. Para esto se incorpora un enfoque de género como una herramienta de análisis e interpretación que hace visible el trasfondo del tema cómo las diferencias se convierten en desigualdades.

A través de varias providencias (Auto 092 de 2008; T-496 de 2008 y T-843 de 2011), entre otras, las altas cortes han identificado diez riesgos de género en el conflicto armado: a) Violencia, explotación sexual o abuso sexual; b) Explotación o esclavización para labores domésticas y roles considerados femeninos en una sociedad patriarcal; c) Reclutamiento forzado de hijos (as) por grupos armados al margen de la ley; d) Derivados del contacto o relaciones familiares con integrantes de grupos al margen de la ley o fuerza pública; e) Derivado de su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas; f) Persecución y asesinato por estrategias de control coercitivo; g) Por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o desintegración de su grupo familiar; h) Despojo de sus tierras y su patrimonio; i) Por la condición de discriminación o vulnerabilidad acentuada de mujeres indígenas o afros; j) Pérdida o ausencia de su proveedor económico durante el proceso de desplazamiento.

### 3. MARCO TEÓRICO

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en lo relacionado con la violencia contra las mujeres, dice lo siguiente:

“Artículo 1. Derecho a la igualdad en dignidad y derechos: se protege la igualdad jurídica entre hombres y mujeres. Artículo 2. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración: se garantiza una vida sin discriminación para mujeres y hombres. Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona: en tal sentido las acciones u omisiones que se ejercen hacia las mujeres que a continuación se mencionan son una violación a los derechos humanos de las mujeres” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos Humanos)

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, reconoce y adopta lo ordenado por las Naciones Unidas y de igual forma la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará, Brasil, 1994), adoptada por Colombia por la Ley 248 de 1995, con el propósito de garantizar a las mujeres el derecho a una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como en el privado.

Al proclamar medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer, la ONU emite las resoluciones 48/104, de 1993 y, 52/86, de 1997, en las que se reafirma el compromiso sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

Mediante la Ley 248 de 1997, Colombia acata lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), adoptada en 1979 por la Organización de las Naciones Unidas, mientras que con la promulgación de la Ley 984 de 2005, adopta el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Resolución ONU - A/54/4 del 6 de octubre de 1999).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas el 17 de julio de 1998 en Roma y ratificado el 10 de diciembre de 1998, vigente para Colombia desde el 2002 (Ley 742/2002), protege el restablecimiento de los derechos de las víc-

timas de crímenes de guerra y de lesa humanidad, tales como: violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.

En el marco de un enfoque de derechos y de género la política debe partir del reconocimiento de que los derechos humanos de las mujeres son universales, indivisibles e interdependientes, haciéndose efectivos mediante la igualdad real entre mujeres y hombres. La política pública debe reconocer, garantizar y restablecer los derechos de las mujeres que habitan en el territorio nacional, de manera que se modifiquen, de forma progresiva y sostenible, las condiciones injustas y evitables de discriminación, subordinación y exclusión que enfrentan las mujeres en los ámbitos público y privado, promoviendo la igualdad real de oportunidades y la equidad de género.

Frente a las disposiciones de orden legal, innumerables leyes fundamentan la protección de los derechos de la mujer, desde el enfoque de equidad de género. Se resaltan las más representativas, así:

Ley 22 de 1967, ratifica el Convenio 111 de 1958 sobre la igualdad de oportunidades, trato y no discriminación.

Ley 679 de 2001, estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del art. 44 de la Constitución.

Ley 823 de 2003, contempla el marco institucional para la orientación de políticas que garanticen la equidad y la igualdad de oportunidades para las mujeres: aplicación del principio “a trabajo igual, igual remuneración”.

Ley 1257 de 2008, dicta normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996, se crea una circunstancia de agravación del delito de homicidio en razón al género o “feminicidio”.

Ley 1482 de 2011, aborda el tema de la discriminación y tipifica los actos que impiden, restringen u obstruyen el ejercicio de derechos de un individuo o de una comunidad, apoyados en razones de raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual.

Ley 1542 de 2012, dicta normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los códigos Penal y de Procedimiento Penal.

Ley 1719 de 2014, busca garantizar el acceso efectivo a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual que ocurren de manera sistemática o generalizada de acuerdo con las disposiciones del Estatuto de Roma, por parte de los actores del conflicto, donde dicha conducta tiene el carácter de delito de lesa humanidad y, por lo tanto, es imprescriptible. Igualmente, introduce ciertas reformas al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal para crear nuevos tipos penales que el derecho internacional considera delitos de carácter sexual en el contexto del conflicto armado (como la esterilización forzada, el embarazo forzado y la desnudez forzada), o aumentan la pena para algunos delitos que ya estaban tipificados (prostitución forzada).

En la jurisprudencia colombiana se destacan los siguientes pronunciamientos:

- C-400 de 2003. Por medio de esta Sentencia se determinó la constitucionalidad de la Ley 589 de 2000 en su art. 10 parágrafos 1 y 2, estimándose constitucionales los tipos penales de genocidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado y tortura.
- C-355 de 2006. La Corte da la pauta para el proceso de implementación del aborto legal en los tres casos autorizados, entre ellos, cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.
- Auto 092 de 2008. Este auto tiene como propósito la protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado en el país, y la prevención del impacto de género. Entre las decisiones, ordenó al gobierno crear 13 programas específicos para colmar los vacíos existentes en la política pública para la atención del desplazamiento forzado desde la perspectiva de las mujeres, de manera tal que se contrarresten efectivamente los riesgos de género en el conflicto armado y las facetas de género del desplazamiento forzado.
- Auto 004 de 2008. Prevé la protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado, o en



riesgo de desplazamiento forzado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004.

- Auto 005 de 2009. Establece la protección de derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado en el marco de superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025/04 y su enfoque diferencial.
- Auto 009 de 2009. Establece la protección de derechos fundamentales de la población afrodescendiente víctima del desplazamiento forzado en el marco de superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025/04.
- Auto 008 de 2009. Dispone la protección de las personas desplazadas, con discapacidad, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004.
- T-496 de 2008. Estipula que el derecho a la seguridad personal, con base en los arts. 93 y 94 de la Constitución adquieren la investidura de derecho fundamental. En cuanto a la mujer, la Sentencia indica su condición de sujetos de especial protección y parte de la Ley 975 de 2005 o también conocida como “Ley de Justicia y Paz”.
- T-234 de 2012. El caso trata sobre la situación de una defensora de derechos humanos víctima de violencia sexual y desplazamiento forzado. La Corte determinó la condición de vulnerabilidad manifiesta de la mujer debido a la sociedad patriarcal que ha reforzado la discriminación histórica contra las mujeres, porque las defensoras de derechos humanos deben gozar de una protección reforzada. Destaca el deber del Estado colombiano de brindar medidas de protección a las personas que se dedican a la defensa de los derechos humanos con un enfoque de género, atendiendo el impacto diferenciado que se presenta hacia las mujeres en el conflicto armado.

En el Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres en las Américas, la CIDH (2007), expresa que “... la ausencia de pruebas físicas, científicas y psicológicas para establecer los hechos, produce el estancamiento de los casos por falta de prueba”. El Informe, además, constata que la mayoría de los esfuerzos para recopilar evidencia probatoria de actos de violencia contra las mujeres se enfoca en la prueba física y testimonial, en detrimento de otros tipos de prueba

que pueden ser cruciales para establecer los hechos, como la prueba psicológica y científica. De igual forma, se destaca la carencia de protocolos que describan la complejidad probatoria de estos casos así como el detalle de las pruebas mínimas que es preciso recopilar para proporcionar una fundamentación probatoria adecuada.

La ONU, en el Protocolo de Estambul, establece directrices internacionales para la documentación de los casos de tortura, desarrolla los signos psicológicos indicativos de tortura y principalmente las secuelas psicológicas. Establece, además, que la evaluación psicológica consiste en evaluar el grado de coherencia que existe entre el relato que el individuo hace de la tortura y los hallazgos psicológicos que se observan en el curso de la evaluación.

El Departamento Nacional de Planeación, DNP, propone considerar el enfoque diferencial como un método de análisis, de actuación y de evaluación de la población basado en la protección de los derechos fundamentales de las poblaciones desde una perspectiva de equidad y diversidad (Departamento Nacional de Planeación, 2012)

#### 4. METODOLOGÍA

El estudio es de carácter explicativo, teniendo presente que, como lo definen Hernández Sampieri y otros,

“los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da este, o por qué dos o más variables están relacionadas” (Hernández Sampieri & Fernández, 1997, p. 74).

El presente estudio se basa en la consulta de fuentes secundarias. La metodología que se utilizó para el desarrollo de la investigación es de tipo cualitativo, que puede entenderse como

“una categoría de diseños de investigación que extraen descripciones a partir de observaciones, que adoptan la forma de narraciones, notas de campo, grabacio-

nes, transcripciones de audio y videos, registros escritos de todo tipo, fotografías o películas y artefactos” (Paucar & Fernández Gambarini, 2013, p. 162).

Este tipo de metodología de investigación intenta aproximar a las situaciones sociales para describirlas y comprenderlas.

## 5. ANÁLISIS DE RESULTADOS

Los daños físicos que puede sufrir una víctima de violencia sexual son numerosos, pero teniendo en cuenta que los abusos son cometidos a la sombra del conflicto armado interno, estos efectos son mayores, pues es muy probable que la mujer haya sido también torturada o agredida físicamente. Algunas de las secuelas pueden ser: contusiones, cortes, fracturas, hemorragias, dolores pélvicos crónicos, desgarros en órganos como la vagina o el recto, fístula vaginal que consiste en una perforación de los órganos sexuales que puede dar origen a la incontinencia que consiste en la pérdida del control urinario, o encopresis, que se refiere a la pérdida involuntaria de heces lo que, además de doloroso, genera aislamiento y estigmatización.

Un tema que se suele presentar en las víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno tiene que ver con la cercenación de órganos, lo que produce daños irreparables para el organismo y hasta puede causar la muerte. Estos actos se realizan en estado de conciencia e inclusive, se han llevado a cabo, en estado post mortem, lo cual evidentemente busca crear un profundo impacto en la familia y la sociedad, pues el cuerpo de la mujer se convierte en un símbolo que busca transmitir el mensaje de horror de los victimarios.

La violencia sexual puede generar trastornos de índole sexual o disfunciones sexuales, embarazos no deseados, VIH y demás enfermedades de transmisión sexual, enfermedades pélvicas inflamatorias y esterilidad.

Las consecuencias psicológicas que puede sufrir una víctima de violencia sexual son de diversa índole. La siguiente es una revisión teórica sucinta:

- Trastornos de ansiedad: caracterizados por la presencia de ansiedad y preocupación de carácter excesivo y persistente, entre estos, la persona

puede presentar crisis de angustia, fobias, trastorno de angustia, trastorno por estrés agudo, ansiedad generalizada.

- Trastorno de estrés postraumático: se encuentra dentro de los trastornos de ansiedad y se caracteriza por la aparición de una serie de síntomas que siguen a la exposición de un acontecimiento estresante y extremadamente traumático.
- Trastornos somatomorfos. La característica común de los trastornos somatomorfos es la presencia de síntomas físicos que sugieren una enfermedad médica (de ahí el término somatomorfo), y que no pueden explicarse completamente por la presencia de una enfermedad, por los efectos directos de una sustancia o por otro trastorno mental. Los síntomas deben producir malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo.
- Baja autoestima.
- Conductas autodestructivas y suicidio. Pensamientos intrusivos e ideación paranoide.
- Indiferencia y temor al sexo opuesto. Culpabilidad, pues por lo general tienen ideas irracionales de que la agresión sexual hubiera podido ser evitada “si hubiera dicho o hubiera hecho”.
- Inestabilidad emocional, trastornos del sueño. Los que se caracterizan por un trastorno de la cantidad, la calidad y el horario del sueño; hiperactividad y alerta constante.
- Aislamiento. Trastornos de memoria y de la concentración.
- Dificultades con las relaciones de pareja, ya que se asocia la sexualidad con violencia y dolor.
- Trastornos del afecto. El afecto es un patrón de comportamientos observables los cuales son la expresión de sentimientos (emoción) experimentados subjetivamente. Tristeza, alegría y cólera son ejemplos usuales de afecto.

En las niñas y los niños, el hecho de ser víctimas de violencia sexual a nivel psicológico puede generarles una aversión total a las conductas sexuales normales en el futuro, en ocasiones limitando las relaciones frente al género del abusador

o agresor; un ejemplo de esta situación, es la niña abusada que crece temerosa de “todos” los hombres sin discriminación, catalogándolos como “malos”, lo que como es evidente afecta profundamente su vida social y afectiva. Sin embargo, también puede ocurrir el hecho contrario, es decir, una manera de predecir un posible abuso en un menor, consiste en observar si tiene comportamientos sexualizados inadecuados o exacerbados para su edad, aspecto clave para analizar a nivel psicológico.

De otro lado, de acuerdo con el Modelo del trastorno de estrés postraumático, se considera que los niños pueden tener efectos que son propios de cualquier trauma: pensamientos intrusivos, rechazo de estímulos relacionados con la agresión, alteraciones del sueño, irritabilidad, dificultades de concentración, miedo, ansiedad, depresión, sentimientos de culpabilidad, etc. (efectos que pueden materializarse física y psicosomáticamente en síntomas como dolor de estómago, de cabeza, pesadillas, déficit de atención, etc.).

- Amnesia del evento. Este es un fenómeno que puede ocurrir en las víctimas de violencia sexual, en el caso específico de los menores que fueron abusados hace años y que hoy en día ya son adultos o jóvenes. Es importante comprender que es posible que no tengan recuerdos del evento, pero que en un momento determinado pueden evocar, de una manera espontánea, el hecho vivido. Este es un tema importante a nivel psicológico, ya que contextualizándonos en la Ley de Justicia y Paz, sabemos que los hechos han ocurrido hace varios años atrás, por lo cual se debe tener una especial sensibilidad a esta situación.

No hay lugar a dudas, que la ocurrencia de estos delitos también genera consecuencias de tipo social y comunitario, dada la condición del ser humano como sujeto social y parte de un entorno específico en donde desarrolla su proyecto de vida. Algunas de estas afectaciones se describen a continuación:

- Es posible que se presente una marcada desconfianza y dificultad para llevar una vida social igual a la que se tenía antes del evento victimizante.

- Las víctimas de este delito pueden desarrollar acciones de rechazo y desconfianza ante el género del victimario, y esto conlleva a quiebres o dificultades en las relaciones sociales y afectivas de la víctima.
- La estigmatización, que en ocasiones se presenta en algunas comunidades hacia las víctimas de violencia sexual, perturban el desenvolvimiento de la misma en su grupo social, limitando sus actividades cotidianas y llevando a la persona a un aislamiento, ya que se generan sentimientos de culpa, vergüenza, enojo, injusticia, etc. que van en contra de su autoestima.
- Lesiona la identidad cultural de las sociedades, ya que estos actos están dirigidos a devastar a las comunidades y no únicamente al sujeto, los ataques destruyen las costumbres en algunas regiones donde la víctima de violencia sexual es objeto de exclusión de su comunidad, en especial al quedar embarazada, ya que este hijo será condenado al estigma social. Por ejemplo, en las comunidades afro colombianas los niños producto de abuso son llamados “paraquitos”.
- Las niñas y niños víctimas de un delito sexual pueden tener problemas de fracaso escolar y de socialización, siendo más proclives a presentar alteraciones de la conducta, en forma de agresiones sexuales y conductas de tipo violento.

## 6. CONCLUSIONES

La Política Pública Nacional de Equidad de Género, reconoce el aporte que las mujeres hacen a la producción y reproducción de nuestra sociedad. Las mujeres como sujetos sociales contribuyen al desarrollo del país en todos los ámbitos, sin embargo, aún persisten diversas formas de discriminación que las afectan y que impiden el ejercicio de sus derechos y la ampliación de sus capacidades.

A través de los años en Colombia se han identificado las principales problemáticas que afectan a las mujeres, y se concentran especialmente en: dificultades para generación de ingresos y empleo decente, baja participación política, altos niveles de violencias basadas en género, problemas para el acceso a la salud sexual y reproductiva y a la educación, o demoras injustificadas en la protección de sus derechos al interior de las instancias competentes; incluso, las líneas de

política y las acciones formuladas han sido similares. Estas políticas han estado alineadas a los compromisos internacionales suscritos por Colombia y a los planes de acción de las conferencias internacionales de Naciones Unidas sobre la mujer.

La apropiación del enfoque de género y del enfoque diferencial como instrumento de análisis se encuentra en proceso de apropiación, tanto por los funcionarios como por la sociedad en general.

El enfoque de género hace parte del enfoque diferencial y se requiere de su mayor desarrollo.

La violencia de género, desarrollada con ocasión del conflicto armado en Colombia, ha generado graves consecuencias para las víctimas que aún no han sido identificadas ni tratadas adecuadamente.

## RECOMENDACIONES

La CIDH señala la necesidad de diseñar protocolos para facilitar y fomentar la efectiva, uniforme y transparente investigación de actos de violencia física, sexual y psicológica, que incluya una descripción de la complejidad en las pruebas, y el detalle de las pruebas mínimas que es preciso recopilar para proporcionar una fundamentación probatoria adecuada, que incluya pruebas científicas, psicológicas, físicas y testimoniales. Es importante incentivar la investigación multidisciplinaria de estos delitos.

Desarrollar y aplicar los conceptos de enfoque diferencial como método de análisis que al permitir la identificación de las desigualdades y vulnerabilidades conlleve a la aplicación de una justicia acorde con las afectaciones y necesidades de las víctimas.

El deber de los Estados de proveer recursos judiciales no se limita a ponerlos formalmente a disposición de las víctimas, sino que tales recursos deben ser idóneos para remediar las violaciones de derechos humanos denunciadas. En dicho marco, los Estados tienen el deber de cumplir con cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los derechos humanos y evitar la impunidad.

Difundir la conceptualización del enfoque diferencial entre funcionarios y comunidad en general a fin de que se apropien de ellos para identificarlos, exigirlos y aplicarlos.

El enfoque diferencial de la política de violencia de género, debe incluir aspectos importantes como: a) Capacitación adecuada a los funcionarios de orden nacional y territorial, encargados de implementar la ley de víctimas; b) Capacitar a las mujeres sobre sus derechos, en el marco de las reparaciones por violaciones a sus derechos humanos, con énfasis en su deber de participar activamente en los procesos de toma de decisiones; c) Apoyar, de forma irrestricta, la participación de las mujeres en esos procesos a través de la ayuda para superar los obstáculos sociales y económicos que se les presentan, d) Desarrollar mecanismos de protección para las víctimas y sus líderes para evitar deserciones en los procesos, e) Adelantar procesos de integración social en el terreno, con acompañamiento oficial.

### Bibliografía

Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Justicia y Paz, 14 de diciembre de 2014.

Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Justicia y Paz, 20 de noviembre de 2014.

Tribunal Superior de Medellín - Sala de Justicia y Paz, 2 de febrero de 2015.

Corte Constitucional. Auto 092 del 14 de abril de 2008.

Departamento Nacional de Planeación. (2012). *Guía para la incorporación de la variable étnica y el enfoque diferencial en la formulación e implementación de planes y políticas a nivel nacional y territorial*, Bogotá D.C.

El Jack, A. (2003). *Género y conflictos armados*. Informe general. Bridge Development. Brighton: Gender Institute of Development Studies.

Hernández Sampieri, R., & Fernández, C. (1997). *Metodología de la investigación*, ciudad Mc Graw Hill.

Montealegre, D. M. (s.f.). *Aproximación teórica a los enfoques diferenciales de género y etnia, especialización acción sin daño y construcción de paz*, Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.



mujer.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos Humanos. (s.f.). Recuperado el 5 de mayo de 2015, de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ABCannexessp.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas. (9 de agosto de 1999). *Protocolo de Estambul* (Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura). Estambul, Turquía.

Organización de los Estados Americanos. (2007). Recuperado el 15 de marzo de 2016, de Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <https://www.cidh.oas.org/women/Acceso07/cap2.htm>

Paucar, R., & Fernández Gambarini, W. (2013). *La investigación cualitativa*. Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín.



**Viviana Yaneth Ortiz Chivará**

**María Clara Cuesta Dávila**

**Mary Sánchez Sánchez**

## **Resumen:**

Es un trabajo de observación y análisis del enfoque diferencial de género, étnico, población en condición de discapacidad, desplazados, personas de la tercera edad y niños y niñas. Se evidencian las políticas públicas existentes, visibilizándolas; concluyendo que a pesar de ellas, se mantiene la violencia y la violación de derechos humanos, para cada una de las poblaciones de manera determinada.

## **Palabras claves:**

Derechos humanos, enfoque diferencial, poblaciones especiales, políticas públicas, violencia

## **Abstract:**

It is a work of observation and analysis of the differential of gender, ethnic, focus population in condition of disability, displaced persons, the elderly and children. Is evidence the political public existing, making them; concluding that despite them, stays on the violence and the violation of human rights, for each of the populations in certain way.

## KEYWORDS:

Differential approach, human rights, violence, public policies, special populations

## INTRODUCCIÓN

Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el enfoque diferencial tiene doble significado: explican ellos que como método de análisis hacen una lectura de la realidad que busca visibilizar las formas de discriminación contra aquellos grupos o pobladores considerados diferentes por una mayoría o por un grupo hegemónico. En el segundo caso, toma dicho análisis para brindar adecuada protección y atención de los derechos de esa población<sup>1</sup>.

Es una herramienta fundamental para hacer valer los derechos de los ciudadanos ya que no solo permite visibilizar la violencia y la violación de los derechos humanos de determinada población, sino que evidencia la falta de políticas públicas con enfoque de derechos, señalando dificultades y resistencias que hacen invisibles las características de dichas poblaciones.

### FORMULACIÓN DEL PROBLEMA: LA VERDAD DEL ENFOQUE DIFERENCIAL Y ¿CUÁNDO HABLAMOS DE ENFOQUE DIFERENCIAL?

#### POBLACIÓN EN DISCAPACIDAD

Según la Convención sobre los derechos de las personas en condición de discapacidad de las Naciones Unidas en el 2006, “La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

Cuando hablamos de enfoque diferencial para el caso, debemos tener en cuenta las políticas públicas existentes, que cumplan con las características particula-

1 Sinergia. (2015). Enfoque diferencial en Colombia, agosto de 2015, de sinergia Sitio web: <http://www.sinergiasong.org/articulos/enfoque-diferencial-en-colombia> Es visibilizar los grupos que son vulnerables por las inequidades de las sociedades históricamente construidas a las que pertenecen. Podemos hablar de un enfoque diferencial de género, étnico, otros pueden ser población en condición de discapacidad, desplazados, habitantes de la calle, presos, prostitución, personas LGBTI, personas de la tercera edad y niños y niñas.

res para este grupo poblacional, con ello pueden acceder al goce efectivo de sus derechos, de manera plena.

Es de aclarar que la base de la normatividad en este tema la encabeza la Constitución Nacional de Colombia en sus arts. 1 y 67.

El enfoque diferencial en la población en condición de discapacidad ha sido objeto de unos cambios muy particulares que afectan, de manera positiva, pero a la vez de manera negativa, según sean los escenarios. La legislación prevé un rumbo diferente al manifestado en años anteriores y que con los actuales lineamientos jurídicos se promulga en el bienestar general de esta población, tratando así de generar acciones sin daño<sup>2</sup>.

Por mencionar algunas leyes garantes de este tema están:

- La Ley 115 del 6 de febrero de 1994, Ley General de Educación, que en su art. 46 dice: “la educación para personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales o con capacidades intelectuales emocionales es parte integrante del sistema público educativo”.
- El Decreto reglamentario 1860 del 3 de agosto de 1994, le impone a los establecimientos educativos la obligación de adecuar el plan general de estudios con actividades adicionales para garantizar la integración de los estudiantes con limitaciones.
- La Ley 361 de 1997 y su Decreto reglamentario 2247, establece mecanismos para la integración social de las personas con limitación física.
- Los decretos 3011 y 3012 de 1997, hacen referencia a la educación de las personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales o con capacidades intelectuales emocionales.
- La Ley 715 de 2001, el Decreto 3020 de 2002, la Resolución 2565 del 24 de octubre de 2003, el Auto 006 de 2009, la Directiva Ministerial 15 de 2010, el Acuerdo 001 de 2011 por el cual se regula el reglamento interno del Consejo Nacional de Discapacidad, entre otras, también tratan este aspecto. Se evidencia la postura crítica y propositiva que asumen las diversas entidades

2 Universidad Nacional y otros. (2012). *Acción sin daño como aporte a la construcción de paz: propuesta para la práctica*. Colombia: Sinergia.

del Estado como los organismos privados, ya que en los diferentes espacios se ha llevado a cabo la inclusión de la población como sujetos de derechos reales y efectivos.

- El Conpes Social 166 de 2013 y el Acuerdo 381 de 2009, precisan los compromisos tendientes a la implementación de la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social, y definir los lineamientos, las estrategias y las recomendaciones que permitan avanzar en la garantía del goce pleno en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, como lo establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009 con la participación de las instituciones del Estado, la sociedad civil organizada y la ciudadanía, desde el Sistema Nacional de Discapacidad en sus diferentes niveles, es aplicable a todo el territorio nacional en temas de inclusión y el respeto a la diversidad.

A pesar de existir esta legislación, hay que tener en cuenta que la discapacidad puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Robert Martin, auto-defensor con discapacidad intelectual, lo definió con sencillez y claridad<sup>3</sup>:

*I am a person with a disability, / Yo soy una persona con discapacidad,*

*but disability / pero la discapacidad*

*does not define who I am. / no define quién soy yo.*

*I am / Yo soy*

*A husband / un esposo*

*A friend / un amigo*

*An employee / un empleado*

*A tax-payer / un contribuyente*

<sup>3</sup> Ciudadano neozelandés, miembro del Consejo de Inclusión Internacional, Federación Mundial de Organizaciones de Personas con una Discapacidad Intelectual y sus Familias, antes denominada Liga Internacional de Asociaciones a favor de las Personas con Retraso Mental (Citado por Samaniego, 2006).

A *board member* / un miembro de un directorio.

El Banco Mundial (2004) señala: “La discapacidad es el resultado de la interacción entre personas con diferentes niveles de funcionamiento y un entorno que no toma en cuenta tales diferencias. Dicho de otra manera, las personas con limitaciones físicas, sensoriales o mentales suelen ser discapacitadas no debido a afecciones diagnosticadas, sino a causa de la exclusión de las oportunidades educativas, laborales y de los servicios públicos. Esta exclusión se traduce en pobreza y esta pobreza, en lo que constituye un círculo vicioso, aumenta la discapacidad por cuanto incrementa la vulnerabilidad de las personas ante problemas como la desnutrición, las enfermedades y las condiciones de vida y trabajo poco seguras”.

A este respecto, hay defensores que consideran que se debe utilizar la expresión «los discapacitados» en lugar de «las personas con discapacidad», para destacar el hecho de que es la sociedad la que *discapacita* a la persona (Quinn, Degener *et ál.*, 2002, p. 20)<sup>4</sup>.

Es muy grave la situación de una persona en situación de discapacidad, pero más grave aún que no pueda desarrollarse como persona, porque el Estado, para el caso Colombiano, no brinda las condiciones adecuadas para su desarrollo o lo presta de manera precaria. Además, la indiferencia social hace que esta población tenga que luchar el doble, para que sus derechos se hagan valer, porque lastimosamente el papel lo aguanta todo, pero la realidad es diferente, en la mayoría de los casos.

“Sí bien seis de las principales convenciones de Naciones Unidas sobre derechos humanos abordan cuestiones relacionadas con la discapacidad, sus disposiciones no se enfocan en este tema en particular. Así mismo, los instrumentos que se pronuncian a favor de los derechos de los discapacitados no son vinculantes. En consecuencia, los Discapacitados enfrentan el dilema de ser legalmente ‘invisibles’ para sus sociedades e incluso para la comunidad internacional. Durante mucho tiempo, la mayoría de las inquietudes de las personas con discapacidad han sido tratadas como parte de un enfoque de asistencia social.

4 Samaniégo, Pilar. *Aproximación a la realidad de las personas discapacitadas en Latinoamérica*, 2006.

Ahora, los discapacitados podrán convertirse en ‘poseedores de derechos’ y en ‘sujetos de derecho’ con plena participación en la formulación y ejecución de los planes y políticas que los afectan.

En cualquiera de los países de la región, entre el 5 y el 15 por ciento de la población tiene alguna discapacidad física. Las barreras físicas para la inclusión de las personas con discapacidad son enormes en América Latina y el Caribe. Algunas investigaciones demuestran que las personas con discapacidad presentan niveles más bajos en logros educativos y tienen menor posibilidad de conseguir trabajo que los que no tienen discapacidad. En la comunidad de los discapacitados, las mujeres tienen una menor participación en el mercado laboral que los hombres con discapacidad”<sup>5</sup>.

Cito tres casos en los que la Corte Constitucional ha protegido los derechos de las personas en condición de discapacidad en Colombia según un estudio de la Universidad de la Sabana.

- **La Corte** tuteló, en la Sentencia T-065 de 1996 (aunque un caso similar puede estudiarse en la Sentencia T-515 de 1994), los derechos fundamentales a la vida, salud, petición y debido proceso de una guardiana que presentaba pérdida de visión, al disponer su reubicación en labores acordes con su estado de salud, y la revisión de la calificación de invalidez.
- Adujo la Corporación que la obligación del Estado de reubicar o de buscar la readaptación laboral de los disminuidos físicos apunta a la posibilidad de la conservación del empleo y de progresar en el mismo, cuando su capacidad de trabajo queda sustancialmente restringida o limitada a causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional o no profesional. Comporta, indudablemente, un deber positivo de las autoridades públicas, que tiene su fundamento en la filosofía del Estado social de derecho, que propugna la realización de la justicia material y que se efectiviza en realizar concreta y prácticamente el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, y de proteger a las personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta.
- Lo anterior se refuerza cuando la reubicación laboral es un “condicionante” para el efectivo cumplimiento de los deberes que emanan de la normatividad



sobre seguridad social, concerniente al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que se hubiera solicitado por un trabajador, pues los trámites administrativos requeridos con este fin, que pueden resultar dispendiosos y lentos, demandan que se adopten medidas provisorias, como son las atinentes a dicha reubicación, mientras se expide la decisión correspondiente, negativa o positiva, con respecto a la petición de la pensión.

- La **Corte Constitucional**, en la Sentencia T-430 de 1994, señaló que si los padres de una menor no poseen medios económicos suficientes para someterla a tratamiento en una institución especializada, pueden recurrir a los distintos centros médicos de esa índole financiados por el Estado, pues es su obligación suministrar atención especializada a los disminuidos físicos, así como proteger a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.
- En este caso no hay respuesta negativa del Estado en orden a dar cumplimiento a su deber constitucional de proteger los derechos fundamentales de la menor, razón por la cual se confirmará el fallo que se revisa. Las entidades de previsión social –Instituto de los Seguros Sociales y Caja de Previsión Social– no están autorizadas para interrumpir un tratamiento médico o quirúrgico a quien esté derivando o recibiendo de él evidentes progresos en su salud. Es decir, dichas entidades están en la obligación de suministrar la atención requerida si es factible para el paciente obtener una mejoría o progreso en su salud mediante terapias, controles regulares, intervenciones quirúrgicas, etc., y lograr con ello mantener en él una mejor calidad de vida.
- Los padres de las menores que sufren diferentes afecciones cerebrales y psicomotrices presentaron acciones de tutela contra el Instituto de los Seguros Sociales, que se negó a proporcionarles a las menores las sillas de ruedas que los médicos tratantes les ordenaron. La Corte Constitucional, en providencia T-556 de 1998, señaló que el derecho a la salud, cuando se trata de niños, es derecho fundamental sin necesidad de que se establezca conexidad con el derecho a la vida. La calidad de vida de un inválido gana en dignidad con la utilización de la silla de ruedas, aparato que, al permitirle desplazamientos, aliviará su estado y hará menos dura la experiencia de la parálisis. Tratándose de los niños con problemas físicos y síquicos, siempre que estén probados, las normas que restringen el suministro de sillas de ruedas, o de otros imple-

mentos de su misma índole, en el Plan Obligatorio de Salud desconocen los citados preceptos constitucionales en la medida en que no tienen en cuenta la especial protección que la Carta ha querido brindar a los menores.

## GÉNERO

Se refiere “al análisis de las relaciones sociales que parte del reconocimiento de las necesidades específicas de las mujeres y que tiene por objeto permitir la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. Desde esta mirada se pretende desarrollar e impulsar acciones que propicien el ejercicio de ciudadanía de las mujeres, que disminuyan las brechas de género, y en el contexto del conflicto armado la disminución del impacto diferencial y desproporcionado de género”<sup>6</sup>.

En entrevista realizada el 27 de junio de 2013 a María Eugenia Morales, funcionaria de la Unidad para la Atención y Reparación de Víctimas, establece: el enfoque de género analiza las relaciones entre hombres y mujeres, y cómo a partir de esa diferencia biológica se determinan los roles ante la sociedad. La Ley 1448 lo tiene como de especial protección, por la situación diferenciada por el conflicto.

El Auto 092 de la Corte Constitucional insta que las mujeres tienen una afectación excesiva y desproporcionada en el marco del conflicto, identifican las afectaciones por los patrones culturales de discriminación y violencia que la sociedad colombiana ha tenido antes del conflicto armado y que se exacerban en el marco del mismo. Los hechos victimizantes que enfrentan las mujeres son: violencia sexual, esclavización para ejercer labores domésticas a los grupos ilegales, señalamientos o retaliaciones por relaciones personales, accidentales o presuntas, con miembros al margen de la ley, despojo de tierras y otros bienes, discriminación, homicidio o reclutamiento forzado de hijos y familia, etc.

Estos son algunos criterios al momento de la declaratoria de las mujeres víctimas: hay que tener en cuenta las barreras de acceso con la institucionalidad. Las mujeres víctimas desconocen sus derechos y no se reconocen, históricamente

las mujeres han sufrido situaciones de discriminación y violencia, sus victimarios han sido hombres mayoritariamente, por eso la relación con funcionarios hombres debe ser de mucho cuidado, sin condenarlas o juzgarlas por lo que les ha pasado. La institucionalidad ha desconocido a las mujeres con su rol de liderazgo, generando desconfianza. Hay que crear relaciones de confianza y luchar por sus derechos.

Es preciso, por tanto, facilitar y priorizar el acceso a la ayuda humanitaria, asistencia médica y psicológica especializada en caso de delito contra la libertad, integridad y formación sexual, deben tener acceso a los programas académicos ofrecidos por las instituciones públicas.

Las mujeres víctimas tienen acceso prioritario a la vivienda, apoyo psicosocial, en el tema de restitución de sus derechos políticos y sociales es muy importante el apoyo a la recuperación del tejido social y colectivo de las organizaciones de las que hacían parte, atender los procesos jurídicos y judiciales que ellas estén adelantando.

A través de las sentencias T-602 y T-721, la Corte Constitucional hizo explícita la necesidad de que la atención se base en “acciones afirmativas y en enfoques diferenciales sensibles al género, la generación, la etnia, la discapacidad y la opción sexual”.

## **POBLACIÓN DESPLAZADA**

La implementación del instrumento de atención integral para la población desplazada y vulnerable, con enfoque diferencial étnico, lo debe ejecutar el programa que se encuentra bajo la responsabilidad del Departamento para la Prosperidad Social (DPS). El programa busca aportar al desarrollo propio de las comunidades étnicas vulnerables, en riesgo de desaparición física y cultural así como en situación de desplazamiento, promoviendo procesos comunitarios sostenibles, por medio del fomento a las prácticas productivas tradicionales o de ingresos, la soberanía alimentaria, la gestión para la sustentabilidad y el fortalecimiento organizativo y social.

Tendrán prioridad los municipios y las comunidades que tengan avances en los procesos de consulta de los planes de salvaguarda, programas de garantías y planes específicos coordinados por el Ministerio del Interior. En riesgo de desplazamiento, extinción física o cultural decretado por las autoridades competentes y en emergencia humanitaria manifiesta.

Según las noticias publicadas en la página web del DPS, 102 familias retornaron al municipio de San Martín y durante 30 meses se les brindará capacitación en huertas caseras con el fin de generar sus propios productos y, de esta forma, abastecer su consumo y potenciar ingresos a la unidad familiar, es decir, de formación de líderes y formación comunitaria para que creen negocios.

De la misma forma, en la Sentencia T-025, mediante la cual la Corte declaró el Estado de Cosas Inconstitucional en la situación de la población desplazada, hace explícita la necesidad de trabajar tres puntos básicos: la existencia de políticas que faciliten el acceso a la oferta institucional a los grupos desplazados en situación de mayor debilidad, tales como mujeres cabeza de familia, niños o grupos étnicos; la existencia de programas especiales que respondan a las especificidades de estos grupos y la sensibilidad de los sistemas de registro en la identificación de las necesidades de estos sectores.

En el Auto de seguimiento a la Sentencia 218 de 2006, la Corte anotó que los “[...] sujetos de especial protección constitucional resultan afectados en forma aguda por la condición de desplazamiento, dada la magnitud de los riesgos a los que están expuestos [...] De ahí se deriva la necesidad de adoptar un enfoque diferencial, específico, que reconozca que el desplazamiento surte efectos distintos dependiendo de la edad y del género”<sup>7</sup>.

Los autos 092.6 y 237 de la Corte Constitucional, ordenaron al Sistema Nacional de Atención Integral para la Población Desplazada (SNAIPD) el Diseño e implementación de 13 programas “*para colmar los vacíos críticos en la política pública de atención al desplazamiento forzado*”<sup>8</sup>. Adicionalmente, ordenaron establecer implementar y aplicar dos presunciones constitucionales: una de vulne-

7 Parlamento Andino. Tercera Cumbre Social Andina.

8 Corte Constitucional. Autos de seguimiento 092.6 y 237.

rabilidad acentuada y otra de prórroga automática de la ayuda humanitaria de emergencia. La CPEM ha participado activamente en la formulación de los programas y actualmente lidera el Programa de Prevención del Impacto de Género Desproporcionado del Desplazamiento Forzado en las Mujeres.

Es un hecho que dentro de las poblaciones afectadas por el desplazamiento, las mujeres ocupan un espacio preocupante y muy particular. Como se observa en el análisis de riesgo Del Sistema Nacional de Atención Integral para la Población Desplazada, el reclutamiento forzado por parte de los grupos armados ilegales, el confinamiento, las amenazas por relaciones sentimentales con actores armados y las estrategias de control sobre el cuerpo tienen una estrecha relación con los estereotipos de género y con la inequidad entre hombres y mujeres. Las mujeres se ven forzadas a salir intempestivamente de sus lugares habituales de residencia, y quedan temporalmente a la deriva, conminadas a asumir la responsabilidad del sostenimiento afectivo y económico de las familias y expuestas a formas específicas de violencia sexual y de género. La directriz hace énfasis en la situación de las mujeres, da lineamientos para la atención de sus necesidades y considera inminente una respuesta a su problemática.

Entre los factores que desencadenan el desplazamiento de las mujeres se encuentran: Asesinato del esposo, los hijos o de una persona cercana; amenazas a su seguridad personal o a algún miembro de su familia; reclutamiento forzoso; combates próximos a las viviendas y zonas habitadas; desaparición forzada de un ser querido; persecución por ser líder; violación; masacre en el lugar donde vivía, y presión para abandonar la tierra<sup>9</sup>.

Uno de los más graves riesgos cuando hay presencia de grupos armados ilegales es la Violencia sexual, entendida como aquella que está dirigida en contra de una persona con base en su género o sexo. Este concepto incluye actos que causan daño o sufrimiento físico, mental o sexual, la amenaza de tales actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad... Si bien, tanto las mujeres,

<sup>9</sup> Ojeda, Gabriel y Murad, Rocío. "Salud sexual y reproductiva en zonas marginadas. Situación de las mujeres desplazadas", 2005, Informe Pro familia, USAID, junio de 2006, Cuadro 7.1, p. 38.

como los hombres, los niños y las niñas pueden ser víctimas de la violencia por motivos de género, las mujeres y las niñas son las víctimas principales<sup>10</sup>.

De acuerdo con los datos que proporciona Medicina Legal, en Colombia las mujeres son víctimas en el 84% de los casos de violencia sexual; en los casos de incesto, el 17% de la veces el agresor es el padre o el padrastro y la víctima en un 76% de los casos fue un menor; los altos niveles de pobreza y el abuso del alcohol son la característica común de los hogares donde se presenta incesto<sup>11</sup>.

## NIÑOS Y NIÑAS

En entrevista con el funcionario Mario Suescun de la Unidad para la Atención y Reparación integral de las víctimas, señala que: La protección se debe llevar a cabo frente a todos los menores de 18 años. Entre 0 y 12 años se exige que haya especial protección del Estado. Los menores tienen un ciclo vital marcado por características físicas, mentales y cognoscitivas. Primera infancia de 0-5 años, infancia 6-12, adolescencia 13-18, jóvenes de 18-28 años. Por lo general, son víctimas por ser reclutados ilícitamente por grupos al margen de la ley, por desaparición forzada, Secuestro, lesiones, planificación reproductiva o esterilización forzada, acto sexual abusivo, abortos forzados, homicidio, orfandad por causa de muerte de sus padres, esterilización forzada.

La Corte Constitucional mediante Acto 251 de 2008 estableció que los niños, niñas y adolescentes son las víctimas más indefensas de la población desplazada. Son el 28% de las víctimas del conflicto armado interno.

Es importante tener en cuenta que si un menor va a declarar, hay que avisar al ICBF, comisarías de familia, inspección de policía y a la Unidad de Víctimas. La falta de madurez física y mental exige especial cuidado, debe reconocérseles como sujetos de derechos desde que nacen. Todas las autoridades del Estado deben generar medidas específicas para su atención, en especial cuando son víctimas del conflicto armado.

10 ACNUR, "Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas". *Guía para prevención y respuesta*, Ginebra, 2003, p. 11.

11 Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Datos para la vida, Bogotá, ICMLCF, pp. 238-240.

Medidas de asistencia: Restablecimiento de los derechos, prevalencia de sus derechos sobre los demás, entrega de ayuda humanitaria, asistencia del derecho a la salud... Es indispensable que los organismos encargados del Estado generen un acompañamiento a los menores para que inviertan el dinero de la mejor manera.

El art. 38 de la Ley 12 de 1991, ratifica la Convención de los Derechos del Niño. El Estado se comprometió a adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por la violencia. Dados los riesgos asociados con el género que ya se identificaron para niños(as) y jóvenes en las zonas en riesgo de desplazamiento, también resulta fundamental el Protocolo Facultativo de La Convención, relativo a la participación de los niños en los lugares con presencia de actores armados ilegales.

Algunos casos en los que la Corte tuteló los derechos de los niños y niñas están en las siguientes sentencias: SU-1150 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes, precitada, donde la Corte dijo:

“Cuando mujeres, niños y ancianos se ven precisados a dejar sus hogares y recorrer grandes distancias desafiando toda clase de peligros, viendo sufrir y aún morir a sus compañeros, como les ha ocurrido a los colonos de la hacienda Bellacruz, la explicable huida no es un problema de orden público propiciado por quienes desean seguir viviendo sino un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, principiando, como es lógico, por los funcionarios del Estado. No puede una autoridad local calificar a los desplazados como agentes perturbadores por el solo hecho de tratar de salvar la vida”.

También está la Sentencia T-1635 de 2000, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo. A raíz de la falta de atención de sus solicitudes, los desplazados, sobre todo los menores de edad, se encontraban en deficiente estado nutricional, presentaban afecciones tanto físicas como psíquicas y las condiciones de salubridad de dicho lugar eran muy precarias; además su educación se había visto afectada. A pesar de haber sido atendidos en diferentes centros hospitalarios, no había sido posible que se les suministraran las drogas recetadas ni que se les

prestara la atención de salud que requerían. Tampoco habían logrado cupos en las escuelas distritales, ni se les había dado una solución definitiva sobre su reubicación o sobre proyectos que generaran condiciones de sostenibilidad económica y social. Adicionalmente, solicitaron un lugar temporal para su reubicación en condiciones de dignidad. Tenemos, de otro lado, la Sentencia T-327 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, donde la Corte resuelve la situación de una persona desplazada por paramilitares en el Departamento del Chocó, quien se encontraba inscrita en el registro de desplazados que llevaba el personero municipal de condoto, pero a quien se le niega tres veces su inscripción en el sistema único de registro de población desplazada por no aportar pruebas de su condición y, por ende, el acceso a toda la ayuda que requerían el desplazado y su familia.

En la Sentencia T-1346 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte ampara los derechos de una mujer cabeza de familia y de sus hijos, quienes hacían parte del grupo de personas desplazadas que ocupaban un predio de propiedad del municipio de Villavicencio e iban a ser desalojados del mismo, sin ofrecerles una reubicación alternativa en el corto plazo. También en la Tutela T-268 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte protegió los derechos de un grupo de 65 núcleos familiares que había huido de sus viviendas en la Comuna 13 de Medellín, a raíz de los enfrentamientos entre distintos grupos armados que operaban en dicha zona. La Red de Solidaridad les había negado la inscripción en el Sistema único de registro de Población Desplazada y el consiguiente otorgamiento de ayudas por tres razones: 1) por considerar que “no se concibe el desplazamiento forzado cuando la víctima no ha abandonado su localidad”, asimilando el término localidad al de municipalidad; 2) porque varios de los núcleos familiares desplazados ya habían recibido ayuda cuando se desplazaron por primera vez; y 3) por no haberse remitido al Ministerio del Interior copia de las declaraciones obtenidas a raíz de los hechos violentos ocurridos en la Comuna 13, para que este decidiera si el hecho constituía desplazamiento.

En la Sentencia T-098 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte protege los derechos de 128 núcleos familiares, compuestos principalmente por mujeres cabeza de familia, menores, ancianos y algunos indígenas, cuyas solicitudes de atención en salud, estabilización económica y reubicación no ha-



bían sido atendidas por la Red de Solidaridad, por falta de recursos suficientes (Corte Constitucional. Relatoría. 2004. T-025).

## **CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T- 025 DE 2004**

Esta es quizá la Sentencia más importante porque la Corte declaró el Estado Inconstitucional de Cosas, ante la gravedad del desplazamiento forzado al que se han sometido 1150 núcleos compuestos por madres cabeza de familia, personas de la tercera edad y menores, así como algunos indígenas.

Por ello estableció algunos criterios que permiten hablar de ese Estado. Los criterios son: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones, y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Es muy importante que se establezca formalmente un Estado de Cosas Inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada, para que tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, adopten los correctivos que permitan superar tal estado de cosas.

La Corte concluyó que los recursos efectivamente destinados a satisfacer los derechos de este grupo poblacional, “no resultan acordes con los mandatos de la Ley 387 de 1997 que desarrollaron los derechos constitucionales respecto

de los desplazados” (p.3). Por eso la Corte sostiene que si bien el gasto social y de atención a la población marginada es considerado como gasto prioritario, y existe una política estatal de atención a la población desplazada, articulada en una ley de la República, así como un marco reglamentario detallado, y una cuantificación del esfuerzo presupuestal que se requiere para cumplir los mandatos constitucionales y legales, las autoridades encargadas de garantizar la suficiencia de estos recursos han omitido, de manera reiterada, adoptar los correctivos necesarios para asegurar que el nivel de protección definido por el Legislador y desarrollado por el ejecutivo, sea efectivamente alcanzado (p. 8).

Al final la Corte resuelve: “(ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; (iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; (iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (v) prever un plan de contingencia para el evento en que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la cooperación internacional no lleguen en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas, a fin de que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación”.

Urgir al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada el cumplimiento inmediato de la orden de “ofrecer a las organizaciones que representan a la población desplazada oportunidades para participar de manera efectiva en la adopción de las decisiones que se tomen con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional e informarles mensualmente de los avances alcanzados”. Adoptar “un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional”.

## **NORMATIVIDAD EN JUSTICIA Y PAZ**

Según mi práctica en las diferentes audiencias de Justicia y Paz, los magistrados han tenido en cuenta el factor diferencial basados en la Ley 1448 de 2011, art. 13. Enfoque diferencial. Este principio reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situa-

ción de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente Ley, contarán con dicho enfoque.

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

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

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

Y para el tema de menores, el art. 190, sitúa y dirime en cuanto a los niños, niñas y adolescentes víctimas del reclutamiento, que tendrán derecho a la reparación integral en los términos de la presente ley. Estos niños, niñas y adolescentes podrán reclamar la reparación del daño, de acuerdo con la prescripción del delito consagrada en el art. 83 del Código Penal.

La restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes estará a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Una vez los niños, niñas y adolescentes cumplan la mayoría de edad, podrán ingresar al proceso de reintegración social y económica que lidera la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, siempre que cuenten con la certificación de desvinculación de un grupo armado organizado al margen de la ley, expedida por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas.

Y en las sentencias y normas explicadas en todo el cuerpo de este escrito.

## RESULTADOS Y CONCLUSIONES

- Queda claro en qué situaciones podemos hablar de la necesidad de un enfoque diferencial, para así establecer sus límites, específicamente para el caso de la Ley 975/05. Legalmente no se ha encasillado en qué situaciones se van a reconocer tales derechos, gran importancia toma entonces el análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional para el desarrollo del enfoque diferencial.
- El material documental utilizado y las investigaciones sobre los diferentes tipos de enfoque diferencial, de género, étnico, población en discapacidad, desplazados, personas de la tercera edad y niños y niñas, que se ha venido haciendo en el pasado, sirven de base para el desarrollo de lo actualmente reconocido en el proceso de Justicia y Paz, y sirven de políticas aplicables para el mismo.
- Se determinó en qué consiste el enfoque diferencial, de acuerdo con cada grupo poblacional, de acuerdo con las sentencias proferidas a la fecha, no solo dentro del marco de la Ley 975/05.
- Al hacer un paralelo de lo pasado y de lo que existe, podemos establecer que las sentencias proferidas por los magistrados de la Corte Constitucional sirven de marco para el desarrollo de la Ley 975/05, y que esta Ley lo único que logra, a la fecha, es que cada sentencia pronunciada logre que cada derecho se desarrolle de manera inmediata.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR. “Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas”. *Guía para prevención y respuestas*, Ginebra, 2003.
- ACNUR. *Desplazamiento interno en Colombia*, 2011.
- Caracterización sociodemográfica. Población con discapacidad. 2015.
- CINDE. Marco para las políticas públicas de niños y niñas.

- CODHES. Boletines, videos y referencias sobre derechos de los desplazados.
- COLDEPORTES. Lineamientos para la población con discapacidad.
- Corte Constitucional. Auto de seguimiento 218.
- Corte Constitucional. Auto de seguimiento 092.6 y 237.
- Díaz, María. *Diagnóstico de la implementación de políticas públicas*, Ciudad, Editorial, 2012.
- INEGI. Población con discapacidad. 2001.
- Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses. *Datos para la vida*, Bogotá, ICMLCF, 2007.
- Ministerio de Educación Nacional. *Plan decenal de educación y la Inclusión de la Población con discapacidad*. Recopilación de experiencias de las personas discapacitadas, Bogotá, 2006-2016.
- Ministerio de Educación Nacional. *Política Pública Nacional de Primera Infancia*, Bogotá, 2007.
- Ministerio de Salud. *Política nacional de envejecimiento y vejez*, Bogotá, 2005.
- Ministerio de Educación Nacional. *Socialización de políticas públicas para la tercera edad*, Bogotá, 2013.
- Montealegre, Diana María. *Enfoques diferenciales de género y etnia*, ciudad, editorial, 2012.
- OEI. *Colombia por la primera infancia*, Bogotá, 2015.
- OIM en Colombia. *Población desplazada*, Bogotá, 2008.
- Ojeda, Gabriel y Murad, Rocío. *Salud sexual y reproductiva en zonas marginadas. Situación de las mujeres desplazadas*, Bogotá, 2005.

- Programa del Gobierno Nacional. Atención educativa para la población en discapacidad. 2015. <http://www.colombiaaprende.edu.co/html/micrositios/1752/w3-propertyname-3002.html>.
- Parlamento Andino. Tercera cumbre social andina.
- Samaniego, Pilar. *Aproximación a la realidad de las personas discapacitadas en Latinoamérica*, ciudad, editorial, 2006.

# ELEMENTOS PARA LA FORMULACIÓN DE ESTRATEGIAS DEFENSORIALES PARA LA REPRESENTACIÓN DE LAS VÍCTIMAS PERTENECIENTES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Ivo García Vargas<sup>1</sup>

(Con la colaboración y apoyo de

Martha Lucía Rodríguez, Sara Alcira Fajardo

Sandra Caballero y Maret García

## Resumen:

La Defensoría del Pueblo considera de suma importancia presentar los elementos básicos para la formulación de estrategias defensoriales, para la representación de las víctimas pertenecientes a los pueblos indígenas colombianos. Lo anterior, utilizando una metodología de sensibilización de los representantes de víctimas, frente a la complejidad de la cosmogonía y la cosmovisión de estos pueblos milenarios, altamente vulnerables y que respecto de sus derechos han sido atropellados en Colombia en diferentes épocas. En términos de reparación a estos pueblos, es necesario ser conscientes de que solo se conoce parcialmente la verdad de lo ocurrido en los territorios indígenas, en el desarrollo del conflicto armado interno. La reparación integral con un enfoque diferencial étnico, es fundamental en un Estado social de derecho, priorizando la recuperación y el reintegro de los territorios indígenas para, de esta forma, restablecer la autonomía individual y colectiva de las víctimas pertenecientes a los pueblos indígenas.

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Santo Tomás, maestría en políticas de desarrollo y cooperación internacional de la Universidad de Ginebra Suiza (Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo). Docente universitario, defensor público regional, Bogotá, Programa Justicia y Paz.

## **Abstract:**

The Ombudsman considers of utmost importance introduce the basic elements for strategy formulation reassignments, for the representation of the victims belonging to the Colombian indigenous peoples. It earlier, using a methodology of awareness of them representatives of victims, facing the complexity of the cosmogony and the worldview of these peoples ancient, highly vulnerable and that with regard to their rights have been hustled in Colombia in different times. In terms of service to these people, it is necessary to be aware that only partially know the truth of what happened in the indigenous territories, in the development of the internal armed conflict. Comprehensive repair with a differential approach to ethnic, is essential in a social State of law, giving priority to recovery and the reinstatement of the indigenous territories to, thus, restore the individual and collective autonomy of victims pertenecien...

## **Palabras claves:**

Pueblo, estrategia, diversidad, étnica, diferencial, victima.

## **Kkeywords:**

People, strategy, diversity, ethnic, differential, victim.

Pueblos indígenas, conflicto armado interno, sujetos colectivos, diversidad étnica, consulta previa, enfoque diferencial étnico, derechos territoriales, reparación integral individual y colectiva, estrategias defensoriales, cosmogonía, cosmovisión.

## **1. Los pueblos indígenas**

Los pueblos indígenas son sociedades amerindias, habitantes de estos territorios desde tiempos inmemoriales, hoy pertenecientes a la Nación colombiana, de acuerdo con la información que ellos mismos dan o desde 10 mil o 15 mil años atrás de acuerdo con las investigaciones de las ciencias occidentales. Son sociedades culturalmente diferenciadas, con sistemas propios de vida emanados de su cosmovisión basada en la relación armoniosa del hombre con la naturaleza, de acuerdo a la Ley de Origen o el Derecho Mayor, por lo cual sus sistemas de



organización y reproducción social están basados en la producción colectiva solidaria y recíproca; su organización política está basada en la autoridad tradicional, con sistemas de justicia y control social dirigidos por los consejos de ancianos y establecidos de acuerdo a la ley de Origen; todo está fundamentado en el saber ancestral.

De igual manera, los pueblos indígenas poseen sus propias lenguas maternas o vernáculas y un conocimiento profundo sobre sus territorios, sus ecosistemas y toda la riqueza que en ellos existe. De su relación con el territorio derivan todo su sistema de vida y a través de las prácticas, tradiciones, rituales e historia, construyen su identidad y sus conocimientos tradicionales.

### **1.1 La relación del Estado con los pueblos indígenas anterior al reconocimiento de la diversidad cultural en Colombia**

Según el censo del DANE (2005), en Colombia existen 87 pueblos indígenas, con una población de 1.378.884, representando el 3,4% de la población del país; de ellos 933.800 se asientan en 718 resguardos. Hoy se reconocen oficialmente 90 pueblos, pero de acuerdo con la información de la Organización Indígena de Colombia son 102 pueblos, 18 de los cuales están en peligro de extinguirse; aún subsisten 64 lenguas nativas (Véase [www.acnur.org](http://www.acnur.org)).

En los 32 departamentos del país vive población indígena, pero en 25 de ellos se presenta la existencia de comunidades que habitan, en su mayoría, en resguardos, en aproximadamente 214 municipios y en 12 corregimientos departamentales. El 78% vive en el área rural del país, en territorios estratégicos desde el punto de vista ambiental y de riquezas naturales.

La historia de la, por unos, denominada conquista y, por otros, invasión europea, condujo a la catástrofe de los pueblos indígenas, un genocidio inconmensurable en la historia de la humanidad. No hay acuerdo sobre la población encontrada en el continente y en Colombia. Se tienen cifras entre 100 y 3 millones y medio de habitantes nativos para el continente, y entre 15 millones y 1 millón para Colombia; lo cierto es que la población fue diezmada en más de un noventa por ciento.

Nuestro territorio estaba poblado por una variedad de culturas, tradiciones, artes, conocimientos, saberes, símbolos, ..., que fueron menospreciados, ignorados y destruidos por el afán de riqueza y dominación de los invasores amparados en una supuesta superioridad cultural.

Desde que se dio el contacto entre las dos civilizaciones, la occidental y la indígena, la historia de los pueblos indígenas está marcada por su destrucción física y cultural. En la Colonia fueron sometidos a trabajos forzados como bogas, cargueros y mineros, además de las enfermedades introducidas por el contacto y desconocidas por los indígenas que fueron diezmando su población; paralelo a la violencia ejercida y al sometimiento del interés por “civilizarlos” o someterlos a la cultura dominante, comportamiento que ha sido una constante hasta la época actual, solo basta recordar la cruel historia de las bonanzas de la quina y del caucho en los territorios de los indígenas amazónicos.

El capítulo del sometimiento cultural de los pueblos indígenas, inmerso desde el principio en el componente religioso, estaba acompañado del violento y militar, y tiene su más alto pico con las misiones evangelizadoras de los siglos XIX y XX, las cuales prohibían el uso de las lenguas propias por considerarlas demoníacas y en todo caso contrarias al cristianismo.

Por su parte el Estado jugó estratégicamente al constituir núcleos de poblamiento urbano con la intención de someter a la tributación y a la prestación de servicios a los indígenas, a su vez ejercía el control militar, mientras en las áreas rurales destacaba las misiones para subyugar la resistencia indígena. Reducidos los pueblos indígenas a las zonas más inhóspitas y alejadas de los centros de poder, se hicieron concesiones como la constitución de los resguardos coloniales con el propósito de disponer de fuerza de trabajo ante la creciente resistencia de los esclavos traídos del África.

En la época de la República –con excepción del decreto del Libertador Simón Bolívar en 1820, en el cual se le retornan las tierras de resguardos usurpadas a los indígenas y la Ley 90 de 1859 del Estado del Cauca, sobre protección de indígenas que sirvió de base a la Ley 89 de 1890 que reconoció a los cabildos de las comunidades indígenas–, persistió la política de parcelación de los resguardos

dos y de incorporación de tierras por los hacendados y municipios, así como la extinción de los cabildos.

Durante el siglo XX se profundiza la estrategia integradora y de sometimiento cultural, cobrando especial influencia las misiones de diversas órdenes religiosas que se hicieron fuertes en la educación de los niños indígenas, mediante la cual procedieron a proscribir la lengua nativa y a educar en los principios y valores de la sociedad occidental, reemplazando paulatinamente los valores y costumbres propias en los niños indígenas y propiciando la pérdida de las lenguas nativas.

Durante todos estos siglos con la política pública se generó un proceso de resistencia de la cual queda poca memoria escrita, a excepción del levantamiento del líder indígena Quintín Lame en el Cauca, en el siglo pasado, y la batalla por recuperar el Gran Resguardo. Otra forma de resistencia a la destrucción cultural de los pueblos, no menos importante, ha sido la lucha por mantener las instituciones y las costumbres propias en muchos pueblos indígenas del país, conservando importantes conocimientos ancestrales.

Hoy se hace visible que la actual dinámica sociocultural de los pueblos, caracterizada por migraciones, sincretismos, adaptaciones, resistencias físicas y simbólicas, crisis y resurgimientos demográficos –entre otros procesos de cambio y permanencia– los ubica en un contexto tan contemporáneo como el de nuestras culturas eurocentristas (Véase [www.humanas.unal.edu.co](http://www.humanas.unal.edu.co))

## **1.2 El reconocimiento de los pueblos indígenas como culturas diferenciadas en el país**

Los antecedentes del reconocimiento de los pueblos indígenas se remontan a los nuevos movimientos sociales que surgieron en el país a partir de 1920, que promovieron una visión dignificante de su cultura y sociedad. En 1941, bajo el auspicio del Primer Congreso Indigenista Interamericano, promovido por el presidente de México, Lázaro Cárdenas, se creó el Instituto Indigenista Colombiano, una entidad privada bajo la dirección de Antonio García y Gregorio Hernández, de política indigenista en Colombia.

Con el establecimiento del Frente Nacional, el Estado constituye la Oficina de Negocios Indígenas, que luego se transformó en la Oficina de Asuntos Indígenas adscrita al Ministerio de Gobierno hoy Ministerio del Interior, para atender las situaciones relacionadas con los indígenas.

La Ley 135 de 1991 y otras disposiciones posteriores permitieron la creación de nuevos resguardos y el establecimiento de Reservas en selvas y sabanas a través del Incora. Así mismo, la adhesión del país al Convenio 167 de la OIT de 1957, sobre los derechos de las minorías tribales, permite admitir ciertos grados de autonomía indígena y establecer nuevos resguardos y reservas a través de la Ley 31 de 1967. Otro paso que se dio en el proceso autonómico fue el nuevo Concordato que se firmó con la Santa Sede en 1973, el cual limitó las funciones de la Iglesia Católica en la educación de las comunidades y permitió acrecentar el papel del Estado mediante la educación contratada y en 1978 el Ministerio de Educación estableció el Programa de Etnoeducación.

Por su parte, el movimiento de resistencia indígena levantó las banderas de la lucha por la tierra, autonomía, lengua y cultura; se fortaleció en los años setenta y ochenta dando lugar a la constitución de diferentes organizaciones regionales indígenas como el CRIC, el CRIT y luego la constitución de la Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC, en 1982.

Finalmente, la Asamblea Nacional Constituyente convocada en 1991 por el gobierno de César Gaviria, en el marco de los acuerdos de paz con el Movimiento M-19, acordó la nueva Constitución Nacional de Colombia, que reconoció formalmente los derechos de los pueblos indígenas de Colombia, en el marco de unos principios humanistas y civilizatorios. La Constitución de 1991 es considerada una indígena por la cantidad de normas constitucionales que se ocupan de los derechos de los pueblos indígenas, que los pone en pie de igualdad con los restantes ordenamientos constitucionales como son el económico, el ambiental, el social y cultural.

La proclamación de los derechos indígenas es solo un aspecto; su implementación y concreción, otro. La Constituyente les otorgó los derechos materiales a los indígenas, pero además les otorgó algunos instrumentos jurídicos para su

defensa y concreción, en el marco de los derechos humanos y sociales de la Carta, en particular la *acción de tutela* (art. 86) y las instituciones correspondientes entre las que se destaca la Corte Constitucional (arts. 239 y ss.).

El ambiente indigenista existente en las sesiones de la Asamblea Constituyente, en donde participaron tres representantes de estos pueblos, hizo que en Colombia se acordara el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en conexión con las normas constitucionales, mediante la Ley 21 de 1991, siendo este el convenio que garantiza hasta el presente, de manera más amplia, los derechos de los pueblos indígenas.

De acuerdo con la Corte Constitucional, los convenios internacionales sobre derechos humanos incorporados a la legislación interna hacen parte del bloque constitucional, es decir, son leyes con carácter de norma constitucional.

La Carta Magna estableció el principio de la diversidad étnica y cultural. En el art. 7° el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Con este artículo se pone fin a la política de asimilación de los indígenas desde el establecimiento del Estado Nación en Colombia y termina con la tutela de los indígenas por parte del Estado. Se deja claro, también, el carácter especial de la legislación indígena y se concretan para la población indígena los principios de *democracia* y *pluralismo*, establecidos en el Preámbulo y arts. 1° y 2° de la Constitución.

Posteriormente en el cuerpo constitucional se aclara el área de aplicación de este principio: la jurisdicción especial indígena, como el derecho a legislar en sus territorios de acuerdo con sus valores y sus usos y costumbres; autonomía y articulación de la justicia propia a la justicia ordinaria (art. 246). De autogestión o derecho al desarrollo propio en sus territorios (art. 330). Derecho a la autonomía o al gobierno propio en sus territorios y creación de entidades territoriales indígenas (arts. 286 y 287). La participación política mediante una jurisdicción especial para senadores y diputados indígenas (arts. 171 y 176).

## 2. El conflicto armado interno y los pueblos indígenas

Colombia, de acuerdo con el Informe de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, ha padecido un largo conflicto armado interno desde los años 60 del siglo XX, que afectó alrededor de siete millones de personas en el territorio nacional. Según este mismo informe, la responsabilidad es compartida por sus principales actores, las guerrillas, los paramilitares y el Estado.

Los actores armados han batallado estratégicamente por el control de los territorios, desde donde resguardarse, abastecerse, ejercer control y establecer corredores de movilización, desde donde han ejercido todo tipo de violaciones contra los pobladores y los territorios mismos. Los pueblos indígenas habitan extensos territorios colectivos, retirados de los centros poblados, en selvas, sabanas y zonas de frontera, la mayoría de los cuales son estratégicos desde el punto de vista ambiental y aún conservan importantes riquezas renovables y no renovables como biocombustibles, petróleo, maderas y por ser lugares propicios para el cultivo de la coca (ACNUR, 2008), lo cual los ha hecho aún más vulnerables a las actuaciones de los actores del conflicto.

La batalla por los territorios ha colocado a las comunidades indígenas en medio de un conflicto en el cual no tienen ninguna participación, convirtiéndose en objetos de masacres, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores, violación de mujeres, víctimas de minas antipersonales; también han resultado muy afectados en sus bienes a nivel individual y colectivo. En estas circunstancias las comunidades indígenas se han visto imposibilitadas del ejercicio de sus derechos, en especial la autonomía de sus territorios y el ejercicio de sus culturas.

Las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, han sido frecuentes contra los pueblos indígenas, prácticamente en todo el territorio nacional, en especial a partir de los años ochenta cuando el conflicto armado se recrudeció (Wallace, 2013), entre otros factores por la financiación que le produjo a los actores armados el auge del narcotráfico y la irrupción de los grupos paramilitares.

El impacto de la guerra sobre las comunidades indígenas y su sobrevivencia física y cultural ha sido de tal magnitud, que la Corte Constitucional emitió la Sentencia T-025 de 2004, en la cual se analiza el “estado de cosas inconstitucional”, ante los cientos de tutelas de los sectores más vulnerables del país, como mujeres cabeza de familia, personas de la tercera edad, niños, campesinos y las minorías étnicas, ante el fenómeno del desplazamiento forzado y las violaciones de los derechos humanos. La Corte fijó unos mínimos de atención por parte del Estado a la población desplazada en general y a todas las víctimas del conflicto armado.

Cinco años después, ante la gravedad de los hechos para la supervivencia de los pueblos indígenas, la Corte emitió los autos 004 de 2009 y 382 de 2010 en los cuales se da un SOS para salvaguardar a 35 pueblos indígenas en peligro de extinción ante los impactos del conflicto armado sobre sus culturas y su sobrevivencia física, por lo cual ordena al Estado, en cabeza del Gobierno Nacional, a diseñar e implementar un Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas afectados por el desplazamiento y a desarrollar, con estos pueblos, el Plan de Salvaguarda en el que se definan las acciones urgentes para su recuperación y, así mismo, establezca los presupuestos y organice su ejecución inmediata.

En la exposición de motivos del Auto 004, emitido por la Corte Constitucional, para salvaguardar la existencia física y cultural de los pueblos en desarrollo de la Sentencia T-025, se dice

“Los grupos indígenas colombianos están particularmente indefensos y expuestos al conflicto armado y sus consecuencias, en especial el desplazamiento.

Deben soportar los peligros inherentes a la confrontación sobre la base de situaciones estructurales preexistentes de pobreza extrema y abandono institucional, que operan como factores catalizadores de las profundas violaciones de derechos humanos individuales y colectivos que ha representado para ellos la penetración del conflicto armado en sus territorios”.

## 2.1 Víctimas al interior de los pueblos indígenas y formas de reparación

Las acciones de los actores armados (guerrillas, ejército, paramilitares, bacrim) dentro del conflicto armado que vive el país consiste en el dominio del territorio a través del control político de la población. En el comienzo las guerrillas pretendieron “ganar a la gente” políticamente, con la intensificación del conflicto se tomaron de la contrarrevolución técnicas dirigidas a sembrar el miedo y el terror (Crales Pérez, 2015, p. 21).

El objetivo estratégico de esas guerras es expulsar a la población mediante diversos métodos, como las matanzas masivas, los reasentamientos forzosos y una serie de técnicas políticas, psicológicas y económicas de intimidación. Aunque las modalidades de violencia empleadas y la intensidad de su accionar difieren según las evaluaciones que cada uno de estos grupos hace del territorio, del momento de la guerra y de las estrategias que despliega (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013, p. 35).

En general, de acuerdo con la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (2015), en Colombia se han podido establecer trece modalidades principales de victimización en el marco del conflicto armado interno (pp. 77-78):

- **Desplazamiento de población.**
- **Despojo de tierras.**
- **Secuestro.**
- **Extorsión.**
- **Reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes.**
- **Tortura.**
- **Homicidio en persona protegida.**
- **Asesinatos selectivos.**
- **Masacres.**
- **Amenazas.**
- **Delitos contra la libertad y la integridad sexual.**



- **Desaparición forzada.**
- **Ataques o daños causados por minas antipersonas, munición sin explotar y artefactos explosivos no convencionales.**
- **Ataques y pérdidas de bienes civiles.**
- **Atentados contra bienes públicos.**

En la Sentencia T-25 de la Corte Constitucional se señalan, en una larga lista, los derechos individuales que se han vulnerado, pero los más relevantes para los pueblos indígenas son el derecho a la vida (art. 11° de la C.P.); a la integridad personal y a verse libres de tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 12° de la C.P.); a la dignidad personal (art. 1°, C.P.) y a la seguridad personal. Todas estas afectaciones constituyen violaciones graves al derecho internacional humanitario.

En relación con los derechos colectivos, indica la Sentencia que el conflicto genera el desplazamiento masivo y el confinamiento de los desplazados en las ciudades y constituye una negación de la autonomía, la identidad y el derecho al territorio, por la pérdida o abandono de este, la ruptura de las pautas culturales a este asociadas agregando que el desplazamiento de sus autoridades y líderes genera desintegración cultural y ruptura del tejido social.

El Estado, en el marco de la Constitución Política, tiene la responsabilidad de garantizar los derechos de todos los ciudadanos y la defensa de los derechos humanos, según lo establecido en el art. 1°, en el cual se define como un Estado social de derecho y tiene también la responsabilidad de garantizar los derechos colectivos, según lo establece el art. 7° en el cual se reconoce la diversidad étnica y cultural, reconociendo a las minorías étnicas sus derechos colectivos.

De la obligación de garantizar los derechos humanos se derivan, a su vez, otras obligaciones como son: prevenir su vulneración (no repetición); crear mecanismos idóneos y eficaces para la protección de los derechos en casos de amenaza o vulneración (tutela efectiva); reparar las violaciones y esclarecer los hechos (reparación y verdad), investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DD.HH. y al DIH (justicia), entre otras (Crales Pérez, s.f., pp. 35-36).

Estas obligaciones de verdad, justicia, reparación y no repetición, en el caso de las violaciones a los derechos humanos, se derivan también de los compromisos con los tratados y convenios internacionales, que hacen parte del bloque de constitucionalidad definido por la Corte Constitucional.

El 10 de junio de 2011 entró en vigencia la Ley 1448 denominada Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, la cual constituye el marco legal del Estado para la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno.

Pese a no consultar a los pueblos indígenas para la expedición de esta Ley que les afecta directamente, de acuerdo con lo establecido en el bloque de constitucionalidad (según lo establecido por la Ley 21 de 1991, mediante la cual el Estado reconoce el Convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales), dejó abierto el espacio a esta consulta, revistiendo al Presidente de la República de facultades extraordinarias por un término de seis meses para

“expedir mediante decretos con fuerza de ley, los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, Rom y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras” (art. 205, Ley 1448 de 2011).

Es de resaltar que este artículo obedece a los esfuerzos de la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas, de lo contrario la Ley 1448 de 2011 hubiera podido ser declarada inexecutable por vicios de inconstitucionalidad y por violar el derecho fundamental a la consulta previa (Balance ONIC del Decreto ley 4633/2011 y la Ley de Víctimas, en [www.oidhaco.org/uploaded/content/article/706098658.pdf](http://www.oidhaco.org/uploaded/content/article/706098658.pdf)).

### **3. Marco jurídico para la reparación de los pueblos indígenas**

El Decreto Ley 4633 de 2011, en su forma y contenido, es reconocido por las mismas organizaciones indígenas, no obstante su alcance se considera limitado por no disponer de los recursos presupuestales para la implementación de la norma.

“El marco jurídico para la reparación integral, atención, protección y restitución de los derechos territoriales de los pueblos y comunidades indígenas, y en general, para todas las víctimas del conflicto armado colombiano,... su promulgación en nuestro Estado social de derecho merece ser celebrado” (Balance ONIC).

En desarrollo del principio constitucional del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación (art. 7° C.P.), el Decreto Ley 4633 contiene tres lineamientos transversales para el desarrollo del proceso de atención y reparación a pueblos, como lo advierte la Defensoría del Pueblo en su *Ruta de atención, asesoría y orientación a víctimas pertenecientes a pueblos indígenas*, según el Decreto 4633 de 2011:

**Enfoque diferencial étnico:** este aspecto involucra una atención que tenga en cuenta los usos, costumbres, especificidades, particularidades y afectaciones a los derechos de las víctimas pertenecientes a esta población. El art. 6°, en particular, precisa que

“las medidas y acciones de reparación integral deben contribuir a garantizar la permanencia cultural y la pervivencia de los indígenas como pueblos, conforme a su plan de vida oral o escrito, su ordenamiento ancestral, su cosmovisión y/o ley de origen, ley natural, derecho mayor o derecho propio”.

Para desarrollar el enfoque étnico el Estado deberá:

1. Garantizar seguridad, autonomía y libertad.
2. Ajustarse a los estándares nacionales e internacionales sobre reparación integral.
3. Respetar sus cosmovisiones, valores, costumbres y prácticas ancestrales.
4. Buscar eliminar condiciones de vulnerabilidad y riesgos.

**Concertación:** en la norma se señala la obligación de las entidades de involucrar en todos los procedimientos de atención y reparación a los pueblos, en particular a las autoridades tradicionales concedores de la ley de origen. Para materializar este derecho en los procedimientos se deberá:

1. Tener en cuenta y respetar el derecho propio o la ley de origen de los pueblos indígenas.
2. Respetar el ejercicio de las funciones de las autoridades tradicionales en el marco de su jurisdicción.
3. Realizar previamente la consulta de los procesos con las autoridades tradicionales, de buena fe y para llegar a acuerdos en el marco del Convenio 169 de la OIT.
4. Garantizar ampliamente el acceso a la verdad, justicia, reparación integral y garantías de no repetición.
5. Respetar las estrategias e iniciativas legales de los pueblos indígenas, como ejercicio de su autonomía política.
6. Respetar el debido proceso.

### **3.1 Protección lingüística**

El reconocimiento de este derecho (art. 10° de la C.P.), que hace parte fundamental de la cultura y usos y costumbres de todo pueblo indígena, es obligatorio en los procedimientos de atención y reparación a víctimas pertenecientes a pueblos indígenas. Para ello el Decreto establece el deber del Estado de proveer los servicios en lenguas tradicionales, en todos los procedimientos:

1. Garantizar servicios de traducción a la lengua de cada pueblo indígena en los que las víctimas deben intervenir.
2. El traductor debe ser de confianza de la víctima.
3. Los materiales y difusión del Decreto Ley 4633 deben ser traducidos a las lenguas de los pueblos a que vayan dirigidos.
4. Los programas de reparación, en particular el componente de rehabilitación, deben contar con intérpretes y traductores.
5. Traducir a las lenguas nativas los textos, declaraciones de perdón, actos de reconocimiento públicos y textos de casos emblemáticos o documentos de memoria histórica.

Además, se debe tener una oficina especializada de pueblos indígenas, en cada Centro Regional de Atención y Reparación, atendida por personas que dominen sus lenguas y que tengan la capacidad de dar un trato y una respuesta adecuada e intercultural. Así mismo, el Ministerio Público debe contar con traductores en cada región y para cada grupo para la toma de declaración y la inscripción en el registro.

*Obligaciones para el Ministerio Público relacionadas con la toma de declaración para la inscripción de las víctimas de los pueblos indígenas en el Registro Único de Víctimas:*

Teniendo en cuenta que el registro es el inicio de todo el proceso de atención, asistencia, reparación integral y restitución de derechos territoriales a las víctimas de la población indígena, es fundamental que los funcionarios del Ministerio Público –Defensoría, Procuraduría y personerías municipales– apliquen los siguientes criterios:

1. Incluir el enfoque diferencial étnico.
2. Tomar la declaración tanto de la víctima individual como de la autoridad indígena, cuando se producen daños individuales con efectos colectivos.
3. Garantizar la presencia de un intérprete.
4. Tomar declaración de solicitud de incorporación en el componente étnico.
5. Coordinar jornadas masivas de registro para la inscripción en el RUV.

### **3.2 Asesoría sobre componentes de ayuda humanitaria, asistencia y atención**

En el componente de *alimentación*, el Decreto Ley establece que se deben tener en cuenta:

- Las características culturales de cada pueblo.
- Las prácticas de soberanía alimentaria en las comunidades.

- Las características y restricciones de la dieta (de acuerdo con las posibilidades del lugar de acogida).
- La práctica de preparación de alimentos.
- La garantía de una nutrición adecuada.

En el componente de *alojamiento*, el Decreto establece:

En todas las etapas de la ayuda y atención humanitaria inmediata, de emergencia y de transición, debe ser adecuada a las características culturales propias y los usos y costumbres de cada pueblo indígena (art. 92° parágrafo 4).

### **3.3 En el componente de salud, el Decreto establece:**

- El respeto a las cosmovisiones y especificidades de cada pueblo.
- Tener en cuenta sus concepciones sobre la salud y la enfermedad, así como sus prácticas médicas tradicionales y la labor de quienes la ejercen.
- Los procedimientos médicos occidentales deben contar siempre con el consentimiento previo, libre e informado del miembro del pueblo indígena.
- Las medidas de atención en salud no sustituye la obligación del Estado de fortalecer la medicina tradicional en el marco de los Sistemas Indígenas de Salud Propia e Intercultural, SISPI.
- Se prestará atención inicial de urgencias a cargo de las IPS públicas o privadas, de manera inmediata con independencia de la capacidad socioeconómica de los demandantes de estos servicios y sin exigir condición previa para su admisión.
- Realizar brigadas móviles de atención en salud a los desplazados de los pueblos indígenas, hasta que se haya superado la situación de confinamiento o desplazamiento forzado. Estas estarán a cargo de las EPS, las entidades territoriales y las instituciones prestadoras del servicio de salud.
- Establecer una ruta de atención integral en salud para víctimas indígenas concertada con la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, en orden a garantizar la prestación de servicios de

salud gratuitos y con enfoque diferencial, articulada al desarrollo e implementación del SISPI.

### 3.4 En el componente de educación, el Decreto establece:

- Realizarse en el marco del Sistema Educativo Indígena Propio, SEIP, reconocido como política pública mediante el art. 273 de la Ley 1450 de 2011 y teniendo en cuenta la ley de origen, derecho mayor o derecho propio en cada pueblo indígena.
- Ser gratuita y garantizar la permanencia de los estudiantes –en establecimientos oficiales–. Obligación a cargo del Ministerio de Educación, en conjunto con las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas.
- Considerar el enfoque diferencial, para garantizar la pervivencia cultural a través de procesos educativos propios e interculturales de los pueblos indígenas (art. 87°).
- Desarrollar estrategias que eviten la discriminación y que reconozcan la diversidad cultural.
- Posibilitar el ingreso a la educación superior, a las instituciones de naturaleza pública mediante la adopción de medidas afirmativas para miembros de los pueblos indígenas, para que ingresen y sean incluidos en líneas especiales de crédito y subsidios (art. 88°).

### 3.5 En el componente asistencia funeraria, el Decreto establece:

Que

“las entidades territoriales pagarán con cargo a sus presupuestos y sin intermediarios, los gastos funerarios de las víctimas (pertenecientes a pueblos indígenas) siempre y cuando estas no cuenten con recursos para sufragarlos y respetando siempre los usos y costumbres tradicionales de los pueblos o comunidades a las que dichas víctimas pertenezcan” (art. 75°).

### 3.6 Retornos y reubicaciones

La política de retorno y reubicación de víctimas de pueblos indígenas debe contener las siguientes características de acuerdo con el Decreto Ley 4633 de 2011:

- Hacerse en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad, tanto los retornos como las reubicaciones individuales y colectivas.
- Ser concertados con las víctimas indígenas o sus representantes.
- Las condiciones de seguridad para el retorno y/o la reubicación temporal o definitiva serán evaluadas por el Comité de Justicia Transicional del territorio receptor a partir de los conceptos de la fuerza pública y las pruebas aportadas por las entidades del Ministerio Público (art. 104).
- La implementación y seguimiento a los planes de retorno y reubicación serán producto de una acción armónica, concertada e informada entre la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, la Unidad Administrativa Especial de Gestión para la Restitución de Tierras Despojadas y Abandonadas y las autoridades indígenas.

### 3.7 Restitución de tierras despojadas y abandonadas y las autoridades indígenas

Es uno de los aspectos fundamentales de la reparación para los pueblos indígenas, por la relación vital, ancestral, cultural y espiritual que vincula a los pueblos indígenas con el territorio.

La restitución de tierras de los pueblos indígenas se implementa de forma gradual. La Unidad de Restitución de Tierras define cada año los casos focalizados junto con la Mesa Permanente de Concertación Indígena. Para los pueblos, la restitución de tierras es la medida preferente y no puede ser compensada económicamente (art. 142). En caso de no ser posible la restitución porque el territorio no esté en condiciones de ser habitado, el Decreto Ley contempla la posibilidad de una reubicación, concertada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme con sus formas de consulta y decisión.



“En estos casos, las comunidades deberán recibir territorios cuya calidad, extensión y estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro” (art. 142).

Dado que la restitución de tierras está ligada al retorno, deben tenerse en cuenta las condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad.

El art. 141 señala las tierras que son objeto de restitución exclusiva para comunidades indígenas y “no podrán ser objeto de titulación, adjudicación, compra o restitución en beneficio de personas ajenas a las comunidades indígenas”.

Estas tierras son:

- Los resguardos indígenas constituidos o ampliados,
- Las tierras sobre las cuales se adelantan procedimientos administrativos de titulación o ampliación de resguardos indígenas,
- Las tierras de los resguardos de origen colonial y las tierras de ocupación ancestral e histórica que los pueblos y comunidades ocupaban el 31 de diciembre de 1990,
- Las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras que deben ser objeto de titulación o ampliación de resguardos indígenas por decisión, en firme, judicial o administrativa nacional o internacional,
- Las tierras adquiridas por Incora o Incoder en beneficio de comunidades indígenas de las que es titular el Fondo Nacional Agrario,
- Las tierras adquiridas a cualquier título con recursos propios por entidades públicas, privadas o con recursos de cooperación internacional en beneficio de comunidades indígenas que deben ser tituladas en calidad de constitución o ampliación de resguardos.

De acuerdo con el art. 143 del Decreto Ley podrán presentar solicitud de inscripción en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, en su calidad de derechos colectivos:

- “Las autoridades tradicionales, las asociaciones de cabildos y autoridades indígenas, los gobernadores de cabildos y las organizaciones indígenas que integran la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas de que trata el Decreto 1397 de 1996; (...)
- Cualquier integrante de la comunidad, a excepción de los acogidos temporalmente, a los que se refiere el art. 98 del presente Decreto;
- Estarán legitimadas para presentar las solicitudes de restitución de oficio la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y la Defensoría del Pueblo;
- Cuando las comunidades se hayan desplazado más allá de las fronteras internacionales, se les garantizará su derecho al territorio y a la restitución del mismo, a pesar de no encontrarse en el país en el momento de presentarse la solicitud y llevar a cabo los procedimientos previstos en este Decreto”.

En casos de gravedad extrema o urgencia, cuando los derechos territoriales estén amenazados o vulnerados, se podrán adoptar medidas cautelares respecto de los territorios, con el objetivo de evitar daños inminentes o cesar el daño “que se estuviere causando sobre los derechos de las comunidades víctimas de pueblos indígenas y a sus territorios” (art. 151).

Estos se harán durante los dos años siguientes al retorno o la reubicación, en plazos de 6 meses (art. 106).

- Para el caso de los retornos y reubicaciones colectivos, el Estado garantizará la unidad de las comunidades o su reunificación según el caso; acompañará estos procesos cuando haya condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad ciñéndose al plan concertado de retorno (art. 102). Y los retornos y reubicaciones se harán de acuerdo con lo establecido en relación con la restitución de territorios (art. 99).
- Los retornos o reubicaciones individuales serán coordinados con las autoridades tradicionales indígenas con el fin de garantizar la implementación de las medidas de atención y asistencia necesarias tanto para los miembros de la comunidad receptora como para los individuos o familias que retornan (art. 101).

- Cuando no es posible el retorno, se concertará la reubicación con los miembros del grupo.
- Cuando el retorno no sea posible por condiciones de seguridad, voluntariedad y dignidad, se procederá a la reubicación, la cual se hará de manera concertada con las autoridades indígenas (art. 101).
- La reubicación podrá ser temporal o definitiva, pero el plan de reubicación debe definirse con las comunidades afectadas (art. 103).
- Los planes temporales de reubicación estarán sujetos al futuro retorno cuando se superen las condiciones que generaron el desplazamiento e impidieron el retorno inmediato (art. 103).

#### 4. La reparación integral para los pueblos indígenas

El Decreto Ley 4633 de 2011 establece que la reparación integral comprende medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, con las siguientes características:

##### 4.1 La reparación integral será preferentemente colectiva

a. Definición. El art. 14 establece,

“las medidas y acciones conducentes a la reparación integral y restablecimiento del equilibrio y la armonía de los pueblos y comunidades indígenas, siempre tendrán en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones a los derechos fundamentales, colectivos e integrales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

“Esta dimensión incluye el impacto colectivo de violaciones individuales sobre la estructura tradicional, socioeconómica, cultural y organizativa. Lo anterior sin perjuicio de que las medidas y acciones anteriormente señaladas sean reconocidas de forma individual a integrantes de los pueblos indígenas que hayan sido objeto de estas violaciones”.

Además el capítulo VI establece el Plan Integral de Reparaciones Colectivas para Pueblos y Comunidades Indígenas, PIRCPCI, “por medio del cual se consultan con las autoridades y organizaciones indígenas respectivas, las medidas

de reparación colectiva construidas por los pueblos y comunidades” (art. 133). En su diseño y puesta en marcha se tendrá en cuenta la ley de origen y la cosmovisión de cada pueblo.

b. Debe restablecer el equilibrio y la armonía material e inmaterial. El art. 5 establece que la

“reparación integral para los pueblos indígenas individual y colectivamente considerados, se entenderá como el restablecimiento del equilibrio y la armonía de los pueblos; vulnerados históricamente en sus dimensiones material e inmaterial. De la dimensión inmaterial forman parte los fundamentos espirituales, culturales, ancestrales y cosmogónicos, entre otros”.

Por eso la reparación integral debe incluir medidas de reparación material y simbólica, haciendo énfasis en las medidas de satisfacción, rehabilitación y no repetición.

c. Debe fortalecer a las autoridades e instituciones propias, restablecer el tejido social y cultural, sanear espiritualmente los territorios y reivindicar la memoria de los pueblos o comunidades indígenas. Por ello se deben tomar medidas dirigidas a fortalecer la autodeterminación y las instituciones propias y la adopción de medidas interculturales dirigidas a fortalecer los espacios de ceremonias y ritos colectivos e individuales, la garantía de reuniones internas y colectivas de reflexión y, en general, fortalecer la gobernabilidad indígena en los territorios respectivos.

d. Debe restablecer los derechos territoriales de los pueblos indígenas y sanar el territorio física y espiritualmente. Se deberá realizar conforme a las tradiciones culturales y ancestrales de cada pueblo, según lo definan las autoridades tradicionales.

e. Las indemnizaciones serán preferentemente colectivas y estarán integradas a los Planes Integrales de Reparaciones Colectivas para Pueblos y Comunidades Indígenas, PIRPCI. El art. 109 establece la creación de fondos administrados por las autoridades indígenas y estarán orientados al fortale-

cimiento de los Planes de Vida orales o escritos de los pueblos. El Ministerio Público deberá acompañar a las comunidades o pueblos que sean organizativamente débiles.

- f. Respecto a indemnizaciones individuales, las autoridades indígenas correspondientes adoptarán medidas para evitar la desintegración social y cultural y para que sean complementarias con las indemnizaciones colectivas en el fortalecimiento del proyecto de vida comunitario.

Debe comprender medidas específicas de reparación según el daño causado por el hecho victimizante, en el marco de los usos, costumbres y cosmovisión de cada pueblo indígena.

La reparación integral para los pueblos indígenas debe ser transformadora. Debe superar los esquemas de discriminación y pobreza a los cuales estaban expuestos los pueblos indígenas y garantizar el respeto y garantía de todos sus derechos fundamentales (art. 28). Además, se establece que

“los pueblos indígenas tienen derecho a conocer y dar a conocer los sucesos, tensiones y presiones históricas que han conducido a la situación actual de vulnerabilidad, discriminación, exclusión y marginación, como también aquellos hechos que han fortalecido la resistencia y la importancia de los pueblos indígenas para toda la nación colombiana” (art. 121).

Las medidas de reparación deben ser siempre consultadas con las víctimas indígenas, individualmente o a través de sus autoridades.

## 4.2 Componentes de la reparación integral

Comprende medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

- 4.2.1 **Restitución:** la restitución de los derechos territoriales debe realizar medidas para el restablecimiento de la situación anterior a la ocurrencia de los hechos victimizantes; concretamente la restitución jurídica y

material de las tierras a las personas desplazadas y a quienes hayan sido desplazadas.

- 4.2.2 Indemnización:** es una medida de compensación económica individual y/o colectiva teniendo en cuenta el enfoque diferencial y lo establecido en el Decreto 4800 de 2011. En cuanto a los montos, se estableció la prioridad para las víctimas individuales de los pueblos indígenas.
- 4.2.3 Rehabilitación:** medidas de rehabilitación física, psicológica, social y cultural, estas medidas están orientadas a restablecer la autonomía individual y colectiva de las víctimas.
- 4.2.4 Satisfacción:** revelación de la verdad, búsqueda de personas desaparecidas, declaraciones de perdón, homenajes, traducción de casos emblemáticos y apoyo a mujeres víctimas de la violencia sexual, entre otras.
- 4.2.5 Garantías de no repetición:** prevenir y sancionar la discriminación, difusión de los derechos de los pueblos indígenas, proteger a autoridades y miembros de pueblos indígenas y diseñar mecanismos de reincorporación cultural y social de miembros de la comunidad que hayan sido vinculados al conflicto todo concertado con los pueblos afectados.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El país ha vivido un conflicto interno, que aún no termina y que ha causado 7.640.180 víctimas que se han inscrito en el Registro Único de Víctimas al mes de febrero de 2016.

Los derechos de los pueblos indígenas fueron reconocidos en 1991. Después de cinco siglos de etnocidios sobre las culturas ancestrales, el Estado a partir de los años sesenta, bajo la presión internacional y la resistencia interna, accede a su reconocimiento formal, pero los pueblos continúan viviendo el proceso de destrucción física y cultural.

El conflicto armado interno causó un desplazamiento interno masivo que produjo graves afectaciones a los pueblos indígenas.

El Estado social de derecho fue desbordado por los hechos de la confrontación conduciendo a la Corte Constitucional a decretar el estado de cosas inconstitucional.

Los pueblos indígenas han sido inmensamente afectados por el conflicto interno agravando la condición de abandono consuetudinario del Estado.

En términos de reparación a estos pueblos, es necesario ser conscientes de que solo se conoce parcialmente la verdad de lo ocurrido en los territorios indígenas, en el desarrollo del conflicto armado interno y, por ende, se debe insistir en que los actores del conflicto digan toda la verdad.

La respuesta del Estado ha sido lenta y formal, se cuenta con instrumentos jurídicos apropiados, pero no se cuenta con una voluntad política real para su ejecución.

Los operadores judiciales desconocen la legislación indígena y los estándares internacionales de reparación para los pueblos indígenas.

Existen graves prejuicios con los pueblos indígenas.

El marco teórico para la reparación integral en Colombia a los pueblos indígenas, víctimas del conflicto armado interno, es muy reciente. La teoría está aún muy lejos de ser implementada.

Los estándares internacionales de reparación deben ser respetados.

La reparación integral con enfoque diferencial étnico es el camino a seguir.

La reparación integral con un enfoque diferencial étnico, es fundamental en un Estado social de derecho, priorizando la recuperación y el restablecimiento de los territorios indígenas para, de esta forma, restablecer la autonomía individual y colectiva de las víctimas pertenecientes a estos pueblos.

Los representantes de víctimas están llamados a exigir la reparación integral conforme al marco jurídico nacional e internacional que hemos presentado en este análisis.

Los pueblos indígenas deben ser consultados en cada situación antes de proceder a repararlos para concertar con ellos la reparación más apropiada.

## BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de Colombia.
- Convenio 169 de la OIT.
- Esteva Fabregat, Claudio y otros. *Pueblos indígenas y derechos étnicos*, VII Jornadas Lascasianas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- Ley 21 de 1991.
- Ley 975 de 2002.
- Ley 1448 de 2011.
- Declaración de los Pueblos Indígenas Naciones Unidas.
- Decreto Ley 4633 de 2011.
- Decreto 4800 de 2011.
- Departamento Nacional de Estadísticas. *Colombia: una nación multicultural. Su diversidad étnica*, 2006.
- DNP. *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio*, 2006.
- Mares, Carlos Federico y otros. *Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina*, Bogotá, Disloque Editores, 1996.
- Muyuy Jacanamijoy, Gabriel y otros. *Taller de evaluación: Convenio 169 de la OIT*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2001.
- Pineda, Roberto. “Estado y pueblos indígenas en el siglo XX. La política indigenista entre 1886 y 1991”, *Credencial Historia*, edición 146, febrero de 2002.
- Protocolo II de Ginebra.
- Quintana, Juan José *Derecho internacional público contemporáneo*,



- Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 2001.
- Semper, Frank. “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006.
- Virally, Michel y otros. *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

## 1. Providencias

### a) Consejo de Estado

- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia S-673 del 4 de marzo de 1997, Consejero Ponente Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.
- Sección Primera. Sentencia 1999-5091 del 20 de mayo de 1999, Consejero Ponente Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

### b) Corte Constitucional

- Sentencia C-405 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia C-058 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-342 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia T-384 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-191 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-400 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-254 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

- Sentencia C-582 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-169 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

**c) Corte Suprema de Justicia**

- Sala de Casación Laboral. Providencia del 16 de mayo de 2001, radicación No. 6620, M.P. Fernando Vásquez Botero.

**ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE  
REPARACIÓN ECONÓMICA A VÍCTIMAS.  
UN ANÁLISIS A PARTIR DEL PRIMER FALLO  
PROFERIDO EN CONTRA DEL POSTULADO EDGAR  
IGNACIO FIERRO FLÓREZ**

**José Antonio Barreto Medina**

**Carmelo Vergara Niño**

**Hugo Torres Cortés**

**Juan Arturo Ángel Beltrán**

**Leonardo Vega Guerrero**

**Diana Marcela Uribe Mejía**

**Resumen:**

Uno de los objetivos fundamentales dentro de los procesos de justicia transicional, es que las víctimas sean reparadas integralmente para lograr una paz efectiva y duradera. Las medidas indemnizatorias se señalan en los fallos condenatorios de los postulados y para su cumplimiento son remitidos a la Unidad Especial de Reparación de Víctimas, quien se encarga de realizar el pago de las medidas pecuniarias. En el tratamiento que le han dado a las víctimas los operadores jurídicos encargados de decidir, se evidencia una desigualdad latente y esta se refleja en la forma como la Unidad de Víctimas le ha dado cumplimiento a las sentencias que le han sido remitidas, re victimizando a esta población vulnerable, llevándolos a acudir a mecanismos diversos para lograr una reparación integral, que responda con los estándares internacionales de los procesos de justicia transicional. Se evidencia un avance garantista con los derechos a las víctimas con las decisiones que ha tomado la Corte Constitucional al declarar la inconstitucionalidad de las normas que limitaban la reparación de las víctimas

y mantener el espíritu de la Ley 975 de 2005, en concordancia con la Constitución Nacional y los instrumentos de orden internacional.

### **Palabras claves:**

Reparación, daño, justicia transicional, estándares internacionales, derechos, fallo.

### **Abstract:**

One of the key objectives within the transitional justice process is that the victims are fully repaired to achieve an effective and lasting peace. The compensation measures are reflected in the convictions of the postulates and compliance are referred to the Special Victims Unit Repair, who is responsible for making the payment of monetary measures. The treatment you have given to victims legal operators adjudicators, a latent inequality is evident and this is reflected in how the Victims Unit has given effect to the judgments that have been sent, re victimizing this vulnerable population, leading them to attend various mechanisms to achieve full compensation, responsive to international standards of transitional justice processes. Based guarantees in advance the rights of victims with decisions taken by the Constitutional Court to declare unconstitutional the rules that limited reparations to victims and keep the spirit of the law 975 of 2005, according to the Constitution is evident national and instruments of international order.

### **Key words:**

Repair, Damage, Transitional Justice, International Standards, Rights, Mistake.

## **INTRODUCCIÓN**

La elaboración del presente trabajo surgió por el interés que tiene el proceso de Justicia y Paz en Colombia, el cual desde el 2005 y con la expedición de la Ley 975 de 2005, se pensó que sería la solución al conflicto armado interno que ha sufrido el país. Este proceso, con algunas características de justicia transicional, nació con la Ley antes citada y su reglamentación, pero se ha ajustado por los

operadores jurídicos que en él actuamos, buscando el pronunciamiento de las altas cortes y poderlo acoplar en garantía de las víctimas.

Se iniciará realizando una síntesis del marco jurídico que cobija el proceso de Justicia y Paz, la cual dentro de sus finalidades esta la resarcir los daños producidos a las víctimas, mediante una reparación integral justa, aspecto este que con la expedición de la Ley 1592 de 2012, y en especial el inciso 4° del art. 23, se iba a cercenar dicha reparación integral, pero gracias al control constitucional que ejerce nuestra Corte se logró que mediante la Sentencia C- 180 de 2014, el mencionado artículo fuera declarado inexecutable y se ampliara la obligación que en materia de reparación tiene el Estado.

Esta decisión es un triunfo para los derechos de las víctimas, a quienes se les estaba limitando uno de los derechos importantes, y el arduo trabajo que tuvimos los representantes judiciales de víctimas de la Defensoría del Pueblo se vio compensado con una decisión garantista, propia de un Estado social y democrático de derecho que busca el fin del conflicto armado y la reconciliación nacional.

El reconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y a la garantía de no repetición, no ha sido fácil, sin embargo, a la luz de la Constitución de 1991, el desarrollo jurisprudencial adelantado por la Corte Constitucional, así como por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, permiten concluir la existencia de mayores garantías que contribuyen a su materialización. Y esa materialización de los derechos que tienen las víctimas se verá plasmada en las sentencias que profieran los jueces en sus fallos, a fin de que lo contenido en los mismos no sea letra muerta.

Por lo anterior, desde nuestro rol de representantes de víctimas, se analiza si lo contenido en materia de indemnización económica, en el fallo del 7 de diciembre de 2011, proferida por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, el cual fue confirmado parcialmente por parte de la Corte Suprema de Justicia en el fallo del 6 de junio de 2012, en contra del postulado Edgar Ignacio Fierro Flórez, conocido con el alias de Don Antonio, ha sido materializado. Para lo cual se analizarán los montos que hasta el día de hoy a cancelado la Unidad para la Reparación de las Víctimas, y de esta manera

establecer si como consecuencia de ese pago se han cumplido los estándares internacionales en materia de reparación económica a las víctimas.

Así mismo, se examinan los pronunciamientos que a nivel regional han realizado los organismos que velan por la protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Todo lo anterior se realizará dentro de un marco de investigación básica jurídica, descriptiva y exploratoria, donde se realiza un análisis de lo que se ha desarrollado sobre el derecho de reparación justa a las víctimas.

## 1. MARCO JURÍDICO EN MATERIA DE REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS

En Colombia el avance legislativo en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las víctimas ha tenido un desarrollo progresivo. Luego de incluir en el marco normativo nacional una serie de instrumentos internacionales que de una u otra forma propenden por el reconocimiento y la efectividad de los derechos de las víctimas, se da un paso importante con la expedición de la Ley 975 de 2005, así como sus decretos reglamentarios. Posteriormente se dio un gran paso de reconocimiento internacional con la sanción de la Ley 1448 de 2011, sancionada en el marco del conflicto armado. A la postre, el gobierno sancionó la Ley 1592 de 2012, que tal como se indicó adelantó algunas reformas con el fin de garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición.

Esta última normativa se ocupa de reformar aspectos sustanciales de la Ley de Justicia y Paz, con el objeto, además, de actualizarla de acuerdo con los principios y derechos que a nivel internacional son reconocidos a las víctimas.

La disposición en comento se refiere, entre otros, a la investigación y juzgamiento de los máximos responsables de acuerdo con la fijación de un patrón de macro-criminalidad y priorización de conductas a investigar: verificación de la entrega, ofrecimiento o denuncia total de los bienes adquiridos por parte del desmovilizado o del grupo armado, así como el proceso de extinción de dominio de los mismos -celeridad en trámite procesal y desarrollo de las audiencias-, se enuncia la prerrogativa al postulado de ser beneficiario de la terminación anti-

cipada del proceso, una vez acepte la responsabilidad y se regule la figura de la macro criminalidad, entre otros aspectos.

### **1.1. DEL TRATAMIENTO DADO A LAS VÍCTIMAS A PARTIR DE LOS FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

La Constitución Política de Colombia es un texto que dentro del derecho comparado se erige como uno de los instrumentos más garantistas en materia de enunciación de derechos y mecanismos para su protección, lo cual genera en un comienzo un clima favorable para hacer efectivos los derechos de las víctimas. Dentro de las instituciones creadas por la Constitución de 1991, se encuentra la Corte Constitucional, instituida con el objeto de ser guardián de la Constitución y garante de los derechos fundamentales, en especial de aquellos grupos poblacionales de especial protección, tales como las víctimas.

Observemos algunos puntos importantes que se encuentran en la Constitución, relacionados con el objeto de análisis. Los derechos de las víctimas se enuncian en el art. 250 de la Carta, de la siguiente manera:

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas<sup>1</sup>.

Es claro como a la Fiscalía General de la Nación se le encomienda la labor de velar por la protección de las víctimas, mediante la garantía del acceso a la justicia y la materialización del derecho a la verdad y reparación. Así mismo, se encuentran los derechos de las víctimas estrechamente vinculados con el principio de dignidad humana y una serie de derechos fundamentales conexos. De acuerdo con lo preceptuado por el art. 93 constitucional, la víctima es sujeto de especial protección por las normas y jurisprudencia que hace parte del bloque de constitucionalidad, al respecto señala la Carta:

<sup>1</sup> Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250, Bogotá, Legis.

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia <sup>2</sup>.

La Corte Constitucional ha venido sentando precedentes acerca de los derechos de las víctimas en Colombia, exponiendo a continuación los pronunciamientos de mayor relevancia de esta Corporación que permiten identificar la línea jurisprudencial relacionada con el concepto de víctima, su participación en el proceso penal, sus derechos y garantías, entre otros.

En la Sentencia C-163 de 2000, la Corte indicó acerca de la participación de la víctima en el desarrollo del proceso penal:

“...juzga necesario reiterar lo expuesto en su jurisprudencia en el sentido según el cual existe el derecho de las víctimas para constituirse en parte civil, y las obligaciones del juez para pronunciarse sobre los perjuicios ocasionados por el delito, principios que no son más que el desarrollo constitucional de la Carta, especialmente de aquellos elementos rectores que gobiernan el proceso penal, en particular aquellos que ordenan a las autoridades penales, la protección de las víctimas, así como el restablecimiento pleno de los derechos que hayan resultado quebrantados por la actividad delictiva, y que a su vez, tienen asiento en los principios generales de protección y eficacia jurídica de los intereses tutelados por la Carta, que a su vez son una consecuencia de la atribución constitucional propia del legislador, de fijar las formas propias del juicio; además, la constitución de parte civil tiene pleno fundamento en valores constitucionales de singular importancia, ya que las autoridades estatales tienen la obligación de hacer efectivos los derechos y los deberes de las personas, protegerlas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> *Ibíd.*, art. 93.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-163 del 23 de febrero 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.



En la Sentencia C-228 de 2002, la Corte adelantó un importante estudio al diferenciar entre las acepciones de parte civil, perjudicado y víctima, precisando sobre esta última que:

Es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica que al igual del perjudicado también sufre un daño y que es la parte civil la institución jurídica diseñada para que tanto las víctimas como los perjudicados puedan participar como sujetos en el desarrollo del proceso penal<sup>4</sup>.

Estas decisiones evidencian que el derecho de las víctimas o de los perjudicados no se limita al reconocimiento económico de los perjuicios que se hayan ocasionado, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia, lo cual analizado con base en los presupuestos establecidos por el derecho internacional, desarrolla ampliamente la protección efectiva de los derechos de las víctimas.

La Sentencia C-578 de 2002, aprobó el estatuto de la Corte Penal Internacional, mediante la declaratoria de constitucionalidad de la Ley 742 de 2002, cuyo objeto consistió en la aprobación del estatuto en mención. En esta ocasión la Corte Constitucional hizo mención del diseño legal de mecanismos de justicia transicional y destacó la importancia del reconocimiento de la responsabilidad penal individual internacional por las graves infracciones a los derechos humanos, que con mayor profundidad se adelanta mediante el desarrollo de juicios por parte de la Corte Penal Internacional con base en la competencia que le ha sido otorgada por los Estados parte una vez ratificado el Estatuto de Roma.

Señaló, además, la importancia de la lucha contra la impunidad y la materialización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en relación con infracciones graves a los derechos humanos, indicando:

La Corte Penal Internacional ha sido creada por un estatuto que cuenta dentro de sus propósitos medulares evitar la impunidad de los detentadores transitorios de poder o de los protegidos por ellos, hasta la más alta jerarquía, y garantizar la efectividad de los derechos de las víctimas y perjudicados a conocer la verdad, a

4 Corte Constitucional. Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

obtener justicia y a recibir una reparación justa por los daños que dichas conductas les han ocasionado, a fin de que dichas conductas no se repitan en el futuro<sup>5</sup>.

En la Sentencia C-580 de 2002, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de la Ley 707 de 2001 por medio de la cual se aprobó la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, allí desarrolló la imprescriptibilidad de la acción penal en cuanto a las graves violaciones de derechos humanos, y reiteró el deber de garantizar a las víctimas el derecho a la justicia, el derecho a recibir una reparación por los daños y el juzgamiento efectivo de los responsables.

Siguiendo la interpretación adelantada por la Corte Constitucional, en Sentencia C-370 de 2006, reconoció el conflicto que surge a la hora de adelantarse un proceso de justicia transicional. Lo anterior, ya que confluye de un lado la consecución de la paz y la democracia y, por otro, los derechos de las víctimas, que imponen el deber al Estado de adelantar las investigaciones, juicios y castigos respecto a las vulneraciones de derechos que se presenten, así como que se materialice una reparación. Para solucionar el anterior planteamiento, la Corte indica que se debe recurrir al derecho internacional, el cual con fundamento en el respeto de los derechos humanos formula parámetros que se encargan de asegurar la vigencia de estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.

Dentro del análisis constitucional, se han determinado los tratados vinculantes para Colombia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, que orientan el marco jurídico en cuanto al cumplimiento de la obligación del Estado colombiano de investigar, enjuiciar y sancionar los atentados en contra de derechos humanos. Estos elementos, que a su vez conforman el bloque de constitucionalidad, permiten estructurar el concepto de víctima como aquella posibilidad de los familiares de las personas que han sufrido un daño de exigir la garantía de sus derechos ante la administración de justicia, una vez demostrado el daño real y concreto.

La Corte Constitucional ha definido el derecho a la verdad como “la posibilidad de conocer lo que sucedió y de buscar una coincidencia entre la verdad procesal

y la verdad real”, el derecho a la justicia “como aquel que en cada caso concreto proscribe la impunidad” y el derecho a la reparación, “como aquel que comprende obtener una compensación económica, pero que no se limita a ello sino que abarca medidas individuales y colectivas tendientes, en su conjunto, a restablecer la situación de las víctimas”.

Especial importancia tiene traer a colación los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006, en donde se hace un especial estudio del papel de las víctimas en el marco de la Ley de Justicia y Paz, al respecto indicó este Tribunal:

El Tribunal Constitucional hace mención al importante papel de las víctimas a lo largo del proceso penal especial adoptado por la Ley 975 de 2005, aplicable a desmovilizados de grupos al margen de la Ley, en el marco del proceso de Justicia y Paz, señalando que el legislador ha garantizado su participación en diligencias de versión libre y confesión, formulación de imputación y aceptación de cargos. Conclusión que resulta reforzada por la clara opción de la ley por un sistema procedimental marcadamente acusatorio que se desarrolla a través de audiencias a las que no se puede obstruir el acceso de las víctimas<sup>6</sup>.

Para concluir el razonamiento adelantado por la Corte Constitucional, en materia de derechos de las víctimas, es necesario hacer referencia a la Sentencia C-936 de 2010, en la cual se adelanta el análisis de constitucionalidad del numeral 17 y el párrafo 3° del art. 2 de la Ley 312 de 2009, en relación con el principio de oportunidad. En este evento la Corte adelanta un especial estudio acerca de los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, las obligaciones del Estado colombiano en cuanto al cumplimiento de los mismos en el marco de la justicia transicional y los derechos de las víctimas.

En lo referente a los derechos de las víctimas, la Corte sistematiza lo hasta aquí desarrollado por la jurisprudencia constitucional, con base en el art. 93 de la Carta Política en donde se integran, mediante el bloque de constitucionalidad, los instrumentos internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Al respecto señaló:

6 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. M. P. Manuel José Cepeda.

Las víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93). Por ello, los derechos de las víctimas trascienden el campo puramente patrimonial. Esta concepción de los derechos de las víctimas, a partir de los estándares internacionales, encuentra igualmente respaldo en varios principios y preceptos constitucionales: En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (art. 2° CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (art. 1° CP); (v) en el principio del Estado social de derecho que propugna por la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante en el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229), del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias<sup>7</sup>.

## 1.2 DEL TRATAMIENTO DADO A LAS VÍCTIMAS A PARTIR DE LOS FALLOS DE LA CIDH

La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es fuente de derecho internacional, por interpretar en sus fallos de manera estricta los derechos protegidos por la Convención Americana. Corolario a lo anterior, se hará referencia a algunas de las sentencias de la Corte Interamericana en las cuales se establecen parámetros de justicia, no repetición, verdad y reparación

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-936 del 23 de noviembre de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

de las víctimas de los graves atentados contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que entre los instrumentos internacionales más relevantes que reconocen los derechos de las víctimas a la reparación, a la verdad y a la justicia, se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos –art. 8–, la Declaración Americana de Derechos del Hombre –art. 23–, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder –arts.8 y 11–, el Informe Final sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra –art. 17–, el Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad o “principios Joinet” –arts. 2, 3, 4 y 37–, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), que extendió las normas de los refugiados a las situaciones de violencia generalizada y a los desplazados internos –parte III, párrafo 5–, la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas, y la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados de Naciones Unidas y su Protocolo Adicional (...). Dice la Corte Constitucional en la Sentencia C-715 de 2012:

“Especial relevancia reviste la Resolución 60/147 de Naciones Unidas, que consagró una serie de 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, y el numeral 1º del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que han reconocido que las víctimas de delitos en general, de graves violaciones de los derechos humanos y del desplazamiento forzado en especial, tienen el derecho fundamental a obtener una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido. Lo anterior, dado que el daño sufrido desencadenó una vulneración masiva y sistemática de sus derechos fundamentales, lo cual dio lugar a una situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta, a unas condiciones de desigualdad, a una situación de vulneración de sus derechos fundamentales y a la ausencia de condiciones mínimas de existencia, de donde se deriva la procedencia de la reparación del daño sufrido”.

A efecto se debe señalar que entre los fallos de la CIDH, se resaltan, entre otros:

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de enero de 1989, donde los puntos más relevantes fueron: i) La obligación de los Estados de prevenir, investigar, procesar y sancionar los atentados contra los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. ii) La obligación de los Estados de reparar a las víctimas de tales atrocidades. Indicó en esta oportunidad la Corte Interamericana el deber jurídico del Estado a prevenir, de forma razonable, la comisión de hechos que violen los derechos humanos y, en el evento de presentarse tales situaciones, el deber de investigar seriamente a los responsables, imponerles la correspondiente sanción y asegurar la reparación integral de las víctimas.

Dentro del marco de prevención, la jurisprudencia interamericana hace mención acerca de la obligación de adoptar medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural por parte de los Estados, con el objeto de promover la protección de los derechos humanos y asegurar las sanciones ante su eventual vulneración, así como el deber de indemnizar a las víctimas. Reitera la obligación del Estado de investigar “toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención”<sup>8</sup>.

La tarea de investigar a cargo del Estado, la caracteriza la jurisprudencia interamericana como una obligación de medio que no se cumple solo por la no obtención de un resultado satisfactorio y como un deber jurídico propio, donde la autoridad pública propenda por la búsqueda efectiva de la verdad.

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 14 de marzo de 2001 en el caso de Barrios Altos vs. Perú. Las temáticas abordadas en esta oportunidad se refieren a i) la inadmisibilidad de las leyes de amnistía; ii) disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y; iii) el derecho de los familiares al conocimien-

to de la verdad respecto de las violaciones de derechos humanos y el derecho a la reparación por los mismos atropellos.

En cuanto a la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía, prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas, la Corte Interamericana sustenta esta posición en el hecho de que contravienen derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 25 de noviembre de 2003. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala

Reviste especial interés la presente Sentencia, ya que en ella la Corte Interamericana, de un lado analiza el derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a un recurso judicial efectivo y, por otra parte, determina si el Estado ha o no vulnerado sus obligaciones internacionales como consecuencia de la actuación de sus órganos judiciales, lo que puede conllevar a que un tribunal internacional revise las decisiones inicialmente adoptadas para establecer si las mismas responden a estándares aceptables sobre garantías y protección judicial frente a violaciones de derechos humanos amparados por la Convención Americana.

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 15 de junio de 2005. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname

La temática planteada en esta jurisprudencia se refiere al deber de reparación que generan las graves violaciones de los derechos humanos. La obligación de reparar, surge como consecuencia de toda vulneración de las obligaciones internacionales que ocasionan un daño, tal como lo establece el art. 63.1 de la Convención Americana el cual señala que

“cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su

derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

## 2. DEL FALLO PROFERIDO EN CONTRA DE EDGAR IGNACIO FIERRO

El 7 de diciembre de 2011, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, profiere la sentencia en contra del postulado Edgar Ignacio Fierro Flórez, conocido con el alias de Don Antonio, el cual fue confirmado parcialmente por parte de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 6 de junio de 2012.

Dentro del fallo en mención, se reconoció un universo total de 893 víctimas indirectas, que conforme lo señala la Unidad Administrativa Especial para la Reparación de Víctimas, se encuentran discriminadas de la siguiente manera: “Homicidio en persona protegida: 705; Desplazamiento Forzado: 136; Exacción: 6; Desaparición Forzada: 30; Hurto: 1; Tentativa de homicidio: 15.” (Administrativa Especial para la Reparación de Víctimas, radicado 20154013503561).

Así mismo se indicó en la Sentencia de primera instancia:

**SÉPTIMO.- Condenar a Edgar Ignacio Fierro Flórez y Andrés Mauricio Torres León** y de manera solidaria a los demás integrantes del Bloque Norte, al pago de los daños y perjuicios materiales y morales, en los montos y condiciones establecidos en la parte motiva de la presente decisión<sup>9</sup>.

Se debe resaltar, que en el fallo en mención el Tribunal realiza en extenso una explicación sobre los estándares que en materia de reparación a las víctimas deben cumplirse dentro del trámite de un proceso de justicia transicional. En todo el recuento de la sentencia, se enuncian y acogen los instrumentos internacionales que ya fueron citados e igualmente la jurisprudencia desarrollada tanto por los tribunales nacionales, como por los instituidos a nivel internacional, ju-



risprudencia que igualmente se ha citado y razonado en los primeros apartes de este análisis.

En una lectura inicial de la Sentencia, se podría determinar que es una decisión garantista con los derechos de las víctimas del conflicto armado, como sujetos de especial protección por el bloque de constitucionalidad.

No obstante lo anterior, la realidad para las víctimas ha sido otra, ya que el ente encargado de realizar el pago de las medidas de reparación las está realizando con base en lo regulado en la Ley 1448 de 2011, es decir, reconociendo los montos máximos que establece esa Ley, colocando a las víctimas en una situación de revictimización secundaria, aya que por un lado, se puede argumentar que el presupuesto disponible para este tipo de reparación es insuficiente, al tener en cuenta que el esfuerzo fiscal es realizado en un alto porcentaje por parte del Estado colombiano, a través de la Unidad de Reparación de Víctimas y el por otro, tal y como lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la falta de recursos públicos, no puede ser tomada como una razón para el incumplimiento con los derechos de las víctimas.

### 3. LAS VÍCTIMAS FRENTE A LA UNIDAD DE REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS

Una vez en firme el fallo, el Tribunal debe remitir el expediente ante la Unidad Administrativa Especial de Reparación a las Víctimas, entidad encargada de materializar el pago, tal y como lo señala el número 8 del artículo 168 de la Ley 1448 de 2011 en concordancia con el numeral 20 del artículo 21 del Decreto 4802 de 2011 y la Ley 1592 de 2012.

La unidad profiere el 19 de diciembre de 2013 la Resolución 01433, mediante la cual se pronuncia sobre el pago a que tienen derechos las víctimas del postulado Edgar Ignacio Fierro Flórez.

En la resolución en comento, realiza la Unidad un recuento normativo acerca de la no entrega de bienes del postulado para reparar a las víctimas. Así mismo, refiere lo atinente a la responsabilidad subsidiaria del Estado frente a las condenas que se realizan en la jurisdicción de justicia y paz, haciendo énfasis en lo regulado por el artículo 10 de la Ley 1448 de 2011, el cual fue reglamentado por el

art. 149 del Decreto 4800 de 2011, donde se fijan los montos máximos a cancelar por vía de indemnización administrativa, lo cual no es más que las cifras que cancelara el Estado a las víctimas y donde se recoge, a modo de ejemplo, que en tratándose de un homicidio se cancelará la suma de 40 SMLV.

En igual sentido, la Unidad para la Reparación de las Víctimas ha proferido las resoluciones:

- » 1443 del 19 de diciembre de 2013.
- » 0004 del 20 de marzo de 2014.
- » 00282 del 23 de abril de 2014.
- » 448 del 22 de julio de 2014.
- » 0627 del 23 de septiembre de 2014.
- » 764 del 21 de noviembre de 2014.
- » 00793 del 01 de octubre de 2014, en donde además de los montos de dinero por concepto de indemnización judicial parcial, otorgados a algunas víctimas, se ordena también el pago de la indemnización judicial parcial a través de encargo fiduciario en cabeza de menores de edad de conformidad con lo establecido en el art. 185 de la Ley 1448 de 2011.
- » 00203 del 24 de marzo de 2015, mediante la cual en similares condiciones, con la resolución antes relacionada, se ordena el pago de indemnización judicial a través de un encargo fiduciario en cabeza de menores de edad.

Resoluciones señaladas en donde no se reconocen los montos señalados en la Sentencia proferida en contra del postulado Edgar Ignacio Fierro Flórez, sino los señalados en el art. 149 del Decreto 4800 de 2011, estando tal posición en contravía de lo determinado por un fallo de un juez de la república, frente a lo cual es inaudito que una resolución administrativa pretenda pasar por encima de una decisión judicial.

Visto lo anterior, no cabe la menor duda que las víctimas deberán acudir ante organismos internacionales para lograr el pago efectivo de los montos señalados en la Sentencia y que serán en últimas los colombianos del común y quienes pagan impuestos, los que deberán cancelar las condenas que se profieran en contra de los paramilitares que se acogieron a la Ley de Justicia y Paz.

Aspecto que puede concluirse de lo señalado por parte de la Corte Constitucional:

Es obligación del Estado asumir el pago de la indemnización a las víctimas del conflicto armado hasta alcanzar el monto determinado por la Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente, partiendo de la premisa que en ningún caso es posible que por acto administrativo se desconozca o modifique la condena judicial al pago de la indemnización, ni mucho menos se sustraiga del cumplimiento de la misma a cualquiera de los obligados, quienes tienen el deber de cumplirla en las condiciones fijadas por el funcionario judicial competente<sup>10</sup>.

A pesar del esfuerzo institucional y personal que se ha realizado por todos quienes intervenimos en el proceso reglado por la Ley 975 de 2005, la lucha por los derechos de las víctimas ha sido una constante, hasta lograr moldear el sistema normativo a los postulados de la Constitución Política que en distintas oportunidades se ha visto truncado. Lamentable resulta que organismos del Estado, como es el caso de la Unidad Administrativa Especial de Reparación de Víctimas, enfilen sus actuaciones hacia el detrimento de los derechos y garantías de quienes sufrieron directamente las atrocidades del conflicto armado y a través de medios no legítimos, con cierto amparo de la Ley, menoscaben y re victimicen a quienes sufren las oscuras consecuencias de la guerra.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 2014. M.P. Alberto Rojas, p. 70.

## 4 CONCLUSIONES

1. Los instrumentos internacionales y la jurisprudencia que sus organismos han desarrollado, ha evolucionado y actualmente es rica en derechos y garantías de aquellos que han sufrido injustamente las violaciones de sus derechos dentro de un conflicto armado.
2. Igualmente los tribunales nacionales, especialmente la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, han acogido a través de la figura del bloque de constitucionalidad, los mandatos de las normas internacionales y el desarrollo jurisprudencial dado a las violaciones de derechos humanos, con la finalidad de ser aplicados en el derecho interno.
3. Uno de los pilares de la Ley de Justicia y Paz, cual es el de la reparación económica, no se cumplió en el caso de las víctimas del postulado Edgar Ignacio Fierro Flórez, ya que la entidad encargada de realizar los pagos únicamente lo está realizando con los montos máximos que le señala el art. 149 del Decreto 4800 de 2011, reglamentario del art. 10 de la Ley 1448 de 2011.
4. La víctimas del caso en mención se van a ver abocadas a acudir ante organismos internacionales para lograr el pago efectivo de las sumas de dinero contempladas en la Sentencia, así como para poner de presente el incumplimiento por parte del Estado en sus obligaciones reparadoras.
5. El hecho de someter a las víctimas a otro engorroso trámite judicial o administrativo, bien sea a nivel interno o internacional, hace que se pierda la credibilidad y confianza sobre las instituciones estatales y en la normatividad del caso existente.
6. La Ley de Justicia y Paz, nunca se creó con la finalidad de redignificar a las víctimas sino de favorecer a los paramilitares.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá, Legis, 1991.

### LEYES

Ley 975 de 2005, julio 25. “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”. *Diario Oficial*, No. 45.980.

Ley 1448 de 2011.

Ley 1592 de 2012.

### JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Corte Constitucional. Sentencia C-163 del 23 de febrero de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-178 del 12 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [En línea]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-178\\_2002.htm](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-178_2002.htm).

Corte Constitucional. Sentencia C- 228 del 3 de abril de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Eduardo Montealegre Lynett. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-228-02.htm>.

Corte Constitucional. Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-578-02.htm>.

Corte Constitucional. Sentencia C- 580 del 31 de julio de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. [En línea]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc\\_sc\\_nf/2002/c-580\\_2002.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2002/c-580_2002.html).

Corte Constitucional. Sentencia C-004 del 20 de enero de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia C-004 del 20 de enero de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-004-03.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-148 del 22 de febrero de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-473 del 10 de mayo de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C -979 del 26 de septiembre de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [En línea]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=18276>.

Corte Constitucional. Sentencia C -1154 del 15 de noviembre de 2005. M.P. Manuel José Cépeda Espinosa. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-1154-05.htm>.

Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-454 del 7 de junio de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-454-06.htm>.

Corte Constitucional. Sentencia C-936 del 23 de noviembre de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-936-10.htm>.

Corte Constitucional. Sentencia C-250 del 28 de marzo de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-290/2012.

Corte Constitucional. Sentencia C-715 del 13 de septiembre de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Segunda Instancia 34547. Acta No. 139. M.P. María del Rosario González de Lemus. 27 de abril de 2011.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. IV. “La seguridad ciudadana y los derechos humanos”. [En línea]. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/seguridad/seguridaddiv.sp.htm>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asunto “Blake vs. Guatemala”. Sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C, núm. 36.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asunto de la Masacre de la Rochela vs. Colombia. Sentencia del 11 de mayo de 2007 (Fondo, reparaciones y costas).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001. [En línea]. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Sentencia del 15 de junio de 2005. [En línea]. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_124\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia del 15 septiembre de 2005. [En línea]. Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/Espan/Srios10-2-03.html>  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_134\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Sentencia del 20 de enero de 1989. [En línea]. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_05\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Sentencia del 26 de mayo de 2010 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. [En línea]. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Sentencia del 4 de julio de 2007. [En línea]. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_166\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 17 de agosto de 1990, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 10 de septiembre de 1993, Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, entre otras.

Sala de Justicia y Paz de Bogotá. Sentencia del 7 de diciembre de 2011. Caso Edgar Ignacio Fierro Radicado 110016000 253-2006 81366. M.P. Lester María González.



# VINCULATORIEDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: INTEGRACIÓN NORMATIVA Y ANÁLISIS DE COMPETENCIA SOBRE CASOS DE CONFLICTO ARMADO INTERNO

*“Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el sentido en que lo era el legislador en el siglo pasado. Son más exactamente garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”.*

Manuel Aragón Reyes<sup>1</sup>

Johanna Giraldo Gómez<sup>2</sup>

## Resumen

En desarrollo de sus competencias convencionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete por vía de autoridad del Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos), y en ejercicio del control de convencionalidad concentrado, ha resuelto casos de violaciones de DDHH con ocasión del desarrollo de un conflicto armado no internacional, como podría ser eventualmente la revisión de un caso colombiano. Al efecto, es importante señalar algunas de las cuestiones principales sobre el alcance de su competencia en éste contexto, así como el margen de apreciación normativa

1 Aragón Reyes, Manuel. *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 46-47.

2 Abogada constitucionalista de la Universidad Libre de Colombia. Cofundadora del Observatorio de Derecho Constitucional de la misma universidad. Becaria de la Universidad de Pisa, Italia. Asesora de acciones constitucionales del Consultorio Jurídico de la Universidad del Sinú-Ext. Bogotá, Investigadora y columnista. Contacto: johannagiraldog@gmail.com

de que dispone para dictar las eventuales sanciones y/o recomendaciones a los Estados parte.

### **Abstract**

The Inter-American Court of Human Rights, acting under the authority of the Pact of San José, Costa Rica (American Convention on Human Rights), in the exercise of the concentrated control of convention, has resolved cases of violations of Human Rights on the occasion of the development of a non-international armed conflict, as could possibly be the review of a Colombian case. To this end, it is important to note some of the main issues regarding the scope of its competence in this context, as well as the margin of normative appreciation available to it to dictate any sanctions and / or recommendations to the States parties.

### **Palabras Claves**

CorteIDH, Convención Americana, Estado, Derechos Humanos, Conflicto Armado No Internacional, Competencia, Normatividad Aplicable.

### **Key Words**

American Court of Human Rights, State, Human Rights, Non-International Armed Conflict, Jurisdiction, Applicable Rules.

## **1. INTRODUCCIÓN**

El control de convencionalidad concentrado que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, tratado en su jurisprudencia bien sea de forma implícita o explícita, tiene su origen en sentencias como Lacayo vs. Nicaragua, Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Myrna Chang vs. Guatemala, Almonacid Arellano vs. Chile, entre otros. Dicho control es el resultado del cumplimiento de la función principal que fue otorgada por la Convención Americana mediante su art. 62, a la CIDH. Es un control de carácter complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos.

Dicha obligación de respeto y garantía se extiende en virtud del carácter preferente a todas las autoridades nacionales de los Estados partes de la Convención, que deben aplicarla ineludiblemente, aun cuando como consecuencia no se aplique la normatividad interna, inclusive cuando se trata de disposiciones constitucionales, como bien quedó expresado en la Sentencia de Fondo del caso *La última tentación de Cristo*.

Dentro de las modalidades del control de convencionalidad, a saber: (i) concentrado –que realiza la CIDH– y (ii) difuso, a cargo de los jueces de cualquier jurisdicción en sede interna; se tiene como principal fuente la jurisprudencia interamericana que ha establecido que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus respectivas competencias”, tal y como se expresó en el caso *Almonacid Arellano; cuya consolidación se presenta en casos como Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil y Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

El referido examen de compatibilidad debe realizarse sobre todos los actos bien sean administrativos o jurisdiccionales, o la normatividad interna, utilizando, *prima facie* como parámetro, la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la CIDH, que es el órgano por vía de autoridad encargado de interpretar definitivamente dichas disposiciones en los casos contenciosos de su conocimiento.

En ese orden, surge una gran cuestión en el reciente caso sobre la *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, donde, en la resolución de las excepciones preliminares propuestas por el Estado relativas a la falta de agotamiento de recursos internos y falta de competencia *ratione materiae* donde este consideró que los alegados derechos a la vida, integridad personal, propiedad privada y la circulación y residencia, por tratarse de temas “atinentes a la presunta violación de normas del Derecho Internacional Humanitario”, no debían ser de conocimiento de la Corte, pues, en su sentir, su competencia es taxativamente delimitada en la CADH, que la limita, a su vez, a la presunta violación de sus normas por los hechos denunciados.

En igual sentido, planteó el Estado que de forma subsidiaria, en caso de no prosperar la excepción en relación con la competencia en razón a la materia, se admitiera “de forma parcial”, en el sentido de que la sentencia de fondo, reparaciones y costas no produjo ningún pronunciamiento ni condena en relación con la violación de cláusulas del DIH, sino únicamente en concordancia con las disposiciones de la Convención.

## 2. Casos contenciosos en el marco de un conflicto armado no internacional (CANI)

*“Los órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pueden y deben, en el contexto de casos concretos de violaciones de derechos humanos, determinar la compatibilidad o no con la Convención Americana de cualquier acto u omisión por parte de cualquier poder u órgano o agente del Estado, inclusive leyes nacionales y sentencias de tribunales nacionales”.*

*Manuel Ventura Robles, juez de la CIDH.*

En desarrollo del contenido y procedencia de las excepciones preliminares que pueden invocar los Estados parte en la Convención Americana, la Corte se ha pronunciado de la siguiente manera.

### 2.1 Excepción preliminar de falta de agotamiento de internos

Dispone el art. 46.1. lit. a de la CADH que para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión (arts. 44 y 45), es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.

La Corte establece que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés y beneficio del Estado, toda vez que busca excusarlo de responder internacionalmente ante un órgano por actuaciones u omisiones imputables a él, antes de haber ejercitado los mecanismos administrativos y judiciales pertinentes, de acuerdo con la naturaleza de cada caso, en sede interna. En palabras de la Corte, “lo anterior significa que no solo deben existir formal-

mente esos recursos, sino que también deben ser adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención<sup>3</sup>.

Sobre la oportunidad procesal para alegar la referida excepción, se tiene que es durante la admisibilidad del procedimiento ante la Comisión. Por lo tanto, una objeción al ejercicio de la jurisdicción de la Corte basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos, debe comprender el estudio sobre la pertinencia y eficacia de la jurisdicción competente; puesto que, como es común por lo menos en los casos contenciosos en los que es parte Colombia, se argumenta que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuya cabeza es el Consejo de Estado, es idónea para reparar a las víctimas. Por ende, aunque la Corte estudia las reparaciones en sede interna para determinar las que se realizan en su sede, pone de manifiesto la insuficiencia y limitación de la declaración de responsabilidades en sede interna, por cuanto la reparación se concentra exclusivamente en medidas pecuniarias, lo cual implica insuficiencia, pues no se incluyen todos los elementos estructurales de la reparación integral debida.

Cabe resaltar que la Corte también ha desestimado dicha excepción, con fundamento en la tardía resolución de los recursos y peticiones en sede administrativa y judicial de cada Estado miembro, por cuanto la demora se equipara a una denegación de justicia, y es contraria al “plazo razonable” que desde la propia CADH se obliga a cumplir a los Estados.

## 2.2 Excepción preliminar de falta de competencia *Ratione Temporis*

Para determinar el alcance de su propia competencia, la Corte analiza exclusivamente *el principio de irretroactividad de los tratados* establecido en el derecho internacional general y consuetudinario; contenido especialmente en el art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que establece la imposibilidad de extender vinculatoriedad de las disposiciones de un tratado respecto de algún “acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo). Rafael Nieto Navia, Presidente, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de Fondo, pp. 35 y ss.

que en esa fecha haya dejado de existir”, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

Por consiguiente, la Corte no puede ejercer su competencia contenciosa para aplicar la CADH (o cualquier otro instrumento que vincule al Estado parte y se alegue como violado en relación con el Pacto de San José) y declarar una violación a sus normas “cuando los hechos alegados o la conducta del Estado demandado que pudiera implicar responsabilidad internacional son anteriores al reconocimiento de dicha competencia”<sup>4</sup>. Así, la Corte es competente, contrario sensu, sobre las alegadas violaciones ocurridas con posterioridad al reconocimiento de competencia por parte del Estado, mediante la adopción del específico instrumento (CADH); o que a la fecha continúe su ejecución.

### 2.3 Excepción preliminar de falta de competencia *Ratione Materiae*

En la Sentencia *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, la CIDH determinó que “la Convención es un tratado internacional según el cual los Estados partes se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción y que el Tribunal es **competente para decidir si cualquier acto u omisión estatal, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana**. Además, en esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo y toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a ese examen de compatibilidad”.

Recuerda la Corte que en numerosos casos ha pronunciado sentencias de fondo en el marco de su competencia, con ocasión de vulneraciones a los derechos humanos ocurridas en el desarrollo de conflictos armados no internacionales; puesto que la CADH no establece limitaciones en ese sentido.

Es por lo anterior que resulta la cuestión sobre la aplicabilidad de las normas del derecho internacional humanitario como parámetro de interpretación de las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la CADH. Es decir, se trata de determinar la posibilidad de utilizar los mecanismos propios del DIH

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas). Antônio A. Cançado Trindade, Presidente. Caso Cantos vs. Argentina. Sentencia de Fondo, pp. 45 y ss.

para determinar el alcance y contenido de derechos y deberes de los Estados, cuyo examen de compatibilidad bien puede ser realizado, como ya se explicó, por parte de los jueces internos y la CIDH.

La CIDH dejó abierta la posibilidad en el referido caso toda vez que, como se evidencia en la sentencia de fondo condenatoria para Colombia, se interpretaron normas consuetudinarias del DIH y sus respectivos principios, como el de distinción, proporcionalidad y precaución, en el marco de las obligaciones del Estado estipuladas en la CADH. Se trata de la complementariedad de sistemas que, aunque diversos, no son opuestos, toda vez que se trata de brindar una garantía reforzada de protección a las personas en el marco de un conflicto armado no internacional, pues la vigencia de los derechos y su protección no deben ser disminuidas en virtud a la interpretación restrictiva de las propias normas de la Convención.

En el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, el Estado solicitó que se declarara inadmisibile la demanda en razón a la falta de competencia de la Corte para conocer sobre el alegado incumplimiento de la obligación de investigar establecida en la Convención contra la Tortura, en relación con los arts. 33 y 62 de la CADH, que expresamente limitan la competencia de la Corte a su interpretación y/o aplicación.

En ese sentido, el Estado alegó que la adopción de la CADH por parte del Estado y el consecuente reconocimiento de competencia de la Corte Interamericana, no puede interpretarse extensivamente en el sentido de que, hecho tal reconocimiento, también se aceptaría la abrogación de competencia sobre otros instrumentos internacionales de protección que no se encuentran enunciados en el citado Pacto de San José. Por lo tanto, el Estado concluye que la aplicación e interpretación de la Convención contra la Tortura en la sentencia, es contraria al “principio de consentimiento”.

Resolvió la Corte que, si bien el art. 8 de la Convención contra la Tortura<sup>5</sup> no menciona explícitamente a la Corte Interamericana, este Tribunal se ha referido a su propia competencia para interpretar y aplicar dicha Convención, con base

5 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el art. 27. La disposición establece en relación con la competencia para aplicarla que “una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que este prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado”, al que se atribuye la violación de dicho Tratado.

en un criterio de interpretación complementario, como son los trabajos preparatorios, ante la posible ambigüedad de la disposición (*Caso González y otras vs. México*).

En igual sentido, en el *Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, “el Tribunal se refirió a la razón histórica de dicho artículo, esto es, que al momento de redactar la Convención contra la Tortura todavía existían algunos países miembros de la Organización de los Estados Americanos que no eran Partes en la CADH, e indicó que con una cláusula general de competencia, se abrió la posibilidad de que ratifiquen o se adhieran a la Convención contra la Tortura el mayor número de Estados”.

Por lo tanto, bajo este criterio, la competencia para conocer de algunos tratados internacionales se atribuye a órganos internacionales diversos; bien sea en tratándose de una comisión, un comité o un tribunal existente o futuro, por lo que la Corte encontró ajustada la propia para conocer por los casos de violación a dicho instrumento con base en el art. 29 sobre el principio de integralidad, que establece un marco más amplio y favorable para la protección de derechos humanos, que en últimas es el fundamento de la existencia de tribunales internacionales de protección.

### **3. Control de convencionalidad a las leyes de amnistía o indulto bajo la Convención Americana (CADH)**

*“Así como no es viable ni jurídica ni políticamente un proceso de paz que arrase los derechos de las víctimas, tampoco es viable jurídicamente una conceptualización de los derechos de las víctimas que imposibilite un proceso de paz; pues no solo la paz es el presupuesto del goce de los derechos humanos sino que en nuestro ordenamiento jurídico, la paz, es un derecho de obligatorio cumplimiento”.*

Rodrigo Uprimny

En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte determinó que existen ciertos crímenes de suprema gravedad, respecto de los cuales el derecho internacional establece obligaciones imperativas de investigación, persecución, juzgamiento



y eventual sanción; que tales crímenes no prescriben ni pueden ser objeto de amnistías u otras medidas legales que impidan que se cumplan tales obligaciones, que los estados no pueden ampararse en normas de derecho interno para eludir el cumplimiento de esas obligaciones y que, además, existe un ineludible internacional de cooperación entre los Estados, en especial, los miembros de la CADH, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y el impostergable respeto de los derechos humanos.

El desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad, que cita la Corte que se produjo en los inicios del siglo pasado, “en el preámbulo del Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (Convenio núm. IV) las potencias contratantes establecieron que las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”. Asimismo, refiere el Tribunal, que el término “crímenes contra la humanidad y la civilización” fue usado por los gobiernos de Francia, Reino Unido y Rusia el 28 de mayo de 1915 para denunciar la masacre de armenios en Turquía.

Lo anterior, para contextualizar el origen y contenido de las expresiones “crimen de lesa humanidad”, empleando además como elemento conceptual determinante, el reconocimiento que el Estatuto de Núremberg hace de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad.

En dicho Estatuto, se relacionaron los elementos estructurantes de la naturaleza de estos crímenes, por lo que la Corte los adopta para el caso concreto, estableciendo que tienen vigencia al momento de la muerte del señor Almonacid, con excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra.

Así, la Corte determina que los crímenes contra la humanidad “incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. De lo anterior se concluye que es suficiente que se ejecute un solo ilícito dentro del contexto

referido para que se tipifique un delito de esta naturaleza como de lesa humanidad.

En ese sentido, cita la Corte<sup>6</sup> el pronunciamiento del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, que consideró que “un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable”. Elementos que, para el caso concreto de la muerte del señor Almonacid Arellano, encuentra la Corte que estaban ya configurados.

Este caso es relevante en la jurisprudencia interamericana, y sirve como precedente no solo para futuros casos de la Corte, sino para los Estados parte de la CADH, toda vez que, la Corte como intérprete por vía de autoridad de este instrumento de protección, crea precedente vinculante no solo para ella misma, sino para las autoridades en sede interna.

### 3.1 Imposibilidad de amnistiar crímenes de lesa humanidad

Como fundamento de su competencia, *inter alia*, en materia de responsabilidad internacional del Estado por acción u omisión en el contexto de crímenes de lesa humanidad, reitera la Corte que según el *corpus iuris* del derecho internacional, un crimen de esta naturaleza es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos, y afecta a la humanidad toda.

En ese orden, establece la Corte que la obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el art. 1.1 de la CADH, que a su vez implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato estatal y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sergio García Ramírez, Presidente. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Sentencia de Fondo, pp. 56 y ss.

capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

De lo anterior, se desprende el contenido de la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de los Estados, que bajo este contexto no es otra que “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”<sup>7</sup>. Consecuentemente, si el aparato del Estado actúa u omite sus deberes de tal forma que la violación quede en la impunidad y no se restablezca en cuanto sea posible a la víctima en la plenitud de sus derechos, o se repare integralmente por las violaciones cometidas en su perjuicio, se afirma categóricamente que se está frente al incumplimiento del deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos sin limitaciones desproporcionadas, a las personas sujetas a su jurisdicción.

Es importante que en sede interna se dé aplicación a los precedentes internacionales, en vista de la primacía de los derechos humanos y, por consiguiente, la vinculatoriedad de los instrumentos internacionales de protección ratificados por los Estados parte, y los que no lo son, mediante la integración normativa que realiza la Corte; por cuanto en contextos complejos de conflicto armado interno, como el que agobia a Colombia hace más de medio siglo, e inmersos en un proceso de paz, se tiene que las obligaciones son de imperativo cumplimiento y que, sea cual fuere el contenido de las negociaciones, no pueden menoscabar el derecho de las víctimas a saber la verdad, obtener justicia y reparación en sus casos, así como a gozar de una necesaria garantía de no repetición. Por otro lado, el deber general de los Estados tampoco puede verse limitado, y los responsables de crímenes de lesa humanidad no pueden ser amnistiados ni indultados, de acuerdo con el precedente analizado.

#### 4. Conclusiones

Reforzando el precedente citado, en la Opinión Consultiva 16/99 solicitada por México, estableció la Corte que: “El *corpus juris* del derecho internacional de los

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sergio García Ramírez, Presidente. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia de Fondo, pp. 35-55.

derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”.

Es por esto que, aunque “la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia”, si los actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección, como los Convenios de Ginebra de 1949 (DIH), también deben ser utilizados como parámetro de interpretación, como bien se sostuvo en la sentencia del caso *Las Palmeras vs. Colombia*, donde se utilizó especialmente el art. 3º común.

Así, cuando se trate de aplicar el control de convencionalidad en cualquiera de sus modalidades, habrá que analizar el conjunto normativo internacional – tanto del DIDH como el DIH– que vincule al respectivo Estado miembro de la CADH, en vista de la complementariedad de sistemas y la primacía de los derechos humanos.

## 5. Bibliografía

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 28 de noviembre de 2002. (Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Cantos vs. Argentina*. Antônio A. Cançado Trindade, Presidente. Sentencia de Fondo, pp. 45 y ss.
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Rafael Nieto Navia, Presidente. Sentencia de Fondo, pp. 35 y ss.
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y

- Costas). *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Sergio García Ramírez, Presidente. Sentencia de Fondo, pp. 56 y ss.
4. Echeverri Quintana, E. *Las causales del control de constitucionalidad*, Pereira: Ed. Legis y Universidad Libre Seccional Pereira, 2014, pp. 34-120.
  5. Quinche Ramírez, M. *Derecho constitucional colombiano*, de la Carta de 1991 y sus reformas, Bogotá: Ed. Doctrina y Ley Ltda., 2010, pp. 582-669.
  6. Velandia Canosa, E. *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Ed. VC Editores Ltda. y Legis, 2014, pp. 591-759.



Defensoría  
del Pueblo

REVISTA DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA

la Defensa No. 17

# LA EXCLUSIÓN DE POSTULADOS Y SUS EFECTOS PARA LAS VÍCTIMAS DENTRO DEL MARCO DE JUSTICIA Y PAZ

143

La exclusión de postulados y sus efectos...

**Edilberto Carrero López**

**Jairo Alberto Moya Moya**

**Álvaro Maldonado Chaya**

**Marco Fidel Ostos Bustos**

## **Resumen:**

Al efectuar un análisis jurídico y conceptual de los diferentes trámites de exclusión de postulados que se han adelantado a la luz de la Ley 975 de 2005, modificado por la Ley 1592 de 2012, en especial cuando los mismos traen como resultado la expulsión de la jurisdicción de Justicia y Paz de miembros de grupos armados al margen de la ley que detentaban posiciones como jefes máximos, es posible concluir que esta circunstancia puede ser un elemento nocivo para la satisfacción de los derechos de las víctimas, en especial el derecho a una verdad real sobre los hechos que constituyen la génesis de las investigaciones dentro de dicha jurisdicción de justicia transicional. En consecuencia, se hace necesario analizar de qué manera los desmovilizados de los grupos paramilitares se encuentran cumpliendo con las obligaciones que adquirieron al momento de su postulación a los beneficios de la mencionada Ley de Justicia y Paz, y si el incumplimiento de dichas obligaciones afecta o no los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.

### **Palabras claves:**

Postulado, exclusión, víctimas del conflicto armado interno y el derecho a la verdad

### **Abstract:**

To make a legal and conceptual analysis of the different procedures of exclusion of postulates that had advanced in the light of the law 975 of 2005 amended by law 1592 of 2012.

especialmente cuando traen como resultado de la exclusión de la jurisdicción de justicia y paz de miembros de grupos armados fuera de la ley que ocuparon posiciones de líderes de grupos, es posible concluir que la circunstancia puede ser perjudicial para la satisfacción de los derechos de las víctimas, especialmente el derecho a la verdad sobre los hechos que forman la génesis de las investigaciones dentro de esa jurisdicción de justicia transicional. Por lo tanto, es necesario analizar cómo los grupos paramilitares desmovilizados están cumpliendo con las obligaciones adquiridas en el momento de su nominación a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, y si el incumplimiento de estas obligaciones afecta o no los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

### **Key words:**

Postulate, exclusion, the victims inside armed conflict and right to the truth.

## **INTRODUCCIÓN**

En cumplimiento de la vigilancia especial de los compromisos adquiridos por los postulados a la Ley de Justicia y Paz, la Fiscalía General de la Nación detectó algunas anomalías, presuntamente cometidas por parte del postulado Carlos Mario Jiménez Naranjo, máximo cabecilla del Bloque Central Bolívar de las AUC, razón por la cual solicitó ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá D.C. su exclusión del trámite de la jurisdicción transicional, concluyendo dicha solicitud con el fallo emitido por la mencionada Sala de Conocimiento el



pasado 2 de diciembre del 2014, que resolvió para Jiménez Naranjo precisamente su exclusión dentro del trámite prescrito en la Ley 975 de 2005.

Esta decisión judicial tomada en contra del postulado Carlos Mario Jiménez Naranjo indudablemente genera consecuencias para las víctimas, en especial en lo que tiene que ver con el principio de verdad, pues su conocimiento sobre los hechos delictivos cometidos por el grupo armado del que era jefe, permitiría de alguna manera esclarecer no solo hechos puntuales, sino ilustrar sobre las diferentes actividades que de manera sistemática desarrollaba el Bloque Central Bolívar para ejercer dominio económico, político y social en la zona geográfica de influencia.

## I. CONTEXTO

### 1. Marco Jurídico en materia de exclusión de los postulados dentro del trámite de Justicia y Paz

El texto original de la Ley 975 de 2005, no contemplaba, de manera expresa, causales de exclusión al trámite procesal de Justicia y paz. Con posterioridad, la Ley 1592 de 2012 en su art. 5° reguló esta situación; en consecuencia, estableció un procedimiento en el cual la Fiscalía General de la Nación, mediante solicitud debidamente motivada ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial respectivo, formula la petición de exclusión en el evento en que se presuma que los postulados incurran en cualquiera de las siguientes causales:

1. Cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso o incumpla los compromisos propios de la presente Ley.
2. Cuando se verifique que el postulado ha incumplido alguno de los requisitos de elegibilidad establecidos en la presente Ley.
3. Cuando se verifique que el postulado no haya entregado, ofrecido o denunciado bienes adquiridos por él o por el grupo armado organizado al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, de forma directa o por interpuesta persona.

4. Cuando ninguno de los hechos confesados por el postulado haya sido cometido durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley.
5. Cuando el postulado haya sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a su desmovilización, o cuando habiendo sido postulado estando privado de la libertad, se compruebe que ha delinquido desde el centro de reclusión.
6. Cuando el postulado incumpla las condiciones impuestas en la audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento de que trata el art. 18A de la presente Ley.

Es claro, entonces, que con estas causales de exclusión prescritas de manera taxativa en la ley se pretende, por parte de legislador, el respeto y acatamiento de los principios establecidos dentro del proceso transicional. Es palmario que al postulado de la Ley de Justicia y Paz, le corresponde cumplir con unas obligaciones legales y procesales adquiridas en el momento de su sometimiento voluntario a la ley, y no es posible considerar que el procesado reciba los beneficios prescritos en la norma transicional otorgados por el Estado de derecho en búsqueda de la paz y continúe adelantando actividades al margen de la ley, o no preste su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, circunstancias que eventualmente generarían su exclusión.

La decisión de exclusión del proceso de Justicia y Paz por el no cumplimiento de las obligaciones legales, las cuales se pueden encuadrar dentro de las causales taxativamente previstas por la norma, se puede presentar en cualquier etapa del proceso de justicia transicional, bien sea en la etapa de investigación que adelanta la Fiscalía General de la Nación o de juzgamiento ante los magistrados de control de garantías o de conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz competente, pero además podría aplicarse en la etapa de ejecución de la sentencia, siempre que se presente el respectivo incumplimiento. La principal consecuencia de la exclusión del trámite de Justicia y Paz para los postulados es la de pérdida del beneficio de la pena alternativa.

## 2. La exclusión del postulado Carlos Mario Jiménez Naranjo

El trámite de exclusión de este postulado es trascendental para el proceso de Justicia y Paz, por lo que representa en el contexto de la construcción de la verdad y de la memoria histórica, ya que detentaba el cargo de jefe máximo del Bloque Central Bolívar de las AUC, quizá el más grande en número de hombres e influencia en el territorio nacional, grupo al margen de la ley que atemorizó a la población civil y desencadenó delitos contra el derecho internacional humanitario y los derechos humanos, cometió infinidad de atropellos y desencadenó una situación de pobreza, desplazamientos forzados, homicidios, secuestros y torturas, entre otros.

El planteamiento esgrimido por la Fiscalía General de la Nación en su solicitud de exclusión fue motivado fáctica y probatoriamente en dos aspectos:

### **De la primera causal**

Numeral 3° del art. 11A de la Ley 975 de 2005.

“Cuando se verifique que el postulado no haya entregado, ofrecido o denunciado bienes adquiridos por él o por el grupo armado organizado al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, de forma directa o por interpuesta persona”.

Se plantea en esta causal que el postulado no hizo una entrega real de los bienes que adquirió el grupo, que solo entregó unos bienes inmuebles y semovientes, pero no todos los que poseía, aspecto que la Fiscalía buscó demostrar con pruebas documentales y testimoniales, las cuales, según su criterio, les llevó a concluir que el postulado había incumplido con este requisito previsto en la Ley de Justicia y Paz.

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, decidió en primera instancia que la Fiscalía General de la Nación no logró demostrar la existencia de dicha causal, razón por la cual se concluye en la decisión que por esta razón no es procedente la exclusión del postulado. Completamente de acuerdo con lo planteado por el Tribunal, ya que mal estaría por parte del Estado llegar a excluir a un postulado sin la existencia probatoria mínima que exige la ley, ya que con ello se estaría vulnerando el derecho a un debido proceso.

## De la segunda causal

Art. 5º. de la Ley 975 de 2005.

“Cuando el postulado haya sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a su desmovilización, o cuando habiendo sido postulado estando privado de la libertad, se compruebe que ha delinquido desde el centro de reclusión”.

En esta causal la Fiscalía demostró como el postulado aceptó una negociación con el gobierno de Estados Unidos de América, en la que, en forma real, consciente y sin ninguna presión aceptó él ser participe en el envío de estupefacientes a ese país entre los años 2005 a 2007, incurriendo así en esta causal de exclusión, en consecuencia, y por ser condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a su desmovilización, se considera que no cumplió su compromiso con el país y con las víctimas de no volver a delinquir.

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, resolvió por esta causal excluir del proceso de Justicia y Paz al postulado Carlos Mario Jiménez Naranjo.

## Posibles consecuencias para los derechos de las víctimas

Es curioso como estos acuerdos entre personas vinculadas a procesos penales terminan aceptando responsabilidades para obtener beneficios en sus condenas, esto también sucede en nuestro país, es por ello que, en el análisis de este proceso de Justicia y Paz, aunque que se vea en la aplicación rigurosa de la ley, se deben revisar las consecuencias que esto conllevaría respecto de nuestras víctimas.

Sobre este aspecto es bastante difícil tener claridad respecto de las consecuencias inmediatas y mediatas que tiene la exclusión del postulado Carlos Mario Jiménez Naranjo para las miles de víctimas que se encuentran acreditadas y han sido reconocidas por el Bloque Central Bolívar, a primera vista no se han generado consecuencias nocivas para las víctimas, puesto que el resto de comandantes continúan dentro del proceso de justicia transicional y tendrán que seguir apoyándolo, contribuyendo a la verdad y a la construcción de la me-

moria histórica, pero si analizamos la situación a futuro, muy seguramente van a quedar muchas víctimas por fuera del proceso y lo que es peor sin que puedan acceder a una reparación integral, pues si continúan las exclusiones de postulados se ocasionará un gran detrimento al proceso de Justicia y Paz. Como las víctimas del conflicto armado han sufrido mucho, más de lo que el común los colombianos conoce, como lo es el hecho de haber sufrido el dolor más inmenso de ver morir, en forma cruel e inhumana, a sus seres queridos y observar como el sistema judicial nos les ofrece unas garantías mínimas, porque con la exclusión de postulados se estaría perjudicando abiertamente el derecho a la verdad de las víctimas, por lo que consideramos este aspecto como uno de los pilares de la justicia transicional. Es indudable que con la ausencia de información de los postulados excluidos no será fácil determinar cuáles fueron las reales causas para que estos grupos al margen de la ley hayan tenido tanto poder político y económico en vastas regiones del país.

Nuestro proceso de Justicia y Paz puede, eventualmente, dejar a un lado los derechos a la justicia y a la reparación integral, pero no podemos renunciar al derecho a la verdad, puesto que es esta la que debemos conocer todos los colombianos y, por supuesto, las víctimas del conflicto armado, que cada vez ven más difícil los pilares de esta justicia transicional, que es implacable para unas cosas y negligente para otras. Es preciso que luchemos nosotros como representantes judiciales para que este derecho reconocido por el Bloque de Constitucionalidad sea aplicado, respetado y debe prevalecer por encima de normatividades o procedimientos ineficaces que solo buscan callar a los victimarios de la guerra.

Jurídicamente, dentro del contexto de la Ley 975 de 2005, la verdad es el derecho a conocer los hechos sucedidos y las circunstancias que movieron a los victimarios a la comisión de esos crímenes, cuya finalidad es preservar del olvido a la memoria colectiva y obtener un recurso judicial efectivo.

Este principio es el más importante dentro de este proceso de Justicia y Paz porque se refiere al hecho de que las víctimas tienen este derecho a “conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen

de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada”.

Se establece que tanto las víctimas como la sociedad entera, para que tengan el derecho real y efectivo de saber cuál fue la suerte que tuvieron sus familiares, amigos o ciudadanos colombianos que se han visto afectados por la violencia, deben exigir en términos reales la publicidad del mismo; pues desde nuestro ejercicio como defensores públicos hemos corroborado que esto es lo que piden a gritos nuestras víctimas, ya que teniendo en cuenta que ellas han sentido que lo único que les ha dejado este proceso es mentiras, porque en la mayoría de los casos los paramilitares manifiestan que la causa de muerte es por razones personales, han mentado en el proceso y estamos en la obligación de que digan la verdad, porque el problema no es solo la exclusión de un delincuente del proceso, sino seguir aceptando condenas parciales de postulados que no han dicho toda la verdad sobre el fenómeno de la violencia en Colombia.

En los diversos procesos hemos podido participar como representantes judiciales de las víctimas y la constante de los distintos postulados cuando se les pregunta sobre la muerte o desaparición de las personas dentro del territorio en donde ejercieron su “poder” y dominio, su respuesta no se sale de una justificación determinada, como es: eran auxiliares de la guerrilla, eran guerrilleros, eran viciosos, eran ladrones, eran prostitutas, eran homosexuales, etc. Evidenciándose que estos grupos al margen de la ley se dedicaron a realizar una presunta limpieza social, ya que al parecer todos los muertos y desaparecidos eran personas de mala reputación, juicio a priori que no es cierto, ya que la verdadera causa era no compartir sus ideales o, mejor aún, no colaborar con las actividades solicitadas.

Esto ha generado indignación por parte de las víctimas dentro del proceso, ya que en la mayoría de los casos, los muertos y desaparecidos eran hombres cabeza de hogar y sus hijos mayores, muchachos con retardo mental o simplemente jóvenes menores de edad que no querían entrar a formar parte de estos grupos al margen de la ley, muchas veces no los delincuentes que ellos mencionan; entonces será que se está cumpliendo con la verdad dentro de este proceso especial o simplemente, como nadie sabe ni se tiene prueba de nada, porque las

personas que investigaban las causas de la ocurrencia de las conductas punibles eran amenazadas y si persistían con sus averiguaciones, las asesinaban, a la sazón la verdad es la que determinen a su libre arbitrio estos señores que son llamados a responder en la Ley de Justicia y Paz.

Lo más delicado es que la Fiscalía General de la Nación, en innumerables procesos, no ha realizado una investigación mínima para corroborar lo declarado por los postulados, sino se ha limitado a estas declaraciones absurdas y que re victimizan a estas personas.

La Corte Constitucional al respecto ha dicho:

“El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (principios 1° a 4°) incorporan en este derecho las siguientes garantías: (i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de recordar; (iii) el derecho de las víctimas a saber”<sup>1</sup>.

El primero comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte.

1 Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que

“el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima” (Corte Constitucional. Sentencia C-454/06).

## II. CONCLUSIONES

Es fundamental sopesar el resultado de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, en relación con el cumplimiento de las obligaciones de los miembros de los grupos armados al margen de la ley que hacen parte, a título de postulados del trámite procesal especial descrito en la Ley 975 de 2005, así mismo, es fundamental determinar las posibles consecuencias que pueda traer para las víctimas en relación con el derecho a la verdad y la construcción de la memoria histórica, la exclusión de los comandantes de los grupos armados al margen de la ley. En últimas, la ausencia de información que suministra el comandante del grupo armado al margen de la ley a la justicia transicional puede traer graves consecuencias y vacíos, todo ello en detrimento a los intereses de las víctimas del conflicto armado interno.

Cabe preguntar si se ve afectado el derecho a la verdad y a la construcción de la memoria histórica dentro del trámite de Justicia y Paz cuando se excluye a uno de los principales comandantes desmovilizado perteneciente a uno de los grupos armados al margen de la ley.

El derecho a conocer la verdad de las víctimas, no solo se limita a saber qué pasó con su familiar desaparecido y cuáles fueron sus autores materiales e intelectuales, sino, y principalmente, a saber la verdad sobre las circunstancias que motivaron las graves violaciones de derechos humanos, a identificar a sus determinadores, financiadores, a los coparticipes de la fuerza pública y a los principales beneficiados.

El derecho a la verdad que tienen las víctimas y la sociedad entera, obliga al Estado a garantizar su ejecutoria real y completa.



La verdad como pilar del sistema de justicia y paz, no puede dejarse a un lado o simplemente decir que no tiene relevancia, ya que es primordial saber de primera mano de los victimarios porque causaron tanto daño a las diferentes comunidades donde ejercieron su actividad delictiva.

Es preciso determinar las causas y las consecuencias del actuar delictivo de los grupos paramilitares y es por ello que se debe tener en cuenta los orígenes de los mismos para conocer, su desarrollo y posicionamiento en el territorio nacional, es hay donde es importante la verdad histórica de estos grupos al margen de la ley.

Adicionalmente se observa como estos grupos tuvieron ayuda importante de las empresas públicas y privadas, nacionales e internacionales que de una manera primordial permitieron que se fortalecieran y cometieran tantos atropellos contra la población civil.

Finalmente, el derecho a la verdad se fundamenta en su función histórica, social y moral, en razón a que de su logro efectivo se garantizará que los hechos no tengan ocurrencia de repetición, consolidando la posibilidad del repudio social y la recuperación permanente de la memoria colectiva.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ley 975 de 2005
- Ley 1592 de 2012
- Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. 2014, 2 diciembre. Exclusión de postulado Carlos Mario Jiménez Naranjo, Radicado 20130009.



# LA VERDAD EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

155

La verdad en la justicia transicional...

**Patricia Alfonso Mondragón**

**Yanet Astrid Triana Santafé**

**Héctor Rodríguez Sarmiento**

*“El material más importante para la verdad es la memoria de los y las sobrevivientes. Romper públicamente el silencio implica hablar crudamente, estableciendo una verdad sin concesiones. Aunque la verdad sea insuficiente, es un aspecto esencial del proceso social político al implicar la validación del sufrimiento de las víctimas. Si este proceso no tiene lugar, las sociedades están condenadas a repetir el pasado y las víctimas a privatizar sus dolores”*

*Elizabeth Lira*

## **Resumen:**

El derecho a la verdad en la aplicación práctica del modelo de justicia transicional en Colombia ha perdido rigurosidad, se ha desnaturalizado en su sentido restaurativo, ha sufrido limitaciones, se ha flexibilizado, por aspectos como la incapacidad de respuesta de los operadores jurídicos de diverso orden; la falta de interés del Estado para que se conozca la verdad de manera real y objetiva en el marco de los distintos procesos que cursan y su participación en los actos que se juzgan.

En el ámbito del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, desarrollado en tratados ratificados por Colombia, se destaca la conexión intrínseca entre el derecho a la reparación, el derecho a la verdad y a la justicia; se ha señalado, en reiteradas oportunidades, que el

derecho de las víctimas a conocer lo que sucedió, a conocer los agentes de los hechos, a conocer la ubicación de los restos de sus familiares, así como también el derecho a la investigación de los respectivos hechos y a la sanción de los responsables, hace parte integral de la reparación de las víctimas y constituye un derecho que el Estado debe satisfacer a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad como un todo.

En Colombia, a través de la Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional, se desarrolló, de manera amplia, el derecho que les asiste a las víctimas de conocer la verdad respecto a lo acontecido en desarrollo del conflicto armado. Así mismo, se ha venido manejando lo que la jurisprudencia denominó la verdad flexible, definiendo que resulta satisfecho el derecho a la verdad, en su dimensión particular, al determinarse los móviles, los autores y las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cada uno de los hechos, eventos delictivos, y en su dimensión colectiva, en la medida que se conoció del contexto general y particular de las regiones en las que se perpetraron los acontecimientos, develando aspectos claves del desarrollo del conflicto armado colombiano.

La verdad plena y real no es posible, en términos de los conflictos armados, y es más lejana cuando la confrontación es con grupos armados irregulares, donde la guerra de guerrillas se hace en medio de confrontaciones sin precisión militar, sin conocimiento preciso de los hechos, sin la relación histórica de acontecimientos, sin precisar sobre los combatientes. Por ello la verdad plena de los hechos para miles de víctimas no es posible conocerla, porque no todos los miembros de grupos se han postulado o se han desmovilizado.

**Abstrac:**

The right to the truth in the practical application of the model of transitional justice in Colombia has been losing rigor, has been distorted in its restorative effect, has been limited, has been relaxed, aspects such as the inability to respond to the diverse legal operators order; the lack of interest of the state to the truth of real and objective within the framework of the different processes that occur way and participation in acts that are deemed to be known.

In the field of international humanitarian law, international human rights law, developed in treaties ratified by Colombia, the intrinsic connection between the right to reparation, the right to truth and justice stands; has repeatedly stated that the right of victims to know what happened, to know the agents of the facts, to know the location of the remains of their relatives, as well as the right to the investigation of the respective facts and the punishment of those responsible, is an integral part of the reparation for the victims and is a right that the State must satisfy the victims, their families and society as a whole.

In Colombia through ruling C-370 of 2006 of the Constitutional Court, was developed broadly the right they have to the victims to know the truth about what happened during an armed conflict. Also, it has been handling the case called the flexible truth, defining the right to truth in their particular dimension is satisfied, to determine mobile, authors and circumstances of manner, time and place of each Events criminal facts, and its colectica dimension, as it was known the general and particular context of the regions which perpetrated the events, revealing key aspects of the development of the Colombian armed conflict.

Full and real truth is not possible in terms of armed conflict, and is farther when the confrontation is with irregular armed groups, where guerrilla warfare is no confrontations between military precision, without precise knowledge of the facts without historical account of events, without specifying on the fighters, so the full truth of the facts for thousands of victims it is impossible to know. Because not all group members have been postulated or have been demobilized.

**Palabras claves:**

Justicia, transicional, reparación, víctimas, desmovilizado.

**Keywords:**

Transitional justice, reparation, victims, demobilized.

**INTRODUCCIÓN**

El derecho a la verdad en el marco de la Ley de Justicia y Paz, hace parte fundamental de la justicia transicional, y ha tomado especial relevancia frente a otros no menos importantes, como los derechos a la justicia, la reparación in integrum,

a la no repetición, pues la intensión del legislador al imponer la verdad como elemento estructural de este proceso, es la búsqueda de la reconciliación y esta se logra en la medida en que los postulados confiesen con lealtad los hechos cometidos y esa confesión satisfaga las inquietudes de las víctimas y la sociedad en general.

La efectividad del derecho a la verdad, en el marco de la Ley de Justicia y Paz, no se ha logrado en la medida que satisfaga a las víctimas ni a la sociedad, toda vez que la institucionalidad en su conjunto ha sido flexible en su exigibilidad, en la aplicación de protocolos para su verificación y en las sanciones establecidas en la ley para quien la omite, además, se carece de medios para que la sociedad la conozca y la aprehenda.

Se carece de la participación activa, suficiente y efectiva de quienes han sufrido directa o indirectamente el conflicto armado, así como de los miembros de estos grupos armados irregulares que se han desmovilizado voluntariamente, de forma colectiva o individual y de otros estamentos institucionales y privados que haciendo parte de este conflicto, no han sido llamados a aportar a la verdad los elementos suficientes, para esclarecer los hechos y contextos y, de esta forma, lograr que la verdad cumpla su finalidad en la búsqueda de la paz y la reconciliación en Colombia.

Si bien es cierto existen límites y dificultades en contar con una verdad real y puntual frente a casos y contextos concretos, no lo es menos que la verdad que se busca requiere de unos mínimos aceptables en el marco de esta justicia especial, de ahí que la verdad que no se alcance en esta justicia transicional debe ser ampliada y concretizada en un procedimiento distinto promovido desde lo institucional, pero aplicado desde la sociedad civil, denominado en muchos ámbitos internacionales como las comisiones de la verdad.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La justicia transicional como mecanismo excepcional y único de justicia, que facilita el logro de la paz y la reconciliación entre los Estados y grupos alzados en armas que ejercen la violencia para subvertir o mantener el orden establecido,

se ha convertido en una vía ágil en el contexto mundial para resolver sus conflictos, solo entre los años 1970 al 2007 en 161 países se impulsaron alrededor de 848 procedimientos bajo esta modalidad de justicia, cuyos fines han sido variados, pero identificables en su justificación, su propósito principal ha sido la transición hacia la democracia o la reconciliación para el logro de una paz sostenible tras una etapa de violencia masiva y de violaciones sistemáticas a los derechos humanos y el DIH, como fórmulas que permitan viabilizar dentro de la legalidad estas violaciones a los derechos humanos y transgresiones al derecho internacional humanitario, que permite establecer responsabilidades y, en muchos casos, llevar a juicio a los perpetradores de estas violaciones quienes, como en nuestro contexto, las asumen y adquieren el compromiso de revelar una verdad total de los crímenes acaecidos, las circunstancias de tiempo, modo, móviles y lugar de los hechos, luego asumen dar a conocer la verdad a las víctimas y las sociedad que la exigen como un derecho, verdad que es parte de la trilogía en el equilibrio con la justicia y la reparación.

Si bien es cierto el establecimiento de la justicia transicional en Colombia a través de la Ley 975 de 2005, modificada por la Ley 1592 de 2012, fue en un comienzo polémica, rechazada y controvertida para gran parte de la sociedad, ha sido aceptada, tanto en el ámbito interno como en el internacional, pues ha pasado por diferentes exámenes jurídicos de control de convencionalidad y su revisión constitucional vislumbró que cuenta con unos estándares ligados a instrumentos internacionales, en especial convenios y tratados, ratificados por el Estado colombiano, u otros principios, reglas, protocolos aceptados a través de la jurisprudencia y desarrollados por la doctrina, que regulan el contexto normativo y los mínimos aplicables para los diferentes derechos protegidos, como los derechos de las víctimas del conflicto armado interno a la verdad, la justicia, la reparación y a las garantías de no repetición, en particular a través del bloque de constitucionalidad.

Esta exigencia en el cumplimiento del marco normativo constitucional e internacional ha dado, a través de pronunciamientos de la Corte Constitucional, de diversos fallos que se han dictado por la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia frente a procesos impulsados en Justicia y Paz, así como de pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la primera

en desarrollo de sus funciones de control sobre las leyes expedidas por el Congreso de la República, la última como garante de los tratados del sistema interamericano de derechos, normativa de justicia transicional que permite acercar la jurisprudencia incluso de tribunales ad-hoc impulsados por la ONU, frente a diversos conflictos armados de los Estados.

En desarrollo de la aplicación práctica del modelo de esta justicia especial en Colombia, el derecho a la verdad ha venido perdiendo rigurosidad, se ha desnaturalizado en su sentido restaurativo, ha sufrido limitaciones, se ha flexibilizado, por varios aspectos, principalmente por la incapacidad de respuesta de los operadores jurídicos de diverso orden; la falta de interés del Estado para que se conozca, de manera real y objetiva, en el marco de los distintos procesos que cursan y su participación en los actos que se juzgan; situación que ha llevado a que la contextualización del conflicto armado interno y las versiones o confesiones no satisfagan el derecho a la verdad de las víctimas y el derecho de la sociedad a conocer; además, la falta de participación activa de las víctimas es evidente e impide concretar los hechos victimizantes y que estos se ventilen en los tribunales, por el lado de los postulados, estos han desaparecido de la escena, solo unos pocos postulados llegan al proceso, lo cual impide su revelación; finalmente, la no inclusión de las instituciones y del sector privado en estos procesos tergiversa los hechos y hace que se conozca solo una lectura del conflicto, parcializando la verdad en un solo actor difuso e insuficiente.

Estas situaciones, después de diez años de la implementación de la justicia transicional, ya no es posible corregirlas, aunado a que por el origen mismo de este procedimiento especial, que se deriva del sometimiento a la justicia de un grupo armado en particular y no por un proceso transicional generalizado, limita el conocimiento de la verdad de manera integral.

La falta de verdad objetiva y real, satisfactoria tanto a las víctimas como a la sociedad, hace necesario que surjan nuevas formas de llegar a ella, no puede darse la verdad esperada dentro de la justicia transicional pues ello implica necesariamente que ese vacío deba ser llenado a través de la conformación de una o varias comisiones de la verdad, que partiendo desde el origen institucional, pero desarrollada y orientada por la sociedad civil, de manera independiente



entren a observar la naturaleza y los efectos del conflicto previo, las circunstancias que se presentaron, las grandes violaciones a los derechos humanos y las trasgresiones al derecho internacional humanitario y examinen las responsabilidades en estas conductas por parte de individuos e instituciones públicas y privadas, a través de instrumentos amplios de recolección de evidencias y que para estos fines permita, entre otros aspectos: i) descubrir, esclarecer y reconocer los abusos del pasado; ii) responder a necesidades específicas de las víctimas; iii) contribuir a la justicia y a la rendición de cuentas; iv) explicar las responsabilidades interinstitucionales y recomendar reformas legales, y v) promover la reconciliación e impulsar el posconflicto.

De esta manera, se hace necesario que esta verdad que buscan las víctimas y la sociedad, deba ser buscada a través de mecanismos diferentes al del aparato judicial del Estado o la conveniencia de diálogos entre actores armados, de ahí la importancia de que se cree una Comisión de la Verdad que implemente otras comisiones de la verdad por mandato desde la institucionalidad, pero desarrollada con plena independencia desde lo civil<sup>1</sup>.

## 2. OBJETIVOS

### a) General

Identificar si la participación de las víctimas y victimarios en los procesos de justicia transicional es suficiente y relevante para satisfacer los mínimos estándares de verdad exigida por los compromisos internacionales del Estado colombiano, o se hace necesaria la implementación de una Comisión de la Verdad.

### b) Objetivos específicos

- i. Analizar si en justicia transicional en Colombia se ha logrado establecer la verdad frente a las expectativas de las exigencias internacionales.
- ii. Determinar si con la participación de las víctimas y postulados en los procesos de justicia y paz se ha cumplido en el tema de verdad.

<sup>1</sup> Centro Internacional para la Justicia Transicional. Memoria y reconstrucción, 1º. ed., 2008.

- iii. Justificar el establecimiento o no de una o varias comisiones de la verdad en Colombia.

### 3. MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA VERDAD

#### 3.1 Los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad en el marco del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado

Los derechos de las víctimas y de la sociedad en general a la verdad, se ha desarrollado paralelamente con los derechos a la justicia y a la reparación, en el ámbito referido al derecho internacional humanitario, al derecho internacional de los derechos humanos, desarrollado en tratados ratificados por Colombia, como la Convención Interamericana o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y al derecho comparado.

##### 3.1.1 En el ámbito del derecho internacional de la ONU

El derecho internacional relativo al tema de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación para víctimas en el ámbito de las violaciones a los DD.HH., y las transgresiones al DIH, tiene una clara relevancia constitucional de conformidad con el art. 93 superior, en cuanto de una parte, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno y, de otra parte, los derechos fundamentales constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

Entre los instrumentos internacionales más relevantes que reconocen los derechos de las víctimas a la reparación, a la verdad y a la justicia, se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos –art. 8–, la Declaración Americana de Derechos del Hombre –art. 23–, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder –arts. 8 y 11–, el *Informe Final* sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, el Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra –art.

17-, el Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad o “Principios Joinet” –arts. 2, 3, 4 y 37-, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada en el seno de la Organización de Estados Americanos, OEA, que extendió las normas de los refugiados a las situaciones de violencia generalizada y a los desplazados internos –parte III, párrafo 5-, la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas, y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Naciones Unidas y su Protocolo Adicional.

### 3.1.2 En el ámbito interamericano

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos, en particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene una especial relevancia constitucional en cuanto constituye una pauta hermenéutica para interpretar el alcance de esos tratados, pues interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, cuyo contenido somete a los operadores jurídicos en el orden interno.

Es de señalar que la jurisprudencia de la CIDH ha destacado la conexión intrínseca existente entre el derecho a la reparación y el derecho a la verdad y a la justicia, señalando en reiteradas oportunidades que el derecho de las víctimas a conocer lo que sucedió, a conocer los agentes de los hechos y la ubicación de los restos de sus familiares, así como también el derecho a la investigación de los respectivos hechos y la sanción de los responsables, hace parte integral de la reparación a las víctimas y constituye un derecho que el Estado debe satisfacer a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad como un todo.

Finalmente, es de suma importancia poner de relieve, respecto de la obligatoriedad y vincularidad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia ha sido aceptada por Colombia de conformidad con el art. 93 superior, al ser ese alto Tribunal el órgano competente de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen otra fuente importante de derecho internacional sobre el contenido y alcance de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición, por cuanto en estos se reiteran los parámetros internacionales<sup>2</sup>.

### 3.1.3 En el ámbito interno colombiano

La Corte Constitucional ha consolidado una amplia y reiterada jurisprudencia en materia de análisis abstracto de constitucionalidad, en torno al contenido, alcance y desarrollo de los derechos de las víctimas del delito, en especial respecto de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. La jurisprudencia de esta Corporación ha partido de una interpretación armónica de los arts. 1, 2, 15, 21, 93, 229, y 250 de la Carta Política, así como de los lineamientos trazados por el derecho internacional humanitario y los estándares del derecho internacional de los derechos humanos respecto de los derechos de las víctimas.

De esta forma, este tribunal de cierre ha desarrollado una sólida línea jurisprudencial sobre los derechos de las víctimas de los hechos punibles, a partir de las proposiciones del Estado social de derecho consagrados en la Constitución de 1991, así como de la expresa mención de las víctimas por el texto superior –art. 250 CN–, y ha contribuido a la consolidación de un nuevo paradigma acerca de los derechos de las víctimas, que no se agota en la reparación económica de los perjuicios ocasionados por el injusto.

En este sentido, se han fijado parámetros constitucionales mínimos respecto de los derechos de las víctimas a la verdad, en casos de delitos que constituyen un grave atentado en contra de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, los cuales se refieren tanto a estándares aplicables dentro de procesos judiciales ordinarios, como también dentro de procesos de justicia transicional como el enmarcado por la Ley de Justicia y Paz. Estos parámetros constitucionales mínimos son, en todo tiempo, presupuestos normativos para el ordenamiento jurídico interno, en razón a que se fundamentan en normas su-

periores de orden constitucional y en los estándares internacionales fijados por el derecho internacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Así las cosas, se ha referido a los derechos de las víctimas de delitos a la verdad, en múltiples pronunciamientos, que se enuncian a continuación:

- i. Sentencia C-578 de 2002, mediante la cual la Corte realizó la revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002, por medio de la cual se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional;
- ii. Sentencia C-580 de 2002, en la cual la Corte revisó la constitucionalidad de la Ley 707 de 2001, por medio de la cual se aprobó la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas;
- iii. Sentencia C-370 de 2006, en donde la Corporación conoció de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de 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 en contra de esa Ley en su integridad;
- iv. Sentencia C-1199 de 2008, en esta la Corte conoció de una demanda de inconstitucionalidad contra los arts. 2º, 4º, 47, 48, 49 y 72 (todos parciales) de 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”*.

En la Sentencia C-370 de 2006, que declara la exequibilidad de la Ley 975 de 2005, la Corte Constitucional se pronuncia en referencia al derecho a la verdad, de la siguiente manera:

### **Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2000 (Reparaciones)**

“En este pronunciamiento la Corte Interamericana se refirió, de manera particular, al derecho a la verdad, señalando que implica que las víctimas conozcan lo que sucedió y quiénes fueron los responsables de los hechos. Consideró que el conocimiento de la verdad forma parte del derecho a la reparación. En caso de homici-

dio, la posibilidad de los familiares de la víctima de conocer dónde se encuentran sus restos, constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo. El derecho a la verdad, además, fue entendido como un derecho de la sociedad y no solo de las víctimas:

“73. De conformidad con el punto resolutivo octavo de la Sentencia sobre el fondo dictada el 25 de noviembre de 2000, Guatemala debe realizar “una investigación para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a que se ha hecho referencia en [esa] Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables”. De esta manera, dentro de las reparaciones que debe efectuar el Estado se encuentra necesariamente la de investigar efectivamente los hechos, sancionar a todos los responsables y divulgar la resultados de la investigación.

“75. Asimismo, este Tribunal estableció, en su Sentencia de fondo, que por las características del caso en estudio, el derecho a la verdad se encontraba “subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”. Como lo ha señalado este Tribunal, solo si se esclarecen todas las circunstancias de las violaciones de que se trata se podrá considerar que el Estado ha proporcionado a la víctima y a sus familiares un recurso efectivo y ha cumplido con su obligación general de investigar.

“76. El derecho que toda persona tiene a la verdad, ha sido desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos, y, como sostuvo esta Corte en anteriores oportunidades, la posibilidad de los familiares de la víctima de conocer lo sucedido a esta, y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo...”

### **El derecho a saber**

“En cuanto al derecho a la verdad ejercido dentro de los procesos para el restablecimiento o la transición hacia la democracia y la paz, el Conjunto de Principios

de que se viene hablando precisa que no se trata solamente del derecho individual de toda víctima o sus parientes a saber qué pasó, sino que también se trata de un derecho colectivo que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las violaciones se reproduzcan. En tal virtud se tiene, a cargo del Estado, el “deber de la memoria” a fin de prevenir las deformaciones de la historia.

“En cuanto a las víctimas y sus familias, los Principios definen que ellas tienen “*el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima*”.

“A fin de lograr los anteriores objetivos, los Principios contienen dos categorías de propuestas: una se refiere a la conveniencia de que los Estados en proceso de consolidación de la democracia o de adelantamiento de procesos de paz y vuelta al Estado de derecho pongan en marcha en el corto plazo comisiones no judiciales de investigación. La segunda serie de medidas tiende a preservar los archivos que tengan relación con las violaciones de derechos humanos”.

### Los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

“La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha producido informes precisando los conceptos de justicia, verdad y reparación dentro de procesos de tránsito o restablecimiento de la paz y/o la democracia. Dentro de ellos se destaca, por su particular relevancia para la presente causa, el “*Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia*”, proferido el 13 de diciembre de 2004.

“Dentro de este Informe, la Comisión vertió entre otros los siguientes conceptos en torno de los conceptos de verdad, justicia y reparación dentro de procesos de transición hacia la paz, que constituyen, como podrá apreciarse, un resumen de todos los parámetros internacionales anteriormente comentados, procedentes de las diversas fuentes del Derecho Internacional:

“a. Sobre el derecho a la verdad, la Comisión reiteró que el derecho a la verdad no debe ser coartado a través de medidas legislativas o de otro carácter. Agregó que este derecho implica que el diseño del proceso destinado a establecer la verdad prevea el libre ejercicio del derecho a buscar y recibir información, y a su vez habilite al poder judicial a emprender y completar las investigaciones correspondientes. Recordó también la Comisión, que conforme a la jurisprudencia

de la Corte Interamericana, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener del Estado el esclarecimiento de los hechos y el juzgamiento de los responsables, conforme a los parámetros de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

“Ahora bien, en cualquier caso, la Comisión recordó que el derecho a la verdad no se limita a los familiares de las víctimas, sino que, la sociedad en su conjunto tiene derecho a conocer la conducta de quienes se hayan involucrado en la comisión de violaciones graves a los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, especialmente en caso de masividad o sistematicidad”<sup>3</sup>.

#### 4. MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO A LA VERDAD

Son muchas las acepciones jurídicas que se tienen respecto a la definición del derecho a la verdad, sin ir más lejos, se tendrán las siguientes:

##### 4.1 El derecho a la verdad:

Es el derecho inalienable que tiene la sociedad y en especial las víctimas, de conocer la realidad sobre los hechos cometidos por los grupos armados organizados al margen de la ley –GAOML–, sus autores y las causas, y a saber qué sucedió con sus familiares desaparecidos o secuestrados y el paradero de los mismos.

##### 4.2 Derecho a la verdad en el espacio colectivo:

En lo referente a la dimensión colectiva de la verdad, su comprendido mínimo incluye la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos. Esto exige que se adelanten investigaciones judiciales imparciales, integrales y sistemáticas sobre los hechos criminales de los que se pretende dar cuenta histórica. Porque un régimen que no favorezca la restauración de la verdad histórica o que instituya apenas débiles incentivos para ello, podría comprometer este importante derecho.



La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al derecho a la verdad, ha señalado que el derecho a la verdad no puede ser coartado con pronunciamientos legislativos o de otra índole, esta Comisión ha determinado que la existencia de obstáculos reales o legales, como la expedición de legislaciones de amnistía, al acceso de información sobre los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental, y que impidan poner en marcha los recursos judiciales de la jurisdicción interna, resultan incompatibles con el derecho a la protección judicial previsto en el art. 25 de la Convención Americana. De esta forma, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a la verdad se encuentra inmerso en el derecho de la víctima o sus familiares a lograr, de los órganos competentes del Estado, el esclarecimiento de los hechos y el juzgamiento de los responsables conforme a los parámetros de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana.

Este ha sido un concepto que ha evolucionado durante los últimos años en el Sistema Interamericano. Inicialmente, la Comisión consideró que se trata del derecho de las familias a conocer la suerte de sus seres queridos, derivado de la obligación que tienen los Estados de brindar a las víctimas o sus familiares un recurso sencillo y rápido que los ampare contra violaciones de sus derechos fundamentales, conforme al art. 25. La interpretación de este derecho ha evolucionado y actualmente se considera, por lo menos por parte de la Comisión, que el derecho a la verdad pertenece a las víctimas y sus familiares, y también a la sociedad en general. Conforme a esta concepción, el derecho a la verdad se basa no solo en el art. 25, sino también en los arts. 1, 8 y 13 de la Convención.

### **4.3. La verdad flexible en la jurisprudencia en proceso de justicia y paz**

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia dada en el radicado 2006-80114 del 07 de noviembre de 2012, en contra del postulado Juan Francisco Prada Márquez, expresó en referencia a la verdad, en la imputación de cargos: “que en relación con los acontecimientos delictivos legalizados resultó satisfecho el derecho a la verdad en su dimensión particular, pues se determinaron los móviles, los autores y las circunstancias de modo, tiempo y lugar

de cada uno de los eventos delictivos, y en su dimensión colectiva, en la medida en que se conoció el contexto general y particular de las regiones en las que se perpetraron los acontecimientos, develando aspectos claves del desarrollo del conflicto armado no internacional colombiano...

En este fallo al resolver los recursos impetrados expresó:

“... debe insistir la Sala en que la verificación de los hechos y, particularmente la satisfacción del derecho a la verdad que acompaña a las víctimas, a de fundarse en criterios de racionalidad, dadas las dificultades que ya ampliamente se han reseñado que parten como en el caso concreto del rango que ocupaba el desmovilizado en la organización armada ilegal, a partir de lo cual lejos se hallaba de conocer motivaciones o finalidades en cada uno de los hechos ejecutados...”.

Se refiere a que habría que excluir al postulado si se exigiera que en razón de su posición dentro del grupo armado ilegal no ofrezca detalle de los hechos cometidos por los integrantes de su organización, dado que hace mención al fallo de imputación punto de verdad, de ahí que si el postulado no puede aportar una verdad plena, no se atenta con el derecho a la verdad, admitiéndose su verdad, nadie está obligado a lo imposible.

La Corte en este fallo da relevancia a la verdad de contexto respecto de los delitos de lesa humanidad y transgresiones al derecho internacional humanitario, al respecto se pronuncia en los siguientes términos:

“...esta obligación no se reduce a satisfacer exclusivamente la legítima y particular exigencia de las víctimas, sino que más allá comporta la ineludible obligación de visibilizar el contexto que fue determinante en la ejecución de las graves afectaciones que a la humanidad generan aquellos comportamientos, como determinante también para el funesto conocimiento de las leyes de la guerra que informa el proceso”<sup>4</sup>.

Los argumentos de la Corte Suprema de Justicia en varios de sus fallos dan pie a que se inicie el conflictivo desencuentro entre la verdad que exigen las víctimas, en particular, respecto a su propio sufrimiento, y la sociedad y la verdad de contexto a la que el Estado ha apuntado en sus reformas, tanto constitucionales

como legales, con la investigación penal basada en la macro-criminalidad, y que se aleja de la verdad puntual hacia los hechos que han afectado a las víctimas, comenzando por el Marco Jurídico para la Paz, Acto Legislativo No. 01 de 2012 y su desarrollo legislativo.

En preciso tener en cuenta que la verdad plena y real no es posible, en términos de los conflictos armados, y es más lejana cuando la confrontación es con grupos armados irregulares, donde la guerra de guerrillas se hace en medio de confrontaciones sin precisión militar, sin conocimiento preciso de los hechos, sin la relación histórica de acontecimientos, sin precisar sobre los combatientes, de ahí que esa irregularidad del conflicto refleja el teatro de operaciones y sus protagonistas a la hora de entrar al juego de justicia y paz. No es posible, por tanto, recoger las evidencias de sus actuaciones, la muerte de miembros de los grupos insurgentes o armados para el sistema no son registradas o los eventos no son comunicados, no existen formas de reconstruir muchos de los acontecimientos, si bien es cierto existían estructuras fijas, estas en el terreno no se encuentran armonizadas y dadas las órdenes de operaciones abiertas de sus comandantes, son interpretadas y ejecutadas por las organizaciones a su acomodo, situación que impide conocer incluso a sus superiores con exactitud. ¿Qué pasó en una situación determinada?, circunstancias que no pueden ser de recibo en tratándose de la fuerza regular del Estado por el principio de regulación en un Estado de derecho, de control de operaciones o control de fuego, en donde las evidencias de las actuaciones se toman ya por informaciones precisas diarias y de horas si se quiere, o por comunicaciones radiales seguras y frecuentes. Luego la verdad plena de los hechos para miles de víctimas no es posible conocerla porque, además, no todos los miembros de grupos se han postulado o se han desmovilizado.

## **5. LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA NO PERMITE SATISFACER EL DERECHO A LA VERDAD**

### **5.1 La falta de verdad de las víctimas frente a los procesos de justicia y paz**

En Colombia se discuten por parte de diversos estamentos de la sociedad civil y el Estado el número real de víctimas, sin embargo, de acuerdo con la Ley 1448 de 2011 se ha llegado a un consenso de que las víctimas reales del conflicto ar-

mado en Colombia son las registradas en el Registro Único de Víctimas –RUV–. Actualmente estos datos se controvierten, incluso no hay claridad por parte de la entidad encargada de administrar los datos, la Unidad de Gestión para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que en su sitio web registra 7.028.776 al 1° de noviembre de 2014 y 8.846.375 a febrero de 2015, diferencia aún no explicada a la Procuraduría General de la Nación<sup>5</sup>.

La víctimas en Colombia han sido llamadas por la Ley de Justicia y Paz a ser protagonistas como partes activas en los procesos que se impulsen y si estos han sido concebidos para buscar la verdad como una de sus finalidades, este propósito no podrá ser cumplido, primero porque después de diez años de expedida la norma que la fundamenta, los procesos son excepcionales, los procesos de justicia transicional son muy escasos frente a tantas décadas de conflictos con la participación de más de setenta mil hombres en armas, solo de grupos irregulares, en las últimas tres décadas.

*El Tiempo* del 3 de agosto de 2014, tituló “Tras 8 años de Justicia y Paz, solo se conoce el 10% de la verdad”. Señala este medio:

“Balance del proceso de paz con las Auc muestra que la reparación de víctimas sigue pendiente:

“Hace exactamente ocho años, en agosto del 2006, se desmovilizó el último grupo de paramilitares en medio de la negociación de paz entre el gobierno de Álvaro Uribe y las Autodefensas Unidas de Colombia (Auc).

“Hoy, cuando ya cuatro ‘ex-paras’ responsables de delitos atroces están de nuevo en las calles, tras pagar la pena alternativa de 8 años en prisión, y cuando más de un centenar empieza a pedir el mismo beneficio, incluidos varios jefes, el corte de cuentas va desde los que dicen que el proceso fue un fracaso hasta los que lo señalan como un modelo en el mundo.

“Las cifras escuetas señalan que entre el 2003 y el 2006 se desmovilizaron 31.671 paramilitares, que entregaron 18.000 armas. De todos ellos, menos de

3.000 terminaron enfrentando procesos ante la jurisdicción alternativa de Justicia y Paz, que en casi 9 años de existencia ha proferido 18 condenas contra 50 personas. Luis Guillermo Pérez, del Colectivo de Abogados, que representa a las víctimas de los paramilitares, sostiene que la Ley de Justicia y Paz y el proceso mismo ‘dejan un pobre balance en verdad y reparación’.

Las pocas sentencias, sin embargo, contienen reveladoras verdades judiciales, cuyas repercusiones están por verse. En todos estos años, las confesiones de los ‘paras’ fueron pieza fundamental para mover el proceso de la ‘parapolítica’ –que deja hasta ahora 65 ex congresistas condenados, uno de ellos por delitos de lesa humanidad– y han permitido la recuperación o ubicación de 5.500 cadáveres de desaparecidos, pero muy pocas de las 14.000 compulsas de copias contra particulares, miembros de la Fuerza Pública o políticos de menor nivel han avanzado. El capítulo de los altos oficiales del Ejército y la Armada señalados por jefes ‘paras’ como Salvatore Mancuso no se ha movido y pasa lo mismo con el de los empresarios y ganaderos, varios de los cuales murieron sin que la justicia se moviera a pesar de los graves señalamientos en su contra.

Eso pasó con Rodrigo García Caicedo, uno de los patriarcas de Córdoba y quien fue uno de los poderes en la sombra detrás de Carlos Castaño, y también con Manuel Enrique Barreto. Él, según sentencias de la Corte Suprema, coordinó con Carlos Castaño la sangrienta llegada de los ‘paras’ al Sur de Bolívar en la segunda mitad de los 90.

Por ahora, la prioridad será lograr más condenas contra los máximos responsables.

Incluso, Carlos Fidel Villamil, director de Justicia Transicional de la Fiscalía, reconoce que las sentencias que hasta ahora se han conseguido, con 26 exjefes de bloques o frentes condenados, apenas son parciales. “Los postulados no han terminado de contar toda la verdad”, dijo Villamil. De hecho, acepta que el proceso no se ha terminado porque “del 100 por ciento de lo que teníamos que hacer, vamos en un 10 por ciento”<sup>6</sup>.

6 Véase: [www.eltiempo.com/politica/justicia/justicia-y-paz](http://www.eltiempo.com/politica/justicia/justicia-y-paz)

Ahora bien, efectivamente sin el concurso de las víctimas la verdad no llega, solo se había registrado ante Justicia y Paz - Fiscalía General de la Nación a 31 de marzo de 2012 un total de 386.069 víctimas, es decir, aproximadamente el 5% del universo de víctimas.

Registrarse como víctima no significa per se hacer parte del proceso mismo, para que una víctima que se encuentra registrada sea reconocida como tal al interior del proceso, debe ser relacionada en los hechos confesados por los postulados durante la versión libre para que después estos pasen a ser imputados por la Fiscalía ante los jueces de conocimiento.

Del total de víctimas registradas, se han relacionado 46.106 víctimas en los hechos confesados a marzo de 2013, lo que corresponde al 12% de víctimas registradas y menos del 0.5% del total de víctimas,

“... después de haber realizado esta investigación el presente estudio propone hablar de este grupo del 12% de víctimas registradas como el límite del universo de víctimas que efectivamente pueden aspirar a una reparación judicial. En efecto, al comparar el número de víctimas registradas con el número de víctimas reconocidas al interior del proceso año a año, el porcentaje de víctimas reconocidas por los postulados se ha mantenido en un promedio de 9%”<sup>7</sup>,

Luego se tiene un número de víctimas que podría acceder a la verdad aspirada en proceso de justicia y paz de entre el 9 y el 12%.

A marzo de 2012 se habían tramitado 11 incidentes de reparación judicial en las cuales están incluidas 3.582 que corresponde al 0.9% del total de las víctimas registradas y al 7.7% del grupo de víctimas confesadas, y de este grupo de víctimas que han participado en los incidentes de reparación, un total de 1673 han sido beneficiarios de una sentencia judicial que decreta dicha reparación judicial, es decir, el 0.4% de las víctimas registradas y el 3.06% de las víctimas confesadas.

De esta manera, durante los 10 años de vigencia de justicia y paz, se han obtenido unos resultados muy precarios frente a las expectativas de verdad pretendidas, concluyendo que de acuerdo con la edad promedio de las víctimas, aproximadamente el 99.00% del universo de las víctimas no llegará a conocer la verdad, estas no podrán obtener verdad en procesos de justicia y paz<sup>8</sup>.

De ahí que no existe coherencia entre el amplio ordenamiento jurídico aplicable en Colombia, la vasta jurisprudencia de reconocimiento de derechos a la verdad en referencia al proceso transicional y la distorsionada y limitada capacidad del Estado para asumir el compromiso con las víctimas y la sociedad. Este se ha visto sometido a impulsar los procesos de justicia y paz, y las respuestas de los operadores jurídicos no ha respondido a estas expectativas, la carga de llevar a sentencia estos procesos implica un esfuerzo que no está en capacidad de sortear. Los hechos han desbordado las instituciones y no será posible acceder a la verdad por parte de la víctimas, y la sociedad no conocerá lo que realmente sucedió con este fenómeno de la violencia.

Ahora bien, en materia de restitución de tierras se encuentran resultados muy precarios que impiden conocer qué pasó con el despojo de tierras en Colombia. De aproximadamente 72.316 solicitudes de inscripción en el registro de tierras despojadas 14.334, es decir, menos del 55% se encuentra en trámite administrativo finalizado, existen 5.979 casos con demanda ante jueces de restitución de tierras y solo se han logrado 1.808 casos con sentencia, algo más de 900 restituciones, luego se necesitarían muchas décadas para conocer en esta materia cómo se llevaron a cabo los despojos y de qué manera el Estado no impidió este desastre.

De esta manera, la participación mínima de las víctimas en los procesos de justicia y paz y los precarios resultados a hoy con un decena de sentencias parciales, impiden llegar a la verdad de lo sucedido, la institucionalidad ha sido superada y desbordada, hechos que justifican una vez más la creación de comisiones de verdad para esclarecer la verdad buscada por la sociedad en general y por las víctimas en particular.

8 ¿Cuál? Ob. cit., p. 30. ¿Es la misma nota 7? Se puede escribir *Ibíd.*, p. 30.

## 5.2 La falta de participación de los postulados en los procesos de justicia y paz limita e impide el derecho a la verdad

*“Desde agosto de 2002 se han desmovilizado 52.403 personas (ver estadísticas actuales), 31.671 procedentes de grupos paramilitares que dejaron las armas de manera colectiva, y 20.732 miembros de grupos guerrilleros y paramilitares que se desmovilizaron individualmente. Según información de la Policía Nacional, desde 2001 y hasta diciembre de 2009 han sido capturados 5.890 desmovilizados y han muerto 2.210”<sup>9</sup>.*

*“Solo el 0,21% del total de los 4.237 miembros de las AUC postulados a la Ley 975 de 2005 han tenido sentencia en segunda instancia en el transcurso de los últimos ocho años. La Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, informaba en diciembre de 2012 de 14 sentencias y entre ellas solo de 9 sentencias en segunda instancia. En enero de 2014 se habló de 16 sentencias de primera instancia que incluyen 22 personas en las cuentas del ICTJ”<sup>10</sup>.*

Como se observa en estas estadísticas la participación real de postulados en los procesos de justicia y paz es dramática, y ha hecho crisis el conocimiento de la verdad que deberían verter a las víctimas y a la sociedad estos ex miembros de grupos armados. Luego ¿qué verdad podemos esperar los colombianos si las cifras de postulados que han venido confesando hechos y a quienes se les habrían imputado muy diversos delitos no ha variado de manera alguna, que permita prever que la verdad podrá llegar por este medio de justicia especial?

La reconstrucción de los hechos violentos, las circunstancias de tiempo y modo y lugar no se lograrán conseguir con un número tan reducido de victimarios postulados, la no participación de estos, incluso de comandantes, impide conocer sus órdenes en grupos militares que operaron a lo largo y ancho del país.

## 6. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE QUE SE IMPULSE LA CREACIÓN DE COMISIONES DE LA VERDAD.

### 6.1 La Comisión de la Verdad en Colombia

De acuerdo con el *Informe Comisión Histórica del Conflicto*,

<sup>9</sup> Véase: [www.verdadabierta.com](http://www.verdadabierta.com) – Conflicto armado en Colombia – movilización y desarme, agosto/2008.

<sup>10</sup> <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/unidad-de-justicia-y-paz/> Gestión de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz a 01 de diciembre de 2012. No hay cifras actualizadas en la Web.



“En mayo de 1958, la Junta Militar de Gobierno convocó la ‘Comisión Nacional Investigadora de las Causas y Situaciones Presentes de la Violencia en el Territorio Nacional’ con objeto de llevar a cabo un diagnóstico de las causas de la Violencia y proponer medidas para superarla, mediante planes de pacificación, asistencia social y rehabilitación. La ‘Investigadora’, como fue conocida en su época, dirigida por el exministro liberal y escritor Otto Morales Benítez, tuvo una vida muy corta, de mayo de 1958 a enero de 1959, es decir, escasos nueve meses, y sus resultados no fueron satisfactorios”.

Según los análisis del profesor Jefferson Jaramillo, un buen conocedor del tema, desde entonces se han constituido al menos doce comisiones similares concebidas como herramientas para contribuir a la superación de la violencia crónica que ha soportado el país, entre ellas la Comisión Nacional sobre la Violencia y el Centro Nacional de Memoria Histórica.

La inmensa mayoría de los colombianos espera, no obstante, que la que ahora nos ocupa sea la última comisión de estas características, antes del cierre simbólico del ya largo conflicto armado, mediante una Comisión de la Verdad, la cual se podrá impulsar en algún momento adecuado en el futuro.

La Comisión de Historia del Conflicto y sus Víctimas, CHCV, instalada en La Habana el 21 de agosto de 2014, fue creada por la Mesa de Paz en el marco del “Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, suscrito por el gobierno nacional y las FARC el 26 de agosto de 2012. Esta Comisión tiene, sin embargo, una particularidad si se la compara con las del pasado: sus miembros no fueron designados por el gobierno nacional, sino mediante un acuerdo entre las dos partes que participan en las negociaciones de paz en Cuba, “con el objetivo de contribuir a la comprensión de la complejidad del contexto histórico del conflicto interno y para proveer insumos para las delegaciones en la discusión de los diferentes puntos del Acuerdo General que están pendientes”, en especial el punto 5 de la agenda: el tema de las víctimas.

La Comisión estuvo compuesta por doce expertos, cada uno de los cuales debió elaborar con total autonomía y rigor intelectual, un informe en relación con tres puntos clave definidos por la Mesa de Paz: (a) Los orígenes y las múltiples causas del conflicto; (b) Principales factores y condiciones que han facilitado o

contribuido a la persistencia del conflicto, y (c) Los efectos e impactos más notorios del conflicto sobre la población. Con base en estos informes de los doce expertos, los dos relatores debían elaborar un informe síntesis, reflejando con la mayor objetividad los consensos, los disensos y la pluralidad de visiones de los expertos. Finalmente, tal como explicamos en una introducción conjunta, hemos optado por entregar dos relatorías para ahondar el espíritu plural que ha guiado el trabajo de la CHCV.

De acuerdo con el Comunicado No. 40 de la Mesa de Paz en el cual se anunciaba la creación de la CHCV, el *Informe final* (que incluye los doce ensayos y dos relatorías), deberá ser “un insumo fundamental para la comprensión de la complejidad del conflicto y de las responsabilidades de quienes hayan participado o tenido incidencia en el mismo, y para el esclarecimiento de la verdad”. Pero, en ningún caso, la CHCV tenía la facultad de determinar responsabilidades individuales, ni de enjuiciar a sus responsables.

El texto de Daniel Pécaut comienza afirmando que “incluso cuando se trata de acontecimientos que se consideran rupturas históricas de envergadura, como las grandes revoluciones o las grandes guerras, que obligan a considerar sin asomo de dudas que hay un ‘antes’ y un ‘después’, el debate sobre los orígenes o sobre la multiplicidad de causas nunca se cierra”. Esta misma convicción animó a la Mesa de Paz de La Habana a solicitarles a doce académicos un ensayo individual, buscando no una visión única –lo cual es imposible, al menos en el campo de la historia y de las ciencias sociales–, sino una multiplicidad de miradas. El resultado de este ejercicio evidencia la existencia de consensos pero, igualmente, de disensos en torno a los tres temas escogidos: origen, factores de persistencia y víctimas e impactos del conflicto. Estos disensos pueden suscitar un debate mucho más productivo, para ahondar en una cultura democrática fundada en el reconocimiento del otro y en el derecho al disenso y la diferencia, que una pretendida narrativa unánime<sup>11</sup>.

La jurisprudencia en Colombia también llama a la necesidad del impulso de la Comisión de la Verdad, así, la Corte Constitucional en Sentencia C- 579 de 2013, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad del inciso 4º. del artículo

1º. del Acto Legislativo 01 de 2012, con el cual se estableció el Marco Jurídico para la Paz, expresó:

**“JUSTICIA TRANSICIONAL** - Justicia histórica / **DERECHO A LA VERDAD**  
-Doble connotación / **PRINCIPIOS DE JOINET** - Medidas que propone para garantizar la verdad

*El conocimiento sobre el pasado es fundamental en un proceso de justicia transicional no solamente como materialización de un derecho de las víctimas a la verdad, sino también como un componente fundamental de una reconciliación real y del restablecimiento de la confianza en el ordenamiento jurídico. El valor de la verdad es doble: es útil para identificar colaboradores y agentes del régimen previo para evitar que saboteen los esfuerzos de reconstruir la sociedad. En este sentido, los Principios de Joinet han reconocido la doble naturaleza del derecho a la verdad señalando que tiene un valor individual y también uno colectivo. (i) En el campo individual, la incapacidad de lidiar con lo ocurrido es el origen del daño que padecen: el guardar secretos dolorosos puede producir la parálisis de la capacidad de amar y de actuar de las personas, por ello cuando las víctimas tienen la posibilidad de contar su versión de los hechos y hay empatía con su sufrimiento, se les respeta como personas y se les trata con dignidad y no con desprecio, como suele ocurrir cuando esas manifestaciones públicas no se han producido. (ii) En el campo colectivo, desde el punto de vista del derecho a la verdad, si no hay esfuerzos colectivos por recordar, y no se pone fin a la deshumanización que sentó las bases de las atrocidades, esa sociedad corre el riesgo de repetirlas. En este aspecto, los Principios de Joinet proponen una serie de medidas para garantizar la verdad: “Dos series de medidas se proponen a este efecto. La primera concierne a la puesta en marcha, a corto plazo, de comisiones no judiciales de investigación. Salvo que haya una justicia rápida, y esto es poco común en la historia, los tribunales no pueden sancionar rápidamente a los asesinos y sus cómplices comanditarios. La segunda serie de medidas tiende a preservar los archivos que tengan relación con las violaciones de derechos humanos”. Las comisiones de la verdad pueden prestar una ayuda muy valiosa a las sociedades con posterioridad a un conflicto al comprobar hechos relacionados con infracciones de derechos humanos en el pasado, fomentar la rendición de cuentas, preservar las pruebas, identificar a los autores y recomendar indemnizaciones y reformas institucionales. Estas comisiones son órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el Derecho Humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años. Se ocupan en particular de las víctimas y concluyen su labor con la presentación*

*de un informe final sobre las conclusiones de su investigación y sus recomendaciones. Las comisiones de la verdad pueden contribuir a una meta tan ambiciosa para la justicia transicional ya que: (i) su búsqueda de la verdad puede implicar la comprensión de las causas complejas de los abusos pasados contra los derechos humanos; (ii) una comisión de la verdad estará en condiciones de hacer recomendaciones sobre reformas institucionales; (iii) las acciones de una comisión de la verdad se pueden vincular directamente a la reducción de la pobreza y del racismo, mediante la reparación y la rehabilitación; (iv) su enfoque sectorial con respecto a la reforma institucional y al desarrollo de largo plazo impulsa en sectores estatales y particulares la necesidad de emprender un proceso de reflexión y reformas institucionales; (v) una comisión de la verdad puede contribuir a largo plazo a la democratización y a la igualdad de respeto por todos los ciudadanos al poner en práctica en el proceso lo que predica en su resultado. En este sentido, la Corte Constitucional ha destacado la importancia de las comisiones de la verdad para construir la verdad y enfrentar varios de los múltiples problemas surgidos al interior de las sociedades posconflicto: 'De esta manera, reafirmando que la plena realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral es responsabilidad primordial del Estado, la importancia de las comisiones de la verdad radica en que permiten plantear un enfoque armónico necesario para construir la verdad y enfrentar varios de los múltiples problemas surgidos al interior de las sociedades posconflicto. Se establece así una verdad que tiene en consideración las sucesivas fases de los crímenes y situaciones sufridas, pudiendo también examinar casos individuales, desde diversos conceptos de verdad, ya sea global, moral, objetiva o histórica, sirviendo así de insumo para el cumplimiento sucesivo de materializaciones que atañen a las instancias estatales, entre ellas la implementación de medidas puntuales de satisfacción y la garantía de no repetición de los hechos'. Sobre las comisiones, los Principios de Joinet exigen una serie de elementos necesarios para que sean legítimas: garantía de independencia e imparcialidad, garantía en favor de los testimonios de víctimas; garantías concernientes a las personas imputadas; publicidad del informe y; preservación de los archivos con relación a las violaciones de los derechos humanos".*

En el Acto Legislativo No. 01 de 2012, se contempló la creación de una Comisión de la Verdad. En efecto el art. 1° del Acto Legislativo dispone la creación del artículo 66 transitorio de la Constitución Política que contempla que

“Una ley deberá crear una comisión de la verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. El mandato de la comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de los criterios de selección”.

Luego la facultad para la creación de una comisión a la verdad mediante una ley (no necesariamente estatutaria) está taxativamente desde la Constitución Nacional, simultáneamente con el establecimiento de una justicia transicional, de ahí que no son excluyentes. Los objetivos de cada una de estas instituciones difiere y su concepción misma es diferente, una situación es la búsqueda de la justicia y otra la verdad aunque en la primera esté implícita.

De esta manera la justificación que trae la Corte Constitucional de una Comisión de la Verdad, no es contraria sino complementaria al establecimiento de un Sistema de Justicia Transicional y, a la vez, se puede realizar en un entorno de negociación para concluir un conflicto armado, las partes de esta han consentido un principio de comisión, sin embargo, limitada a su contexto, que no resuelve la generalidad de lo que se pretende en un contexto de violencia como el que ha sufrido Colombia, los entornos sociales y políticos concluyen la necesidad de la implementación de una Comisión a la Verdad amplia e incluyente.

## CONCLUSIONES

Los objetivos de las comisiones a la verdad, sin desconocer otros, deben comprender:

1. Descubrir, esclarecer y reconocer oficialmente los abusos del pasado.
2. Responder a necesidades específicas de las víctimas.
3. Contribuir a la justicia y a la rendición de cuentas.
4. Explicar, en términos generales, las responsabilidades institucionales.
5. Recomendar reformas legales.
6. Promover la reconciliación y reducir el conflicto sobre el pasado.

La misión de la Comisión de la Verdad es lidiar con los crímenes del pasado, la reconciliación nacional, los enjuiciamientos que deben seguirse, la investigación que haga transición entre un pasado violento y un futuro en paz.

Observando que la justicia transicional en Colombia no puede cumplir con el conocimiento de la verdad, es preciso que este vacío sea llenado por una Comisión de la Verdad. Si se tiene en cuenta que en los diálogos de paz no se llega al conocimiento de la verdad sobre los hechos victimizantes, es preciso llevar estos a esta Comisión.

Al observar que ni en la justicia transicional ni en los procesos de conversaciones de paz en Colombia se ha involucrado a las instituciones del Estado ni al sector privado en la responsabilidad por hechos violentos acaecidos, es preciso la creación de una Comisión de la Verdad que los involucre. Al tener en cuenta que la Constitución ordena que “Una ley deberá crear una comisión de la verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. El mandato de la comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de los criterios de selección”, es precisa su implementación urgente, para que la sociedad en general sea involucrada en el conocimiento de la verdad de lo sucedido en nuestro país.

Una Comisión de la Verdad no significa que esta no tenga diversidad en subdivisiones para estudio de diversos casos en particular o fenómenos particulares.

#### **BIBLIOGRAFÍA:**

Pontificia Universidad Javeriana. *Las Víctimas frente a la búsqueda de la Verdad y reparación en Colombia*, Bogotá, ¿año?

Centro Internacional para la Justicia Transicional. *Verdad, memoria y reconstrucción*, 1ª ed., ¿ciudad? 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M. S. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. M. P. Manuel Cepeda Espinoza, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional. Sentencia C-1199 de 2008. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. José Luis Barceló Camacho. Radicado 2006-80114 del 07 de noviembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Segunda Instancia 34547 de 2011. M. P. María González de Lemos.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Segunda Instancia 30955 de 2009. M. P. José Leonidas Bustos Martínez.

Ministerio del Interior, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Defensa, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Ley 1592 de 2012. Ley de Justicia y Paz. Bogotá, Colombia, 3 de diciembre de 2012.

Ministerio de Justicia y del Derecho. Ley 782 de 2002, Bogotá, Colombia, 23 de diciembre de 2002.

Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Defensa Nacional. Ley 975 de 2005. Ley de Justicia y Paz, Bogotá, Colombia, 25 de julio de 2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *El proceso de desmovilización en Colombia*. Informe Doc. 60 de la OEA/Ser.L/v/11.120, 13 de diciembre 2004.

Congreso de la República. Acto Legislativo 01 de 2012. “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Marco Para Jurídico para la Paz”.

Convención Americana de Derechos Humanos. Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada en el seno de la Organización de Estados Americanos, OEA, que extendió las normas de los refugiados a las situaciones de violencia generalizada y a los desplazados internos –parte III, párrafo 5–.

Organización de las Naciones Unidas, ONU. *Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad o “Principios Joinet”*, arts. 2, 3, 4 y 37.

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder. Arts. 8 y 11.

Fiscalía General de la Nación. *Estadística Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz*. 1º de diciembre de 2012, en [www.fiscalia.gov.co/jyp/unidad-de-justicia-y-paz/](http://www.fiscalia.gov.co/jyp/unidad-de-justicia-y-paz/).

García Arboleda, Juan Felipe. *El lugar de las víctimas en Colombia*, Investigación U. Javeriana. CITpax. Bogotá, Editorial Temis, 2013.

Mesa de Conversaciones para la Terminación del Conflicto y la Constucción de una paz Estable y Duradera en Colombia. *Informe Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*. La Habana, 10 de febrero de 2015.

Naciones Unidas, ONU. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Art. 8.

Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Art. 23.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflicto armados sin carácter internacional, 1977, art. 17.

*Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 34-35, San José, Costa Rica, 2001-2002.

*Verdad abierta.com*. *Desmovilización y desarme*. 21 de agosto de 2008 Conflicto armado en Colombia, en [www.verdadabierta.com](http://www.verdadabierta.com).





IMPRESA  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

**Carrera 66 No. 24-09**  
**Tel.: (571) 4578000**  
**[www.imprenta.gov.co](http://www.imprenta.gov.co)**  
**Bogotá, D. C., Colombia**

