

001632

INTRODUCCIÓN

HECHOS

El caso tiene relación con la ejecución por miembros de un grupo paramilitar, en el corregimiento de “La Rochela”, bajo Simacota, departamento de Santander, el día 18 de enero de 1989, de doce (12) personas que se desempeñaban como funcionarios judiciales y miembros del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Policía Judicial, mientras adelantaban una diligencia probatoria, así como las graves lesiones infringidas a otros tres (3) agentes que participaban en la misma diligencia, todo ello con la aquiescencia de algunos agentes estatales.

Sobre estos hechos, así ampliamente narrados, versa la controversia sometida ante esta H. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Debido a que el Estado aceptó su responsabilidad por la violación de los artículos 4.º (derecho a la vida), 5.º (derecho a la integridad personal) y 7.º (derecho a la libertad personal) en conexidad con el artículo 1.1 de la Convención, no se debatirán los hechos que tienen relación directa con la ocurrencia de la masacre. No obstante, cualquier otra valoración de lo que en el expediente se titula como “contexto”, no constituye ni puede constituir tema de controversia en este proceso. Esta posición se aclaró ampliamente en el Escrito de Contestación de Demanda presentado ante esta H. Corte el día 4 de septiembre de 2006, en donde se hizo una valoración detallada de los fundamentos de hecho expuestos tanto por la Comisión, como por los representantes de las víctimas y sus familiares en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, y en donde se consideró necesario hacer las siguientes precisiones:

(a) Los hechos que el Estado reconoce son solamente aquellos que tienen que ver específicamente con el caso de la masacre de “La Rochela”, por lo que el Estado colombiano rechaza de manera categórica las consideraciones de “contexto” hechas en la Demanda, que podrían dar a entender que el fenómeno “paramilitar” fue producto de una política generalizada del Estado colombiano. Igualmente se rechazan todos aquellos hechos alegados por los representantes de las víctimas y sus familiares en el escrito de

solicitudes, argumentos y pruebas, y que hacen referencia directa al paramilitarismo o a la existencia de una política institucional de esa índole. Los representantes no pueden alegar hechos que no sean expuestos en la Demanda como fundamento de la petición, pues se trataría de hechos extraños al debate; no debe olvidarse que el escrito de los representantes no puede entenderse como una demanda, de tal forma que los hechos a tener en cuenta en el proceso son aquellos que la Comisión ha tenido como comprobados en su procedimiento.

(b) En cuanto a los hechos que tienen que ver con la violación de los artículos 8.º y 25, en conexidad con el artículo 1.1 de la Convención, el Estado colombiano acepta de manera parcial los hechos referidos en el Demanda.

(c) El Estado colombiano considera infundadas las afirmaciones de la Comisión, en el sentido de que el fallecimiento de tres testigos y un agente del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, tuvo relación directa con la investigación penal que se adelanta. No se ha determinado dentro de un proceso judicial cuáles fueron los motivos de fondo que llevaron a dicho fallecimiento, por lo que no son admisibles imputaciones tan graves al Estado colombiano.

(d) El Estado colombiano hace hincapié en la necesidad de valorar integralmente el contenido de los documentos y medios de prueba obrantes en el expediente y tenidos en cuenta por la Comisión y los representantes para sus peticiones.

(e) Los argumentos planteados por los representantes y que toman por base otros casos pendientes ante el Sistema Interamericano deben ser rechazados, teniendo en cuenta el artículo 28 del Reglamento de la Corte y las consideraciones de este H. Tribunal para limitar el ejercicio de su función consultiva. Esta actuación por parte de los representantes vulnera el principio de la buena fe que se debe mantener entre las partes intervinientes ante el Sistema Interamericano.

POSICIÓN DEL ESTADO DE COLOMBIA Y PETICIÓN ANTE LA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La posición del Estado colombiano en este contradictorio es la siguiente:

(a) El Estado colombiano reconoce los hechos ocurridos el 18 de enero de 1989 respecto de MARIELA MORALES CARO, PABLO ANTONIO BELTRÁN PALOMINO, VIRGILIO HERNÁNDEZ SERRANO, CARLOS FERNANDO CASTILLO ZAPATA, LUÍS ORLANDO HERNÁNDEZ MUNÓZ, YUL GERMAN MONROY RAMÍREZ, GABRIEL ENRIQUE VESGA

001634

FONSECA, BENHUR IVÁN GUASCA CASTRO, ORLANDO MORALES CÁRDENAS, CÉSAR AUGUSTO MORALES CEPEDA, ARNULFO MEDIA DUARTE, SAMUEL VARGAS PÁEZ, ARTURO SALGADO GARZÓN, WILSON HUMBERTO MANTILLA CASTILLA y MANUEL LIBARDO DÍAZ NAVAS.

(b) El Estado colombiano reconoce su responsabilidad internacional, por acción y por omisión, por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4.º (Derecho a la Vida), 5.º (Derecho a la Integridad Personal) y 7.º (Derecho a la Libertad Personal), en relación con la obligación general establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana respecto de las personas antes mencionadas. Responsabilidad que se asume tanto por acción como por omisión de algunos de sus agentes, aunque circunscrita al caso particular objeto de la demanda.

(c) El Estado colombiano reconoce su responsabilidad internacional por la violación del derecho a la integridad personal recogida en el artículo 5.º de la Convención respecto de los familiares de las víctimas.

(d) El Estado colombiano reconoce su responsabilidad internacional, de manera parcial, respecto de la violación de los artículos 8.º (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), en conexión con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, en perjuicio de las víctimas y sus familiares en el presente caso, pues considera que aún existen procesos judiciales pendientes para la sanción de los responsables intelectuales y materiales.

(e) El Estado colombiano considera que ha cumplido con su obligación convencional establecida en el artículo 2.º de la Convención, adoptando medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención, entre los que se destacan la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios, así como la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-370 de 2006.

El Estado colombiano solicita muy comedidamente a esta H. Corte que concluya y declare:

(a) Que el Estado colombiano ha aceptado su responsabilidad internacional tanto ante la Comisión Interamericana como ante este H. Tribunal, en los términos expuestos anteriormente.

(b) Que el Estado colombiano ha venido adelantando las investigaciones penales y disciplinarias con el objetivo de sancionar a todos los responsables de los hechos y esclarecer

la verdad de lo ocurrido en el caso conocido como “La Rochela“, obviamente sin perjuicio del deber de continuar y llevar hasta su culminación dichas investigaciones.

(c) Que el Estado suscribió con los representantes de las víctimas y sus familiares un acuerdo parcial respecto a las reparaciones en este caso, el cual se solicita a la Corte que sea homologado.

(d) Que el Estado ha cumplido con el deber de reparación integral, y particularmente con sus obligaciones de carácter pecuniario, con las víctimas y/ o los familiares de aquellos que acudieron a las instancias judiciales internas. Y frente a los familiares de las víctimas que no acudieron a la jurisdicción interna ni quedaron incluidos dentro del acuerdo parcial suscrito por el Estado y los representantes, que se nieguen las pretensiones a nivel internacional y, sean conminados a recurrir al mecanismo excepcional establecido en la Ley 288 de 1996, relativa a la reparación.

(e) Que el Estado ha adelantado las medidas necesarias para combatir y dismantelar los grupos al margen de la ley, de conformidad con los parámetros establecidos por la Comisión en sus recomendaciones.

(f) Que el Estado ha adoptado otras formas de reparación tendientes a ser medidas de satisfacción y obligaciones de no repetición.

(g) Las costas y gastos de acuerdo a los parámetros reiterados en la jurisprudencia, es decir, como parte de las reparaciones que se establecen en el artículo 63.1 de la Convención, si a ello hubiere lugar.

ESTRUCTURA DEL ESCRITO DE ALEGATOS FINALES

El presente escrito está elaborado en cinco apartados:

1.- Capítulo primero. La responsabilidad del Estado con base en la categoría de la injerencia, que trata de las obligaciones de revocar riesgos anteriores que han colocado en peligro los derechos humanos.

2.- Capítulo segundo. La responsabilidad del Estado por hechos de terceros.

3.- Capítulo tercero. Estudio de la ley de justicia y paz desde la perspectiva de la teoría de la proporcionalidad y la ponderación. Instrumento conceptual utilizado para resolver

las restricciones y colisiones entre derechos fundamentales. Aplicación de esta herramienta en la Convención Americana de Derechos Humanos.

4.- Capítulo cuarto. Análisis de la ley de justicia y paz desde la perspectiva concreta de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. Demostración de cómo la justicia transicional desarrollada por Colombia, se ajusta a los parámetros de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5.- Capítulo quinto. Las reparaciones concedidas por Colombia, vistas desde la óptica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

CAPÍTULO PRIMERO

EL ESTADO COLOMBIANO HA CUMPLIDO CON LAS OBLIGACIONES
CONTENIDAS EN EL ART. 2.º DE LA CONVENCIÓN.
LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR COLOMBIA SON CUMPLIMIENTO
DE LOS DEBERES DE DILIGENCIA QUE SURGEN DE LA FIGURA
JURÍDICA DENOMINADA “INJERENCIA”

INTRODUCCIÓN

De la observancia de la jurisprudencia reciente de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, se colige que la asignación de responsabilidad a los Estados puede tener por fundamento un criterio de responsabilidad muy estudiado en la dogmática jurídica. Según el H. Tribunal, cuando un Estado crea una “situación de riesgo objetiva” para su población, se genera la obligación de mitigar en cualquier tiempo todas las consecuencias de esa situación de riesgo creada. El anterior argumento responde a la figura jurídica generadora de responsabilidad denominada “injerencia”, que será analizada detalladamente en la primera parte de este escrito, para demostrar que el Estado colombiano ha cumplido con la adopción de las medidas necesarias para garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos que exige la interpretación que ha hecho la Honorable Corte en su jurisprudencia. Algunas de las medidas institucionales del Estado colombiano como, por ejemplo, la expedición e implementación de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) es precisamente *uno* de los mecanismos adoptados por Colombia para cumplir con lo mandado en el art. 2.º de la Convención.

Es en la sentencia del Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia (31 de enero de 2006) donde ésta H. Corte expone para el Estado colombiano esta tesis. En el análisis de los deberes de prevención y de protección de los derechos a la libertad, integridad personal y vida de las víctimas, la H. Corte reconoce que si bien el Estado adoptó varias medidas tendientes a mitigar la acción violenta de los grupos de autodefensa o paramilitares, con el hecho de que fuera el mismo Estado quien contribuyó legalmente a la creación de estos grupos unos años atrás, “*creó objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes*

y no adoptó todas las medidas necesarias ni suficientes para evitar que éstos puedan seguir cometiendo hechos como los del presente caso. La declaratoria de ilegalidad de éstos debía traducirse en la adopción de medidas suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado¹”.

El anterior argumento responde a la figura jurídica generadora de responsabilidad denominada “injerencia”. Los presupuestos de su afirmación han sido desarrollados en la dogmática jurídica de forma muy precisa; por tal razón, el Estado Colombiano se permite hacer algunas observaciones respetuosas sobre dicha figura jurídica y su alcance teórico. Al final dejaremos al descubierto dos cosas: en primer lugar, que la exposición hecha por este H. Tribunal coincide plenamente con las elaboraciones científicas sobre injerencia y, en segundo lugar, que todas las medidas que ha venido tomando el Estado colombiano para lograr la efectiva protección de los derechos convencionales, como, por ejemplo, la creación e implementación de la Ley de Justicia y Paz, responden al cumplimiento de los deberes que le han surgido al Estado por conductas anteriores creadoras de riesgos especiales. Deberes de diligencia en virtud de injerencia, que el Estado ha cumplido a cabalidad.

Procederemos de la siguiente forma: en primer lugar (I), expondremos los motivos jurídicos que sustentan la necesidad de un correcto entendimiento de la figura de la injerencia. Luego (II y III) haremos un estudio sobre la evolución dogmática del concepto de injerencia en derecho. Se expondrá (IV) igualmente la injerencia como desarrollo jurídico presente en la filosofía liberal moderna, para (V) abordar unos de los interrogantes más discutidos: la calidad del comportamiento precedente. Seguidamente (VI) analizaremos los límites a la responsabilidad por injerencia y también (VII) relacionaremos esta figura con otros criterios fundadores de obligaciones en derecho. En un último gran apartado (VIII) estudiaremos la injerencia como criterio a utilizar en la deducción de responsabilidad internacional de los Estados y mostraremos como el Estado colombiano ha cumplido con este deber a cabalidad. Esta primera parte terminará con un resumen de conclusiones (IX).

1 *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140, párr. 126.

I. LA PROSCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA
ES UN PRINCIPIO DEL DERECHO MODERNO APLICABLE A LA
DEDUCCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Lo primero que se debe poner de presente, es que la utilización adecuada de la injerencia como fuente de obligaciones, presupone su inscripción dentro de fundamentos o estructuras de imputación claramente definidos. Es decir, la responsabilidad por injerencia procede, cuando (i) está plenamente demostrado que un deber se infringió y (ii) dicha lesión le es imputable a un Estado. Imputar significa que se debe elegir dentro de las posibles causas que llevaron al resultado aquellas que son desaprobadas por el ordenamiento jurídico y que tuvieron incidencia directa en dicho resultado, pues desde el punto de vista de las leyes de la naturaleza muchas condiciones pueden ser causa de un resultado, pero no todas tienen el significado de la lesión concreta del deber.

La existencia de supuestos de imputación concretos es una conquista de la sociedad moderna, respetuosa de los derechos del hombre y que, por consiguiente, ha abandonado la responsabilidad por aquello que se conoce como “destino”. “Destino” es el concepto utilizado para describir una parte del sentido del mundo que debe ser aceptada sin más. Una responsabilidad por el destino no tendría ya una explicación racional y no sería respetuosa de los derechos humanos, pues éstos también son el resultado de ganancias en libertad de la sociedad moderna y merecen una explicación por fuera del concepto de destino. Es claro que el mundo moderno ya no acepta más este destino, sino que, por el contrario, el mundo no conoce otro destino que el administrado por la razón. El mundo moderno es —con las palabras de MAX WEBER— un mundo desmitificado, sin mitos y sin destino, y en él todo se rige por aquello racional explicable.

La imputación y la existencia de estructuras para imputar son el resultado del entendimiento racional del mundo moderno y del abandono de la responsabilidad por dicho destino. Lo que se hace en el marco de toda imputación es vincular un suceso con un destinatario, de manera que este destinatario resulta ser a quien pertenece el suceso: éste es quien lo ha creado o permitido preponderantemente que tuviese lugar. Las estructuras de imputación de responsabilidad internacional del Estado cumplen esta función a cabalidad. Ellas vinculan la violación de los derechos reconocidos en la Convención con un destinatario, un Estado, a quien pertenece en sentido normativo ese suceso de violación. Ellas explican el porqué de la atribución y, entonces, son algo muy opuesto a la responsabilidad por el destino, en la cual no hay explicación racional, sino que todo se asume sin más por la causalidad.

Entonces, en el mundo moderno racional imperan los fundamentos jurídicos de imputación. Si bien es cierto que lo anterior es claro dentro de un Estado y en la aplicación del

derecho interno a los súbditos, no es menos cierto que esta idea también debe regir la responsabilidad internacional de los Estados, pues, una vez más, la racionalidad es una conquista del mundo jurídico moderno y, por tanto, debe hacer parte del ordenamiento y la actuación internacionales.

Sea cual fuese el marco teórico de partida de la formación y surgimiento de un Estado, esto es, si es el contrato o si es el afianzamiento institucional, en él se debe optar por la racionalización del derecho y la deducción racional de responsabilidad. No todos los que de una u otra forma hayan contribuido causalmente a un hecho violatorio de los derechos humanos deben responder; por el contrario, hay que poder determinar a quien le compete dicha violación porque es quien hace el aporte más importante. Los ordenamientos jurídicos modernos toman esta idea proscribiendo expresamente todo tipo de responsabilidad objetiva, esto es, por el simple hecho causal anterior y sin el análisis de supuestos objetivos y subjetivos de responsabilidad, pues no todas las acciones ni todos los resultados interesan en el Derecho. En un Estado de derecho es impensable hacer responder a la madre del que lesiona los derechos humanos por el simple hecho de su contribución causal anterior, por la procreación. Aquí es donde se empiezan a necesitar estructuras de imputación que permitan determinar cuál aporte causal es el desaprobado jurídicamente; con KANT, el sujeto de derecho es aquel que es capaz de imputación. No existe entonces reciprocidad entre los fenómenos de la causalidad y la responsabilidad o imputación; si bien todo juicio de responsabilidad supone la existencia previa de la causalidad y su comprobación, no toda relación causal conduce inevitablemente al reconocimiento de un reproche jurídico, o en otros términos, la causalidad es una condición mínima pero no suficiente de imputación².

La misma idea racional del mundo moderno debe regir las relaciones entre los Estados y su responsabilidad internacional, pues de lo contrario se estaría en un estado de naturaleza entre Estados en el sentido hobbesiano del término. Debe recordarse que la lucha por la juridicidad internacional ya estuvo presente en el desarrollo filosófico moderno, precisamente en el interior de la filosofía de la libertad, el idealismo alemán, el cual partió de la razón y de la necesidad de racionalizar las relaciones entre los Estados. No obstante, esto es producto de una evolución filosófica y de los logros de la modernidad, pues en un principio las elaboraciones filosóficas concibieron las relaciones entre los Estados como situación de guerra, así HOBBS por ejemplo:

2 Cfr. al respecto BACIGALUPO. "La imputación objetiva", *Revista del Colegio de abogados penalistas de Caldas*, 1992, p. 11; V. BAR. *Die Lehre von Causalzusammenhänge in Rechte, besonders im Strafrecht*, 1871, p. 1; BURGSTALLER. *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, p. 82; LARENZ. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 61 y s.

Ahora bien, aunque nunca existió un tiempo en que los hombres particulares se hallaran en una situación de guerra de uno contra otro, en todas las épocas, los reyes y personas investidas con autoridad soberana, celosos de su independencia, se hallan en estado de continua enemistad, en la situación y postura de los gladiadores, con las armas asestadas y los ojos fijos uno en otro. Es decir, con sus fuertes guarniciones y cañones en guardia en las fronteras de sus reinos, con espías entre sus vecinos, todo lo cual implica una actitud de guerra (...).

Respecto de los oficios de un soberano con respecto a otro, comprendidos en la ley que comúnmente se denomina *ley de las naciones*, no necesito decir nada en este lugar, porque la ley de las naciones y la ley de la naturaleza son la misma cosa, y cada soberano tiene el mismo derecho, al velar por la seguridad de su pueblo, que puede tener cualquier hombre en particular al garantizar la seguridad de su propio cuerpo (...)³.

Pero pronto serían los filósofos ROUSSEAU y KANT quienes aportarían las ideas básicas para la estructuración del orden jurídico internacional que hoy conocemos. KANT parte de la necesidad de instaurar un estado de paz entre los Estados, es decir, un estado en el que impere el derecho, pues salir de ese estado de naturaleza es un imperativo de la razón, un deber que también tienen los Estados, un mandato de la idea del Derecho⁴, de la racionalidad. Todos los Estados “pueden y deben exigir de los otros que entren con él en una Constitución semejante a la Constitución civil, en la que se pueda garantizar a cada uno su derecho”⁵, y esta Constitución es para KANT la “federación de pueblos”⁶. Es en aras del mantenimiento de la juridicidad que los Estados deben someterse cada vez más a la coacción; con KANT:

Los Estados con relaciones recíprocas entre sí no tienen otro medio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conduce a la guerra, que el de consentir leyes públicas coactivas, de la misma manera que los individuos entregan su libertad salvaje (sin leyes), y formar un *Estado de Pueblos (civitas gentium)* que (siempre, por supuesto, en aumento) abarcaría finalmente a todos los pueblos de la tierra⁷.

Se observa entonces, que las elaboraciones filosóficas que racionalizaron el papel del Estado frente al individuo particular introdujeron esta racionalidad en las relaciones

3 HOBBS. *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, XVII, p. 137, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 290 y s.

4 Cfr. EBBINGHAUS. *Kants Lehre vom ewigen Frieden und die Kriegsschuldfrage*, en *ÍD. Gesammelte Schriften*, t. I, Bonn, 1986, pp. 1 y s.

5 KANT. *Sobre la paz perpetua*, 1795, JOAQUÍN ABELLÁN (trad.), p. 10, Reimpresión de la 6.ª ed. 1998, Madrid, 2001, p. 21.

6 *Ibidem*.

7 KANT. *Sobre la paz perpetua*, pp. 25 y ss.

entre Estados y en su sometimiento a la coacción, a tribunales internacionales como los que hoy en día velan por el respeto de los derechos humanos dentro de los Estados. Por lo tanto, cualquier decisión coactiva que afecte al Estado, el cual se ha sometido voluntariamente a normas internacionales que lo obligan, tiene que ser una igualmente racional, esto es, que respete sus derechos y que utilice mecanismos racionales en la deducción de una posible responsabilidad internacional. En materia de responsabilidad internacional de los Estados debe estar proscrita igualmente cualquier forma de responsabilidad objetiva, por el destino y por los mitos. Así como cuando hay una tempestad que causa inundaciones no deducimos responsabilidad dando látigos al mar, de igual forma resulta inadmisibles hacer responder a un Estado por todos las lesiones a los derechos humanos que se causen en su territorio; eso sería tanto como imputar por el destino y no por un fundamento jurídico. Como se analizará en el capítulo siguiente, la Corte Interamericana ha establecido que no todos los actos entre particulares que vulneren los derechos de unos, pueden ser atribuibles al Estado, sino que deben existir ciertas circunstancias como la falta de diligencia o una relación institucional entre estos particulares y los agentes estatales para que el Estado sea responsable por estos actos.

Pensemos en casos como el de *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, fallado por la H. Corte el 2 de julio de 2004. En éste se condena acertadamente al Estado de Costa Rica por la violación de los deberes convencionales en relación con la libertad de pensamiento y de expresión del señor ULLOA, en virtud de una sentencia penal condenatoria por la publicación de una información que hiciera el periodista en un periódico de gran difusión. Con la actividad estatal, la providencia judicial contraria a derecho, se vulneraron efectivamente los derechos fundamentales del señor ULLOA y, en consecuencia, los deberes convencionales, de manera que existe una actividad anterior del Estado generadora de la lesión del ordenamiento jurídico internacional (la condena judicial contraria a derecho); aquí en este caso se encuentra claramente establecida la actividad antijurídica necesaria para afirmar la responsabilidad internacional del Estado.

Lo que no se podrá aceptar, para seguir con los derechos de libertad de expresión y de pensamiento, es pensar en la responsabilidad del Estado porque éste, por ejemplo, autorice el funcionamiento de un medio de comunicación que posteriormente en el desarrollo de su actividad comete atentados graves contra estos derechos, pues si bien la autorización estatal es una contribución causal respecto del resultado, ésta no es suficiente para el juicio de responsabilidad internacional del Estado. Y es que este es el pensamiento de la injerencia como figura racional de deducción de responsabilidad que queremos rescatar: la actividad del Estado será relevante frente a los deberes de la Convención, cuando sea la contribución decisiva en la violación de los derechos humanos, pues de lo contrario arribamos a absurdos como el acabado de mencionar, en los que un simple aporte causal, la autorización del funcionamiento del medio de comunicación,

resulta suficiente para afirmar la responsabilidad del Estado por hechos que, en verdad, deberían ser imputados a las personas que directamente los cometieron. Por consiguiente, *imputar no es sinónimo de causalidad*. Por el contrario, implica la comprobación de la lesión de un deber a través de una conducta desaprobada por el Derecho, de que algo es la obra de alguien. Así lo afirmó el gran filósofo alemán HEGEL a comienzos del siglo XIX, cuando igualmente distinguió entre consecuencias que pertenecen a la conducta y aquellas que no y que únicamente pertenecen a la modificación del mundo exterior⁸, es decir, cuando diferenció entre causalidad e imputación.

Es por lo anterior, que en casos como *Blake y Paniagua vs. Guatemala*, la Corte nombra a un capítulo de su sentencia de fondo como la imputabilidad que tiene el Estado o no respecto de actos de particulares. Este análisis será desarrollado *infra*.

II. LA INJERENCIA COMO CRITERIO JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD. PRIMER DESARROLLO

El jurista que sentó las bases de lo que modernamente se conoce como injerencia fue STUBEL. Este autor reconoció en el año de 1828 la posibilidad de obligarse a causa de una conducta precedente⁹; en virtud de un comportamiento anterior a través del cuál se coloca una situación de peligro, se generan deberes jurídicos concretos. La conducta generadora del peligro desencadenaría la obligación que luego al no ser atendida fundamenta la responsabilidad. El reproche iba dirigido entonces a la omisión del cumplimiento del deber.

Posteriormente los desarrollos de la figura de la injerencia se darían en el marco de la comprobación de la causalidad de un hecho respecto de un resultado, pues en la época del predominio de la visión naturalista del mundo y, por ende, del Derecho, resultaba importante comprobar que una omisión era causal respecto del resultado que se tenía empíricamente, para así corresponder con la responsabilidad por un comportamiento activo, paradigma de la responsabilidad jurídica hasta ese momento. El actuar precedente del autor era entonces la “causa” de la no evitación del resultado. Así, para KRUG¹⁰ y MERKEL¹¹ una omisión es causal para el resultado cuando ella atenta contra un deber

8 HEGEL. *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, 1821, CARLOS DÍAZ (trad.), 1993, adición al § 115, § 118.

9 STUBEL. *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, 1828, p. 61.

10 KRUG. *Commentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königsreich Sachsen*, 4 Parte, 1855, pp. 21 y ss.

11 MERKEL. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, pp. 13 y ss.

que ha surgido por un actuar precedente. También GLASER¹² ve en la acción anterior la causa del resultado, sin embargo afirma que ésta resulta de una consideración en conjunto entre la acción precedente y la posterior omisión. Esta perspectiva causal de la injerencia es para algunos el “origen ilegítimo” de la figura, pues solo un pensamiento jurídico obsoleto puede deducir responsabilidad a partir de la mera causalidad¹³.

Cuando se superó la necesidad de fundamentar la causalidad de la omisión, la discusión en torno a la responsabilidad (no ya en torno a la causalidad) omisiva pasó a ser analizada teniendo como punto de partida obligacional la denominada teoría formal del deber jurídico, la cual concebía como soporte de la responsabilidad por omisión la ley, el contrato y el comportamiento precedente¹⁴. En cuanto a este último se empezó discutir acerca de su calidad, concluyéndose que sólo es fuente de obligaciones aquel actuar anterior contrario al ordenamiento jurídico¹⁵. Así el Tribunal del Reich alemán (Tribunal Supremo de Alemania hasta 1945) sostuvo que queda obligado a evitar el resultado aquel que “mediante sus propias acciones [...] ha creado una situación contraria a la ley [...] o circunstancias que en su ulterior desarrollo producen el resultado que infringe el ordenamiento jurídico”¹⁶.

La discusión sobre injerencia, como creación de un peligro a través de un comportamiento precedente, se empezó a desmoronar cuando la dogmática jurídica de posguerra quiso poner fronteras materiales a la génesis de los deberes en derecho y tomó como punto de partida los denominados deberes de aseguramiento en el tráfico, los cuales habían sido desarrollados con mayor fuerza en el ámbito del derecho civil¹⁷. A pesar de lo anterior, la figura de la injerencia se ha mantenido con pocas variaciones hasta hoy, y la

12 GLASER. *Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht*, t. 1, 1858, pp. 293 y ss. Sobre el particular en detalle J. PERDOMO TORRES. *La problemática de la posición de Garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, 2001.

13 SCHÜNEMANN, *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, en *ZStW* 96 (1984), pp. 287 y ss

14 Cfr. VON HIPPEL. *Deutsches Strafrecht*, II, 1930, pp. 161 y ss.; FRANK. *Das Strafgesetzbuch*, 18.ª ed., anotación al § 1, 1931; MEZGER. *Strafrecht*, 1931, pp. 133 y ss.

15 Por ejemplo JESCHECK, en *LK*, § 13 nm. 33; JESCHECK/WEIGEND. *Allgemeiner Teil*, p. 625; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 25.ª ed., 1997, § 13. El Tribunal Supremo alemán jugaría posteriormente un papel importante en esta evolución BGHSt. 17, 321 y 19, 152.

16 Cfr. RG 17, 260 y ss.

17 Sobre los deberes de aseguramiento en el tráfico v. BAR. *Verkehrspflichten*, 1980; fundamental sobre la injerencia como un deber de aseguramiento v. BAR. ob. cit., pp. 43 y ss.; ID. *Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten*, *JuS* 1988, pp. 169 a 174.

mayoría de los ordenamientos jurídico consagran la posibilidad de obligarse en virtud del comportamiento precedente antijurídico.

III. LA RESPONSABILIDAD POR INJERENCIA EN LA SOCIEDAD MODERNA

El auge de esta forma obligacional está íntimamente ligado con el desarrollo social y con el aumento en la complejidad de las sociedades. WELZEL¹⁸ llamó la atención de lo rápido que ha evolucionado esta figura. Él puso de presente que los tribunales alemanes siempre fueron reacios a considerar como garante al que causa un accidente y no atiende las consecuencias, pero que modernamente este tipo de responsabilidad pertenece al ámbito de la responsabilidad normal y además necesaria. Lo anterior, por supuesto, se explica por el aumento del riesgo y el peligro que se tolera en la interrelación social, que desemboca en la aprehensión jurídica del control de ese peligro o riesgo ahora tolerado.

La responsabilidad por injerencia es discutida hoy en día con mucho ahínco¹⁹; la doctrina mayoritaria reconoce, sin embargo, que el comportamiento precedente puede generar responsabilidad por la posterior omisión. En su concepción estricta la injerencia exige una medida de revocación de un peligro creado con anterioridad. Ahora bien, en el marco de los deberes conocidos como de “aseguramiento en el tráfico” que pueden surgir también de un comportamiento precedente, se afirma que por estar presente esta conducta anterior, ya se tiene una responsabilidad por injerencia; sería el caso de la persona que construye una casa y que debe entonces asegurar la construcción frente a peligros a terceros. No obstante, la doctrina quiere mantener el deber allí presente en el ámbito del aseguramiento y utilizar la figura de la injerencia cuando de lo que se trate es de salvar un concreto bien de un peligro exteriorizado.

El caso típico de responsabilidad por injerencia se estudia de la mano de la conducción en el tráfico rodado; cuando un conductor de forma contraria a derecho, esto es,

18 WELZEL, *JZ* 1958, pp 494 y ss.

19 Esta figura no solo es discutida en cuanto a sus límites; incluso algunos le niegan trascendencia como un principio de deducción de responsabilidad, cfr. entre otros SCHÜNEMANN, *GA* 1974, pp 231 y ss.; LAMPE, *ZStW* 72 (1960), pp. 93 y ss., OEHLER, *JuS* 1961, p. 154; BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlín, 1986, pp 418 y ss. Este último autor afirma que si bien la injerencia puede llevar a responsabilidad, ésta se fundamentaría en una acción y no en una omisión.

antijurídicamente atropella a un ciclista y lo abandona a su suerte a pesar de que reconoce que éste morirá si no es atendido por un médico, lo que precisamente sucede, se hará responsable del peligro creado contrario a Derecho.

IV. LA INJERENCIA COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE LIBERTAD

Las modernas elaboraciones en esta materia se han inscrito decididamente en los aportes de la filosofía del derecho de GEORG FRIEDRICH WILHELM HEGEL, quien en la tradición ilustrada kantiana concreta las manifestaciones de la voluntad libre, de la voluntad del sujeto en figuras jurídicas aplicables a la deducción de responsabilidad. Partiendo de estas premisas filosóficas, la moderna teoría de la responsabilidad, desde el gran civilista KARL LARENZ²⁰ hasta los juristas de más renombre actualmente como GUNTHER JAKOBS²¹, crean una teoría de la responsabilidad *en derecho*, más concretamente, de la obligatoriedad jurídica de la mano de la teoría hegeliana y la adaptan a las necesidades de la sociedad moderna.

Hoy se afirma la libertad del sujeto de moverse en sociedad, de configurar su espacio de actuación de tal forma que no se causen daños a los demás, es la concreción del significado negativo de la definición de Derecho de KANT²² y que en HEGEL se manifiesta en el § 36 de los “Fundamentos de la Filosofía del Derecho”²³: todos, por ser personas en Derecho, esto es, por ser portadores de deberes y derechos, debemos respetar a los demás también como portadores de tales derechos (*neminem laedere*)²⁴. Ese respeto que exige el filósofo alemán debe entenderse acorde con la libertad como principio básico del Derecho; lo que está en juego es la posibilidad del ejercicio de libertad normativa, es decir, aquella limitada por los intereses jurídicos de los demás.

De este principio general surgen para los ciudadanos por lo menos dos deberes concretos: deberes de aseguramiento en el tráfico y deberes derivados del comportamiento

20 LARENZ. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927.

21 JAKOBS. *Strafrecht AT*, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 29/38 y ss., Berlín entre otras 1993.

22 KANT. *La metafísica de las costumbres*, ADELA CORTINA y JESÚS CONILL SANCHO (trads.), § B, Madrid, 2002.

23 HEGEL. *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, 1821.

24 Cfr. detallado al respecto SÁNCHEZ-VERA. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, pp. 83 y ss.

precedente. Como aquí interesan los segundos, en cuanto que esta idea debe ser analizada desde la responsabilidad internacional del Estado, expondremos sus características generales, pues al ser ideas ancladas en la tradición filosófica totalmente recepcionada por la Convención, tienen plena vigencia a nivel internacional, esto es, respecto de la responsabilidad internacional de los Estados.

El deber de asegurar el propio ámbito de organización surge especialmente por un comportamiento anterior; se habla así de injerencia. Por ejemplo: “*un cochero debe parar o desviar su vehículo cuando en caso contrario una persona resultaría atropellada; quien excava una zanja en una calle pública, tiene que asegurarla de tal forma que nadie caiga en ella, y quien hace una hoguera en el monte debe de nuevo también apagarla*”²⁵. Esta sería la forma de injerencia que la doctrina mayoritaria inscribe en el ámbito de los deberes de aseguramiento en el tráfico y a la que ya se hizo alusión.

Pero es perfectamente posible que el curso dañino que se ha creado haya alcanzado el ámbito de libertad de otra persona, es decir, que el peligro antijurídico creado se haya manifestado afectando los intereses concretos de otro, caso en el cual el pensamiento de la injerencia implica o, mejor dicho, obliga a la revocación de un *output* que ya ha sucedido, a tomar medidas de salvamento del bien jurídico afectado con el curso causal desencadenado con el actuar precedente. Por ejemplo, si el propietario de un arbusto venenoso no lo asegura frente a un menor que se encuentra cerca, “cuando el veneno ha llegado al estómago del niño, hay que extraerlo; esto no es más que el aseguramiento frente a ulteriores daños derivados”²⁶.

El mismo HEGEL esboza esa idea en los “Fundamentos”:

En verdad no es asunto mío si las cosas de que soy propietario y que como externas están y obran en un contexto múltiple (como puede ser el caso conmigo mismo en cuanto que cuerpo mecánico o en cuanto que ser viviente) causan por ello perjuicio a otros. Sin embargo, no es para mí más o menos una carga, porque esas cosas son en general más, aunque también, conforme a su propia naturaleza, sólo están más o menos sometidas a mi dominio, diligencia, etc.²⁷.

25 JAKOBS. *La imputación penal de la acción y de la omisión*, JAVIER SÁNCHEZ-VERA (trad.), Bogotá, 1996, p. 35; ID. *Acción y omisión en Derecho penal*, LUÍS CARLOS REY SANFIZ y JAVIER SÁNCHEZ-VERA (trads), Bogotá, 2000, pp. 17 y ss.

26 JAKOBS. *Injerencia y dominio del hecho*, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, 2001, p. 18.

27 HEGEL. *Fundamentos de la filosofía del derecho*, § 116, p. 398.

El significado de este párrafo se encuentra expuesto con mayor precisión en las cátedras magistrales de 1819/31:

Que yo soy responsable, 'a esto' pertenece que aquello que es mío reside en el hecho. Mío es también aquello que a mí me pertenece en general, lo que yo poseo, aquello que como propiedad tengo, mis hijos, mis animales domésticos. Ahora bien, cuando ellos actúan ellos me competen, es una carga para mí ya que ellos me pertenecen, esto es mi responsabilidad. Que estas actuaciones me competen es desde luego absolutamente correcto²⁸.

También en las notas de V. GRIESHEIM y V. HENNING:

Yo debo responder por los daños que ocasionan mis hijos, mis animales, yo tengo la representación de aquello que se encuentra bajo mi dirección, esto es considerado como extensión de lo mío²⁹.

Otras determinación de la responsabilidad se aprecia en todo aquello que tiene mi atributo y transforma algo externamente, esta transformación estampa mi atributo, pero esto me compete y es una carga para mí en la medida en que lo transformado es mío³⁰.

La exigencia de un deber de cuidado está relacionada aquí con los denominados deberes de aseguramiento en el tráfico. Se parte de la base de que quien tiene libertad de organizar, esto es, de configurar el ámbito de libertad otorgado por el derecho de forma autónoma, adquiere precisamente por ello deberes de evitar que de ese ejercicio de libertad surjan afectaciones a los derechos u esferas de actuación de los demás; es decir, tiene que cuidar que de su ámbito de organización no se potencien lesiones a terceros o a sus bienes, de manera que si se desata un curso lesivo dañino, se deben mitigar todos los posibles daños futuros. Como se observa, estas figuras jurídicas fueron ya esbozadas por el gran filósofo alemán como fundamento de responsabilidad jurídica en general, pues su filosofía buscaba la garantía de la libertad normativa para todos³¹.

Pero la doctrina reconoce que es perfectamente posible que existan varios aportes a analizar en la solución del conflicto en caso de injerencia. Piénsese en un conductor que atropella a un peatón que atraviesa la calle. En este caso se puede discutir quién es com-

28 ILTING. *Hegel III, H. G. Hotho-Nachschrift*, p. 356.

29 ILTING. *Hegel IV, v. Griesheim-Nachschrift*, p. 314.

30 ILTING. *Hegel III, v. Henning*, p. 356.

31 Al respecto PERDOMO TORRES. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, pp. 106 y ss.

petente por el conflicto, esto es, a quien le cae el deber y la responsabilidad ante su incumplimiento, al conductor o al peatón. La doctrina aporta la solución a la cuestión: *“Hay buenos motivos para no gravar con un deber de salvamento a todo aquel que ha causado un accidente, pero sí, a quien lo ha causado mediante una organización antijurídica, y también a quien ha organizado una actividad permitida pero peligrosa, y en verdad, en tanto el suceso no le incumba a otro prioritariamente. Una fundamentación sucinta sería: Quien organiza algo prohibido, debe evitar daños lo mejor que pueda, y quien organiza algo tan solo peligroso, de la misma manera de evitar daños, a no ser que otros hayan organizado algo de más importancia que lo simplemente peligroso”*³² (el resaltado es nuestro).

V. EL PROBLEMA DEL COMPORTAMIENTO PRECEDENTE

La mayoría de los juristas que se han ocupado del tema de la injerencia reclama que el comportamiento precedente generador de deberes sea contrario a derecho, de lo cual se desprendería como regla general la siguiente: no todo comportamiento causal fundamenta el deber, pues a quien se comporta como se acostumbra en la vida normal no hay razón para reprocharle algo; por el contrario, si lo que hay es un comportamiento contrario a derecho, el reproche no necesita mucha justificación.

Pero como se anotó anteriormente, se fundamenta responsabilidad por injerencia también cuando se trate solamente de riesgos especiales, esto es, no necesariamente un comportamiento precedente atentatorio del derecho, pero de todas maneras reclama que ese aporte no sea sobrepasado en importancia por otro, lo cual entonces haría decaer la responsabilidad por injerencia. *“Por tanto, entre los ámbitos de organización concurrentes hay que dilucidar cuál está más intensamente obligado a procurar la eliminación de tal riesgo”*³³.

La doctrina expone algunos casos en los cuáles el comportamiento anterior ajustado a Derecho desencadenaría un deber de actuar so pena de usurpar la libertad ajena; *“Quien en caso de un incendio en su vivienda penetra en la vivienda de su vecino ausente para llenar un cubo de agua, impone a su vecino una situación a tolerar, por lo que está obligado a volver a cerrar el grifo del agua después de terminar con las labores de extinción del incendio y el agua estropearía el suelo de madera”*³⁴.

32 JAKOBS. *La imputación penal de la acción y de la omisión*, p. 36.

33 JAKOBS. *La competencia por organización en el delito omisivo*, ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS (trad.), Bogotá, 1994, p. 25.

34 JAKOBS. *Theorie und Praxis der Ingerenz*, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, editor Canaris entre otros, München, 2000.

La sentencia del Tribunal Supremo alemán conocida como del “*Lederspray*”³⁵ es considerada como un punto de inflexión en esta discusión, pues puso de presente la necesidad de flexibilizar la exigencia de que el comportamiento precedente debe ser de entrada contrario a Derecho. El acusado había puesto en el mercado un nuevo producto atendiendo todos los requisitos y cumpliendo con todas las medidas prescritas en estos casos; no obstante el producto causó graves daños a la salud de algunos consumidores, afectaciones que no pudieron ser explicadas posteriormente desde el punto de vista científico³⁶. El encargado del producto no lo retiró del mercado cuando tuvo conocimiento de los primeros casos (y tampoco después cuando supo de muchos), por lo que el Tribunal vio allí una omisión que atentaría contra el deber derivado de injerencia; el comportamiento precedente que generaría el deber sería la puesta en el mercado del producto.

Esta decisión tuvo mucha resonancia y aceptación en la literatura científica; sin embargo, introducía la discusión sobre la calidad del comportamiento precedente en la injerencia, pues las teorías que reclamaban la contrariedad a derecho de dicho comportamiento, se quedaban así sin piso. En el momento del actuar precedente no existían reglas de la experiencia para nadie que hicieran previsible tal resultado, no obstante el Tribunal consideró que el deber surgía de todas formas cuando precisamente se advirtió de las consecuencias dañinas del producto.

Y es que lo interesante de la decisión radica en la consideración de una situación de riesgo o peligro superior a las que normalmente se toleran en las sociedades. La producción en masa de nuevos productos puede significar una molestia para una sociedad que dispone ya de muchos productos, de manera que si bien el comportamiento precedente de puesta en el mercado es permitido y tolerado por el ordenamiento jurídico en beneficio de una persona en particular, es ésta la que, por ser la que activa la producción, está llamada a su control. Vistas las cosas así en sentido general, puede pensarse que la sentencia impone a cualquier causante de un riesgo el deber de garantía. Sin embargo, y como lo afirma quien ha querido flexibilizar el requisito de la contrariedad a derecho del comportamiento precedente, “del contexto se deduce que sólo se hace referencia al causante decisivo, a quien ha creado el riesgo, es decir, que se quiere identificar a quien ha asumido un riesgo especial como garante”³⁷.

Queda entonces en evidencia que si bien el derecho se adapta a los nuevos desafíos de las sociedades modernas, y para el caso en la que la producción en masa establece nuevos

35 *BGHSt* 37, pp. 106 y ss.

36 Sobre el particular SAMSON, *StV* 1991, p. 182; PUPPE, *JR* 1992, p. 30.

37 JAKOBS. *Injerencia y dominio del hecho*, p. 46.

límites a la responsabilidad por el producto, siempre se buscan los criterios para determinar que el riesgo realizado en el resultado sea responsabilidad de alguien, del que actuó precedentemente bien sea de forma contraria a derecho o asumiendo un riesgo especial pero imputable en el caso concreto. Y así lo ha entendido la jurisprudencia alemana: no se trata solamente de causación, sino de una conducta precedente imputable en el caso concreto y, en consecuencia, no imputable a otros, como hemos venido afirmando aquí se trata de imputación.

VI. LÍMITES A LA RESPONSABILIDAD POR INJERENCIA

La discusión en torno a la figura de la injerencia se reduce a sus límites, dentro de los cuales evidentemente la calidad del comportamiento precedente juega un papel importante, como se advirtió.

A. EL ACTUAR PRECEDENTE DEBE PODERSE IMPUTAR

Como vimos, la literatura científica y la jurisprudencia consideraban que la causalidad era requisito suficiente para fundamentar la responsabilidad por injerencia, y esto, por cuanto fue en la época de la discusión sobre causalidad cuando la injerencia tuvo un gran desarrollo; recordemos las denominadas teorías de la injerencia de KRUG, GLASER y MERKEL. Esta concepción es, por suerte, hoy en día inaceptable, pues un solo contexto causal no puede ser el punto de apoyo de una valoración de responsabilidad. La deducción de responsabilidad que utiliza solamente las leyes de la naturaleza está hoy en día desterrada del ordenamiento jurídico. Con un ejemplo: si alguien invita a un amigo a comer a su casa y éste sufre un accidente en el trayecto causado por otro conductor, tendremos que afirmar que desde el punto de vista de las leyes naturales, la invitación es causal del resultado, pero no suficiente para buscar alguna responsabilidad por las medidas de salvamento necesarias para conjurar las consecuencias del accidente.

Los tribunales intentaron restringir cada vez más la responsabilidad por injerencia, pues si la mera causalidad no es suficiente para el reproche, hay que buscar entonces otro motivo. Sin embargo, muy pronto encontraron casos como el del producto para el cuero "*Lederspray*" en los que se evidenciaba que la injerencia debía de tener un papel dogmático diferente al tradicionalmente definido, por lo demás acorde con el estado de evolución social. Por supuesto, y así ha quedado claro, aunque se hayan flexibilizado jurisprudencial y dogmáticamente los requisitos materiales de la responsabilidad por injerencia, se mantiene de todas formas como su presupuesto esencial el que el resultado pueda ser imputable en el caso concreto a quien ha creado, por lo menos, el peligro

especial por medio del actuar precedente, que se impute la obra a su autor en el sentido hegeliano.

Por lo anterior es que afirmamos que existe una responsabilidad por injerencia solo en la medida en que el actuar precedente causante de la lesión del interés jurídico tutelado es imputable al causante, pues el estado de riesgo o peligro en que se encuentre la víctima es competencia de su creador, es su obra. Si esto no se da, se tendrá que asignar responsabilidad a otro sujeto participante o tal vez al infortunio. La injerencia, como figura jurídica que origina deberes, es un primer paso en el juicio de deducción de responsabilidad. Se concluye entonces que para que exista responsabilidad por injerencia es necesario la infracción o lesión de un deber, el cual ya definimos modernamente como negativo, en el sentido de que presupone el respeto de la libertad de configuración del otro.

B. SI EL ACTUAR PRECEDENTE SE MANTIENE
EN EL ÁMBITO DEL RIESGO SOCIAL TOLERADO
NO PUEDE HABER RESPONSABILIDAD POR INJERENCIA

No pueden existir deberes derivados de injerencia cuando el comportamiento precedente, si bien causal, no constituye la creación de un riesgo para alguien en el momento de su realización. Lo mismo opera cuando es un riesgo tolerado socialmente el que se ha creado con el comportamiento anterior. Asignar responsabilidad en este caso sería casi hacer inoperante la vida en sociedad, pues, por ejemplo, conducir es una actividad riesgosa que, por ende, crea riesgos, no por ese simple hecho todos estamos obligados a responder por injerencia cuando se cause un accidente sin que se violen las normas que rigen el tráfico rodado. La competencia por el conflicto debe buscarse en quien infringiendo su deber haya puesto el aporte de mayor relevancia en el accidente.

Otra cuestión sería el caso en el que si bien el comportamiento precedente sobrepasa el riesgo permitido, la víctima es totalmente competente del conflicto. Por ejemplo, quien conduce a exceso de velocidad, mucho más rápido de lo permitido, se ve involucrado en un accidente donde el conductor de una motocicleta, posterior víctima, causa directamente el accidente. En este supuesto parece aceptarse la tesis de absoluta falta de responsabilidad del conductor cuando se compruebe que aún en el caso de que se hubiere respetado el límite de velocidad exigido el resultado se hubiese producido, pues lo contrario sería un regreso al *versari in re illicita*.

C. NO HAY RESPONSABILIDAD POR INJERENCIA
CUANDO EL PELIGRO CREADO CON EL COMPORTAMIENTO
PRECEDENTE PUEDE SER ASIGNADO AL ÁMBITO DE
RESPONSABILIDAD DE OTRO SUJETO AUTORESPONSABLE

Piénsese en el caso del sujeto que suministra sustancias alucinógenas a otro que se pone por medio de ellas en peligro. No se podría afirmar que el que suministra se hace responsable de los daños que el otro se cause, por supuesto que cuando éste conozca el peligro en toda su extensión, esto es, sea autoreponsable. Y si sucede que por la ingestión de la sustancia éste queda en mal estado y aquél no le presta los primeros auxilios, se tendrá no responsabilidad por los daños que el otro se ha causado, sino por la falta de solidaridad, deber que tenemos todos los ciudadanos. Entonces, no todo comportamiento peligroso anterior fundamenta deberes en el derecho.

D. NO HAY RESPONSABILIDAD POR INJERENCIA
CUANDO LA CREACIÓN DEL PELIGRO ESTÁ JUSTIFICADA

La lesión de un agresor por el agredido no obliga a este último a responder por la vida o la integridad del que primeramente arremete en virtud del comportamiento precedente, pues está justificado³⁸. Aquí queda en evidencia que el requisito de la contrariedad al derecho del comportamiento precedente reclamado por la doctrina mayoritaria excluiría de entrada la responsabilidad por injerencia, pues precisamente en este caso el actuar precedente de defensa está justificado, esto es, no es contrario a derecho. El riesgo o peligro creado por el agresor cuando se defiende es competencia del primer agresor, por lo que es éste quien debe asumir las consecuencias desfavorables del conflicto que creó.

E. SI HAY RESPONSABILIDAD POR INJERENCIA
EN LOS CASOS DE ESTADO DE NECESIDAD

En tratándose del estado de necesidad, a pesar de que estamos igualmente ante un evento de justificación, la situación es diferente. Cuando un conductor para evitar un accidente en el que muy seguramente vería comprometida su vida, desvía la trayectoria del

38 KAUFMANN/HASSEMER, *JuS* 1964, p. 153; WELP. *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, p. 273; HERZBERG, *JuS* 1971, p. 76; ROXIN. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, II, § 32/181, München, 2003.

vehículo hacia un pasante que resulta herido, en virtud de ese comportamiento precedente, que sin embargo estaría justificado, permanece obligado por injerencia frente al pasante, pues éste es totalmente ajeno a la génesis del conflicto, la cual deviene de la necesidad de proteger bienes jurídicos de mayor jerarquía; a éste solo se le exige solidaridad, más no una total renuncia a sus bienes jurídicos³⁹.

Cuando el comportamiento precedente es justificado en un primer momento pero luego decaen los presupuestos de la justificación, surge el deber de protección del bien afectado por injerencia. Ejemplo: si una persona priva de su libertad a otra que está embriagada para evitar que conduzca en ese estado, debe liberarlo una vez que cese dicho estado, de lo contrario la privación de la libertad sería ilegal⁴⁰.

VII. LA INJERENCIA Y OTRAS FIGURAS QUE FUNDAMENTAN DEBERES

Las fronteras y los límites de la responsabilidad por injerencia y que han sido expuestos en estas líneas, deben analizarse en relación con otras formas de obligarse en derecho, pues de lo contrario se correrá el riesgo de una consideración general, negándose así la autonomía de dicha figura.

Lo primero sobre lo que se tiene que hacer claridad es acerca de la relación injerencia-deberes de aseguramiento en el tráfico. Estas dos fuentes de obligaciones comparten el fundamento primario negativo: las dos surgen del deber general que tienen todos los sujetos jurídicos de no afectar los intereses de los demás a través de la configuración del propio ámbito de organización. Pero si bien en ellas naturalísticamente se puede advertir un comportamiento precedente, la diferencia radica en la consecuencia que éste ha tenido. Con un ejemplo, remodelar una casa o comprar un automóvil presuponen un comportamiento precedente, al igual que, en el último caso, conducirlo en estado de embriaguez. No obstante, el deber que aquí surge es asegurar el ámbito de organización para que no se exteriorice ningún peligro. Ahora bien, cuando el peligro o riesgo a asegurar ya se ha exteriorizado en el sentido de que alcanzado el ámbito de organización de

39 Cfr. SEELMANN. *GA* 1989, p. 255; RUDOLPHI, en *SK StGB*, § 13, n.m. 40^a; JAKOBS. *Strafrecht AT*, 29/43; ROXIN, *Strafrecht AT*, 32/186.

40 Cfr. LANDSCHEIDT. *Zur Problematik der Garantienpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*, pp. 119 y ss., 1985; GIMBERNAT ORDEIG. *Das unechte Unterlassungsdelikt*, en *ZStW* 111 (1999), pp. 307 y ss.

otro lesionando sus intereses, esto es y siguiendo con nuestros ejemplos, la teja de la casa ha caído y dañado al pasante o el conductor ha causado un accidente donde resulta herido una persona, se tiene el deber de revocar o seguir asegurando en la medida de lo posible la lesión ya causada, de tal forma que se mitigue el resultado concreto. Entonces, sí hay una diferencia clara entre asegurar antes de la lesión y, por así decirlo, hacerlo después de ella. La desvaloración de la injerencia se inscribe en el comportamiento precedente al que puede serle imputado el daño concreto causado.

También resulta importante lograr una delimitación en aquellos casos en que si bien se darían lo presupuestos de la responsabilidad por injerencia, la desvaloración del comportamiento precedente resulta de considerar una especial relación entre los interactuantes. Cuando la madre le entrega heroína a su hijo menor de edad para el consumo y éste como consecuencia de esto se coloca en un estado de peligro inminente para su vida, se podrá afirmar ciertamente que un comportamiento precedente es competencia de la lesión concreta ocurrida; lo que, sin embargo, salta a la vista claramente es que en este caso la competencia no surge primeramente del actuar anterior, sino de la lesión a los deberes de protección y ayuda propios de la relación paterno-filial entre ellos. Es lo que se conoce en la doctrina científica como deberes positivos, los cuales, al contrario de los negativos, presuponen contribuciones para el mantenimiento de la comunidad jurídica concreta. Por supuesto que estos deberes positivos contienen los negativos, como quedó demostrado con el caso; el criterio de deducción de responsabilidad decisivo es, sin embargo, otro⁴¹.

Frente a los deberes que surgen de un comportamiento de asunción también pueden advertirse semejanzas y diferencias con los derivados de injerencia. Estos deberes comparten igualmente su base negativa, surgen del deber de administrar correctamente el propio ámbito de organización. En la asunción en concreto de lo que se trata es de la disminución de seguridades o protecciones existentes en el ámbito de organización ajeno, como cuando se lleva a un adulto mayor de una acera a la otra en una calle muy transitada. Aquí se tiene una merma de protección a través de una conducta precedente; el deber que surge es la compensación de ese deterioro por medio de prestaciones propias. La diferencia respecto de la injerencia salta a la vista; mientras que aquí la conducta precedente de asunción (y su manifestación técnica resulta irrelevante) disminuye seguridad, la de la injerencia crea riesgos que se manifiestan en un resultado concreto.

41 SÁNCHEZ-VERA *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999; existe versión en castellano ID. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*.

VIII. LA INJERENCIA Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE ESTADO

Ya se advirtió como, la *Honorable Corte Interamericana deduce la responsabilidad internacional de los Estados utilizando el pensamiento de la injerencia*. También se analizaron el contenido, alcances y límites dogmáticos de dicha figura generadora de obligaciones, por lo que tenemos que decir que esta H. Corte sienta las bases para deducir el deber derivado de injerencia con las consecuencias que esto tiene en materia de responsabilidad internacional de los Estados. Como veremos a continuación, en materia de responsabilidad internacional del los Estados, el Sistema Interamericano ha definido claramente los deberes y los criterios de imputación para saber cuándo éstos han sido infringidos, por lo que la utilización de la figura de la injerencia se constituye en una herramienta idónea y útil en el momento de estudiar una posible responsabilidad estatal.

A. DEBERES NEGATIVOS Y POSITIVOS DEL ESTADO

Para comprender mejor lo anteriormente expuesto y el tema de la injerencia en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado, debemos empezar definiendo cuáles son los deberes de los Estados. Desde la Convención se puede advertir la existencia de dos clases de deberes convencionales: deberes negativos y positivos en cabeza del Estado firmante; a partir de ahí es de donde se debe valorar la posible responsabilidad del Estado por injerencia.

El Estado tiene una obligación primaria derivada del respeto de los derechos humanos de los habitantes del territorio consagrado en el artículo 1 de la Convención (obligación general de respetar los derechos); él debe tomar todas las medidas conducentes para evitar que esos derechos resulten lesionados de alguna forma, debe administrar su poder de intervención para que nadie resulte perjudicado y, más bien, todos protegidos. En palabras del Tribunal, el Estado debe garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionales⁴². Este es un mandato que deviene de la clasificación general de los derechos fundamentales como de protección y garantía, derechos del ciudadano a acciones

42 *Inter alia*, *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160, párr. 231; *Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158, párr. 102; *Caso Vargas Areco*. Sentencia de 26 de setiembre de 2006. Serie C n.º 155, párr. 73; *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1.º de julio de 2006 Serie C n.º 148, párr. 297; *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C n.º 147, párr. 81; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140, párr. 142.

negativas y a acciones positivas del Estado. Por un lado, que el Estado no lesione sus derechos, por eso negativa, y por otro lado, a que el Estado despliegue prestaciones positivas para el efectivo aseguramiento de éstos. Es así como la Corte Interamericana ha señalado que

[...] obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, [...] implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva) ⁴³.

Como será analizado *infra*, de conformidad con la jurisprudencia de esta Alto Tribunal, las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.º y 2.º de la Convención son de acatamiento obligatorio o *erga omnes*, y a partir de ellas, es que la propia Corte ha hecho sus consideraciones sobre la posibilidad de imputar la responsabilidad internacional del Estado derivado de acciones de agentes o de particulares.

B. ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. EN ESPECIAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR HECHOS DE TERCEROS

Como ya hemos venido exponiendo, en el derecho del Estado democrático moderno se parte de un principio base: no puede existir responsabilidad objetiva, pues ello significaría un grave atentado contra los principios jurídicos hasta ahora obtenidos en la ciencia del derecho, los cuales propugnan por establecer estructuras y principios concretos de deducción de responsabilidad, entonces también internacional. Desde el derecho convencional, esto significa que el daño que se cause a los derechos e intereses de las personas, tiene que poder ser adjudicado jurídicamente al Estado como su responsabilidad, a través de la comprobación de la imputación de unos hechos y definidos por el derecho. El respeto de estas estructuras es garantía de certeza sobre la protección óptima de los derechos humanos reconocidos en la Convención y prueba de racionalidad del mundo moderno.

43 *Inter alia*, Caso del Penal Miguel Castro Castro. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160, párr. 237; Caso Vargas Areco. Sentencia de 26 de setiembre de 2006. Serie C n.º 155, párr. 75; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia). Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C n.º 150, párr. 65; Caso de las Masacres de Ituango. Sentencia de 1.º de julio de 2006 Serie C n.º 148, párr. 130; Caso Baldeón García. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C n.º 147, párr. 84; Caso Comunidad Indígena Samhoyamaya. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146 párr. 152; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140, párr. 120.

Para cualquier estudio de deducción de responsabilidad internacional del Estado, se debe partir de considerar el contenido y el alcance de los deberes convencionales, pues sólo a partir de ellos es que se puede analizar su lesión. Dicha deducción de responsabilidad presupone, además, la existencia de una concreta infracción al deber, es decir, que se demuestre que el Estado ha actuado en contra del ordenamiento jurídico que lo vincula, en nuestro caso, la normatividad contenida en la Convención. Si el Estado no respeta o hace respetar estos deberes, se tendrá que afirmar su actuación contraria a de derecho. El sinalagma *deber-infracción* es, entonces, el punto de partida para estudiar la imputación de responsabilidad internacional del Estado; una vez afirmado e identificado el deber, se debe mirar si en el caso concreto éste fue lesionado, pues de afirmarse lo anterior se tendrá una actuación estatal contraria a derecho y una corroboración de por lo menos una estructura de imputación. Dichas estructuras se deducen de la normatividad convencional así:

– La primera estructura de imputación se refiere al caso de que un agente del Estado perfectamente individualizado, interviene en el hecho realizado directamente por un tercero, por acción o por omisión. También se hace referencia a los casos en los cuales, si bien el agente no está individualizado, está plenamente demostrada la intervención por acción o por omisión del agente en los hechos de particulares. La imputación de responsabilidad internacional al Estado presupone aquí la imputación personal al agente estatal; sin embargo, no por ello deja de ser una imputación autónoma, esto es, propia de la responsabilidad internacional del Estado.

– La segunda estructura de imputación de responsabilidad internacional al Estado, según la Convención, es la infracción al deber de prevenir atentados contra los derechos humanos por parte de terceros. Se hace alusión a un deber general de diligencia, de prevenir en sentido amplio, de manera que lo que se reprocha al Estado, al fin y al cabo, es una omisión general de prevención.

– Y como tercera estructura de imputación tenemos el incumplimiento de la obligación de respeto del deber de garantía en general y del derecho a las garantías y protección judiciales en especial.

Estas tres estructuras de imputación, son la herramienta con que cuenta el intérprete jurídico, para estudiar si frente al supuesto de hecho concreto, hay lugar a declarar responsabilidad estatal alguna. Si se comprueba que el Estado, a través de sus agentes e instituciones, cumple con los presupuestos de las estructuras de imputación, se tendrá que afirmar que hay una actuación contraria a los deberes consagrados en la Convención, esto es, que el Estado se ha manifestado en contra del ordenamiento jurídico que lo

vincula. La infracción al deber que ha sido constatada con el cumplimiento de por lo menos una estructura de imputación genera responsabilidad internacional del Estado.

En cuanto a la *responsabilidad del Estado por hechos de terceros* vale la pena hacer algunas reflexiones muy pertinentes a nuestro caso. Lo primero que tenemos que tener en cuenta, es que cuando hablamos de hechos de terceros podemos referirnos a personas que actúan como agentes del Estado y otras que no lo hacen. Por ello, ya que *un tercero no actúa siempre como agente del Estado*, para que al Estado se le imputen las infracciones de los derechos humanos de estas personas, se requiere que el ente estatal quebrante los deberes generales de diligencia que tiene frente a los ciudadanos y la protección de sus derechos en su actividad estatal⁴⁴ frente a la actividad lesionante del tercero, y que surgen de la Convención y de la jurisprudencia de esta H. Corte. Entonces también los de injerencia. La situación planteada, será estudiada con detenimiento en los casos que ha analizado la propia Corte en su jurisprudencia, en el capítulo siguiente.

En ese sentido y en concreto en el caso de la injerencia, si el Estado crea una situación objetiva de riesgo especial o superior, tiene deberes por injerencia, consistentes en tomar todas las medidas de protección o salvamento adecuadas y pertinentes, para evitar que el riesgo o peligro creado siga presentándose o, si es posible, se revoque. En fin, son deberes de diligencia consistentes en velar de cualquier forma por la protección efectiva de los derechos de todos los ciudadanos. Entonces, si el Estado crea una situación de riesgo especial, objetiva, que es utilizada por *terceros* para cometer atentados contra los derechos humanos, surgen para el Estado deberes de diligencia, consistentes en tomar todas las medidas conducentes a disminuir o acabar con las violaciones de los derechos humanos llevadas a cabo por el tercero. Aquí la imputación al Estado se dará como consecuencia de no haber atendido sus deberes por injerencia, en virtud de su contribución anterior, creadora de riesgos que luego es utilizada por el tercero para irrespetar derechos humanos. Sin embargo, ante estas situaciones de riesgo, el Estado, de conformidad con el artículo 2.º de la Convención, está llamado a establecer políticas dirigidas a eliminar las causas y consecuencias de su actuar anterior especialmente riesgoso, con lo que habrá cumplido con sus deberes de diligencia y no habrá responsabilidad alguna por este hecho. El actuar del tercero, entonces, solo será imputable al Estado, en la medida en que éste último infrinja sus deberes de diligencia en relación con la actividad del tercero.

44 Tomado del concepto del profesor JAMES CRAWFORD (*Whemell Profesor of Internacional Lam, University of Cambridge*). *Responsabilidad de los estados por actos de personas o grupos de personas bajo la Convención Americana de Derechos Humanos*.

C. DEBERES DEL ESTADO EN VIRTUD DE INJERENCIA

De la existencia de las obligaciones jurídicas estatales, surge el deber general de administración adecuada del poder del Estado, de manera que éste realice sus actividades sin poner en riesgo a las personas en concreto. Ahora bien, igualmente surgen obligaciones jurídicas para el Estado que configura su esfera de actuación de forma contraria a derecho a través de un comportamiento precedente, de tal forma que un peligro determinado amenaza con manifestarse en la lesión de los derechos de las personas o, incluso, ya se ha manifestado. Se trata de situaciones en las cuales el Estado, en desarrollo de su actividad, pone en peligro o lesiona los intereses y derechos de los súbditos.

Esta fuente de obligaciones para el Estado es clara, en cuanto pertenece o tiene su origen en su potencial de actuación. En el caso del comportamiento precedente contrario a derecho o *especialmente riesgoso*, por ejemplo, cuando éste coloca un riesgo superior para la población, las obligaciones estatales serían, en primer lugar, el aseguramiento de ese peligro creado, esto es, la evitación de que este peligro o riesgo se manifieste en perjuicio concreto del conglomerado. Este sería el caso expuesto del deber de aseguramiento que se genera por un actuar precedente.

En segundo lugar, que cuando ese peligro contrario a derecho o especialmente riesgoso ya haya afectado los intereses de los ciudadanos, esto, que se haya exteriorizado invadiendo la esfera de organización del ciudadano (lo que arriba se denominó *output*), se tomen todas las medidas para mitigar o revocar la afectación. En este caso la responsabilidad del Estado por un comportamiento precedente de tales características sería la consecuencia lógica del ejercicio de las posibilidades que tiene el Estado de ejercer sus funciones. Este sería en el caso concreto de la responsabilidad por injerencia en sentido estricto.

D. LA INFRACCIÓN AL DEBER CONVENCIONAL DA ORIGEN AL DEBER POR INJERENCIA

Se debe hacer aquí una aclaración importante. La responsabilidad por injerencia en sentido estricto, que deviene de un comportamiento precedente contrario a derecho o especialmente peligroso, coincide en el caso general con la infracción a los deberes convencionales. Es decir, si afirmamos que un comportamiento precedente estatal es contrario a derecho o especialmente peligroso y que ha invadido la esfera de organización del ser humano, ya estamos aludiendo al incumplimiento de los deberes estatales contenidos en la Convención, que, como se sabe, propugnan por el respeto y garantía de todos los derechos de los habitantes del territorio del Estado. Entonces, siempre que se infrinjan las obligaciones convencionales, surge el deber de tomar todas las medidas para mitigar o revocar la afectación al derecho que se está dando, so pena de responder por las demás consecuencias dañinas que se sigan presentando; en el caso de la injerencia, la

responsabilidad o el deber surgen con un comportamiento precedente que incumple el deber establecido en la Convención.

E. LA JURISPRUDENCIA DE LA H. CORTE INTERAMERICANA SOBRE INJERENCIA NO CONSTITUYE UN SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y, POR ELLO, ES MANIFESTACIÓN LEGÍTIMA DE DICHA FIGURA JURÍDICA

En este punto resulta importante destacar, que la jurisprudencia de la H. Corte sobre injerencia no puede tenerse como un supuesto de responsabilidad objetiva y, por lo tanto, se constituye en una aplicación legítima de la figura jurídica aquí estudiada.

Como dijimos al comienzo de esta primera parte, la Corte Interamericana en la sentencia del *Caso Pueblo Bello vs. Colombia*, sentó la tesis de la injerencia: cuando un Estado crea una situación objetiva de riesgo para sus habitantes, debe tomar todas las medidas suficientes y necesarias para evitar que ese riesgo se siga manifestando en perjuicio de los habitantes del territorio del Estado. De esta forma se acoge la injerencia como criterio jurídico de deducción de responsabilidad internacional del Estado, pues se alude a la necesidad de evitación de consecuencias del riesgo creado, mediante la puesta en marcha de la debida diligencia para acabar con las fuentes del riesgo ya materializado. Es decir, del comportamiento precedente creador de riesgos especiales, surgen deberes de diligencia orientados a la toma de medidas de salvamento y protección de los derechos e intereses del perjudicado o la comunidad.

Por lo tanto, se está ante deberes de diligencia conocidos ya desde hace algún tiempo en la jurisprudencia de esta H. Corte. Fue en especial en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* donde la Corte enfatizó:

[...]o obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida *diligencia* para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos en la Convención⁴⁵ (la cursiva es nuestra).

45 *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4, párr. 172.

Como se observa de lo transcrito y se retomará *infra*, la H. Corte ha sido cuidadosa en su jurisprudencia y ha reclamado no solo la creación de un riesgo como tal para deducir responsabilidad de un Estado, sino que también ha expuesto claramente la necesidad de la infracción de los deberes de diligencia que surgen de dicha creación, los cuales, como ya advertimos, se traducen en la adopción de medidas para evitar las consecuencias de riesgos creados. Entonces, sólo cuando el Estado no cumple con estos deberes de diligencia, es cuando se puede deducir responsabilidad, pues habiendo creado un riesgo para sus habitantes no hace nada para mitigar ese riesgo. Por lo anterior, es que queremos destacar que los criterios de imputación en materia de injerencia han sido claramente delimitados por esta Corte, de manera que cuando se deduzca este tipo de responsabilidad, será por no acatar los deberes de diligencia que surgen del comportamiento precedente creador de riesgos y no solamente por una contribución causal anterior.

En la sentencia del *Caso Pueblo Bello vs. Colombia* en la cual se reprocha al Estado la “creación de grupos de autodefensas con fines específicos” como comportamiento precedente creador de riesgos, la Corte dejó claro cuáles eran los deberes que surgían para el Estado por ese comportamiento anterior creador de riesgos especiales. La Corte dijo: el Estado debe adoptar las medidas necesarias y suficientes para evitar que los “paramilitares” puedan seguir cometiendo hechos como los del presente caso. Y a reglón seguido, “*La declaratoria de ilegalidad de estos debía traducirse en la adopción de medidas suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado. Esta situación de riesgo mientras subsista, acentúa los deberes especiales de prevención y protección a cargo del Estado en las zonas en las que exista presencia de grupos paramilitares [...]*”⁴⁶.

Se está ante un evento de deducción de responsabilidad internacional claro y legítimo y que no puede tenerse como manifestación de una simple responsabilidad objetiva, esto es, por la simple contribución causal anterior como en un principio surgió la figura de la injerencia. Además del comportamiento precedente antijurídico o creador de riesgos especiales, se deben haber infringido los deberes de diligencia que surgen de tal creación, pues de otro modo se estaría ante un tipo de responsabilidad por el destino, ya imposible de aceptar en el derecho racional moderno. Esta H. Corte se refirió en el numeral 127 de dicha sentencia, a lo que se reclama como deber diligencia por parte del Estado colombiano en virtud del comportamiento precedente creador de riesgos especiales, con la creación de los grupos de autodefensa: de Colombia se espera la desarticulación efectiva de las estructuras paramilitares.

46 *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C.n.º 140, párr. 126.

F. EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL
ESTATAL TAMBIÉN TIENEN PLENA VIGENCIA LOS LÍMITES
A LA RESPONSABILIDAD EN VIRTUD DE INJERENCIA

– Como vimos, la responsabilidad por injerencia no puede aceptarse hoy en día como en el momento de su nacimiento se esbozó, esto es, como la sola comprobación causal del comportamiento precedente respecto del resultado. Por supuesto que en ese momento histórico esta perspectiva estaba, por decirlo así, “contaminada” por la necesidad de comprobar la causalidad de todo hecho respecto del resultado; pero, como se vio, la doctrina científica y la jurisprudencia empezaron a delinear los contornos (o límites) de una verdadera responsabilidad por el comportamiento precedente, que fuera algo más que la simple constatación de la causalidad en sentido naturalista, que fuera algo eminentemente racional.

La evolución de esta figura estuvo encaminada a abandonar cualquier forma de responsabilidad objetiva, *el versari in re illicita*, esto es, la afirmación de la responsabilidad por el simple hecho del comportamiento causal anterior, pues esto no sólo planteaba problemas desde el punto de vista de la justicia material, sino que también llevaba a considerar como responsable cualquier tipo de contribución que hubiere precedido causalmente al resultado.

Por lo anterior, fue que se afirmó la necesidad de cualificar el comportamiento anterior, para así poder reprochar algo más que la simple causación. Cuando se dijo que el comportamiento anterior tenía que ser contrario a Derecho, se dijo que éste no sólo debía ser causal, sino que también debía atentar contra el Derecho, esto es, contra los valores jurídicos que la sociedad consagra en normas. Así las cosas, ya no bastaba con comprobar la causalidad, ahora era necesario saber si se había lesionado el ordenamiento de alguna forma.

No obstante, como se dijo, la evolución de las sociedades y los procesos sociales tolerantes de riesgos especiales hicieron que se empezara a hablar de riesgos permitidos, esto es, que se toleraran jurídicamente comportamientos riesgosos, pues de otra forma las sociedades se paralizarían (el tráfico automotor es un claro ejemplo). Entonces, un comportamiento precedente que no violara ninguna norma o que desenvolviéndose en el ámbito de lo peligroso pero permitido no afectara bienes jurídicos en concreto, no tenía relevancia alguna para deducir responsabilidad por injerencia.

Posteriormente surgieron opiniones, las cuales respondiendo a fenómenos como los de la producción en masa, el creciente tráfico automotor, aéreo y, en consecuencia, los riesgos de la sociedad moderna, pretendieron flexibilizar el requisito de la contrariedad al

derecho del comportamiento precedente en los casos excepcionales de riesgos especiales. De todas formas, sea cual fuere el presupuesto exigido al comportamiento precedente, todas las opiniones sobre la responsabilidad por injerencia coinciden en lo siguiente:

No es suficiente la causalidad. Para que pueda hablarse de responsabilidad por injerencia, por regla general, el comportamiento anterior debe ser contrario a derecho porque a través de éste se lesiona los deberes del actuante o desarrollarse en el ámbito de aquellos riesgos especiales tolerados y de alguna entidad, de manera que en el momento en que se afecte en concreto la esfera de libertad ajena, se tenga claridad acerca de que está llamado al auxilio del bien jurídico afectado por haber asumido como propio el riesgo especial de que se trata.

Así las cosas, estas reglas generales del derecho, que al mismo tiempo son límites a la responsabilidad por injerencia, tienen plena vigencia en lo que tiene que ver con la responsabilidad del Estado.

La simple constatación de la causalidad entre el comportamiento precedente del Estado y un resultado concreto no es suficiente para fundamentar su responsabilidad. Éste sólo estará llamado a responder, en primer lugar, cuando en virtud de un comportamiento imputable, esto es por ejemplo, un *actuar precedente contrario a derecho* de uno de sus representantes cree peligros o lesione los intereses del ciudadano. Piénsese en los casos en que los miembros de la fuerza pública torturan civiles o les causan algunas lesiones; en todos estos casos surge el deber para los agentes del Estado de revocar el peligro desencadenado mediante medidas de aseguramiento o salvamento. Así, el Estado en general será responsable por injerencia cuando a través del ejercicio de su poder tome medidas contrariando la Constitución o el ordenamiento jurídico (también el Convencional), las cuales desembocan en una afectación concreta de los bienes jurídicos de los ciudadanos.

Entonces, para que la creación del peligro sea reprochable al Estado, se debe tratar de medidas tomadas desconociendo los mandatos constitucionales y legales pertinentes y precisamente en contra del bienestar de todos los habitantes del territorio, concretamente, afectando la garantía y el pleno goce de los derechos de los colombianos. Solo habrá forma de afirmar responsabilidad del Estado por injerencia, cuando éste haya incursionado mediante un comportamiento precedente contrario a derecho.

Ahora bien y en segundo lugar, igualmente podría pensarse en la creación y administración por parte del Estado de un riesgo especial permitido, que el Estado ha asumido el riesgo mayor y que entonces su concreción en la afectación del interés del particular le es imputable. Pensemos en la posibilidad de que el Estado cree a través de un comporta-

miento anterior, un riesgo especial mayor aunque tolerado, que luego se realiza en concreto afectando los bienes jurídicos de las personas. Sería el caso del supuesto que nos ocupa, esto es, el comportamiento anterior consistente en la creación de los grupos de autodefensa que luego pasan a la ilegalidad y lesionan los derechos de los habitantes del país.

No obstante hay que tener en cuenta lo siguiente. Aún cuando se asuma que el Estado crea ese tipo de peligro o de riesgo (mayor pero tolerado) por un actuar precedente, la realización del peligro en concreto debe podersele imputar al Estado porque ha infringido sus deberes de diligencia. El Estado será responsable solamente cuando en el supuesto concreto se determine que no cumplió con las medidas de protección o salvamento exigidas y que surgen del comportamiento precedente riesgoso, pues de lo contrario se caería de nuevo en la simple responsabilidad objetiva por haber colocado una condición solamente causal.

Cuando el Estado, por ejemplo, toma unas medidas de defensa de la seguridad nacional (comportamiento precedente), y éstas son utilizadas después, cuando el Estado ya no las avala, por otros sujetos que actúan al margen de la ley para atentar contra bienes jurídicos de la población y si asumimos que este comportamiento precedente es un riesgo especial y que como tal genera deberes de injerencia, estamos frente a deberes de diligencia que tendrían como contenido la toma de medidas tendientes a eliminar esa fuente de riesgo, esto es y en el caso propuesto, acabar con las políticas de seguridad nacional implementadas y velar por la evitación de las consecuencias del riesgo creado, como la afirmó este Tribunal en la sentencia del caso *Pueblo Bello vs. Colombia*.

G. EL ESTADO COLOMBIANO HA CUMPLIDO CON LOS DEBERES DERIVADOS DE LA INJERENCIA Y, POR LO TANTO, LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES DEL ART. 2.º

El Estado colombiano resalta una vez más que, cuando este H. Tribunal Interamericano expone su tesis de injerencia, aboga por la necesidad estatal de tomar medidas necesarias y suficientes para mitigar el peligro o la circunstancia de riesgo creada por el comportamiento precedente, tal como se afirma en la doctrina científica sobre la materia. Se trata de deberes de diligencia que surgen del comportamiento precedente y cuya lesión fundamenta responsabilidad internacional de los Estados.

Un comportamiento precedente que viole los deberes convencionales ya genera el deber de tomar todas las medidas para mitigar o revocar la afectación al derecho que se está dando o el riesgo así creado, so pena de responder por las demás consecuencias dañinas

que se sigan presentando. Esto fue lo que planteó la Corte Interamericana en el caso Pueblo Bello: ya que los grupos paramilitares, antes de pasar a la ilegalidad, crecieron al amparo de normas colombianas que permitieron su formación y desarrollo bajo la figura de los grupos de autodefensas (Ley 48 de 1968), esto es, ya que en virtud del comportamiento precedente estatal se contribuyó causalmente a la formación de un grupo que luego desvió su objeto de creación y se dedicó a violar los derechos humanos, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas de salvamento y protección suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado. Es decir, implementar las políticas conducentes para acabar con estos grupos denominados “paramilitares”. El cumplimiento de este deber de diligencia derivado del comportamiento precedente creador de riesgos, de la injerencia, es al mismo tiempo acatamiento del deber convencional del artículo 2.º, pues al Estado se le exige “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, y en este caso concreto se considera que el cumplimiento del deber de injerencia es salvaguarda de los derechos reconocidos en la Convención.

En la tercera y cuarta parte de este escrito, seremos contundentes en demostrar que la Ley de Justicia y Paz, herramienta utilizada por el Estado colombiano para lograr la desmovilización de los miembros de los grupos armados al margen de la ley y dar un paso significativo en el logro de la paz y la reconciliación nacional, es una de esas medidas tomadas (de salvamento o protección) por el Estado de Colombia, para evitar más consecuencias nefastas del riesgo creado hace unos años y para cumplir el deber de diligencia surgido. El Estado colombiano ha sido entonces diligente en el acatamiento de las obligaciones de injerencia impuestas por este H. Tribunal. La Ley en mención no sólo se ajusta a los parámetros internacionales en materia de protección de los derechos humanos en general, sino que es respuesta legítima del Estado y cumplimiento de los deberes convencionales, en especial, los derivados del artículo 2.º y del deber de tomar medidas de no repetición de las violaciones a los derechos humanos.

A continuación miraremos un poco más en detalle cuáles fueron los acontecimientos histórico-legislativos que llevaron a que hoy hablemos de responsabilidad por injerencia.

I. AUNQUE EL ESTADO DICTÓ DECRETOS DE CREACIÓN DE GRUPOS DE AUTODEFENSA, ESTOS ERAN LEGÍTIMOS, PUES NO BUSCABAN FAVORECER A GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY

Como ya lo ha analizado reiteradamente esta H. Corte, la creación de los “grupos de autodefensa” fue una respuesta a la difícil situación que empezó a vivir Colombia en los

años sesenta por cuenta del fenómeno de la guerrilla. El 24 de diciembre de 1965 el Estado colombiano dictó el Decreto legislativo 3398, con el cual se buscó organizar la defensa nacional y que fue adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968. A partir de este momento Colombia tenía unas herramientas legislativas para contrarrestar el fenómeno guerrillero que empezaba a desestabilizar el Estado.

Los grupos de autodefensa se crearon al amparo de las normas citadas, buscando así el Estado el apoyo a la fuerza pública en la lucha contra los grupos insurgentes que ponían en peligro la estabilidad del país; es decir, *esos grupos fueron creados con fines legítimos*, por lo que no se puede decir en absoluto, y sobre esto el Estado colombiano quiere hacer especial énfasis, que con estas medidas se haya fomentado el paramilitarismo; es más, estos decretos fueron avalados por la Corte Suprema de Justicia en su estudio de constitucionalidad, el cual, como se sabe, es también un estudio histórico-jurídico acerca de lo jurídicamente posible en un momento histórico concreto. A pesar de los fines legítimos con que se impulsaron estas medidas, muchos de estos grupos cambiaron unilateralmente los objetivos de creación y se convirtieron en grupos delincuenciales, atentando así gravemente contra los derechos humanos de la población colombiana, situación ante la cual el Estado colombiano reaccionó jurídica y políticamente.

2. EL ESTADO COLOMBIANO HA CUMPLIDO CON LOS DEBERES DE DILIGENCIA DERIVADOS DE LA INJERENCIA

Es así como en la década del ochenta se empiezan a hacer efectivas las medidas estatales para contrarrestar este nuevo fenómenos delincencial que, por supuesto, nunca estuvo patrocinado por el Estado, sino que más bien fue una ilegítima y reprochable desviación unilateral de una política de Estado que siempre buscó fines legítimos y que paradójicamente propugnaba por la efectiva defensa de los derechos humanos de la población de Colombia.

Siguiendo con nuestro análisis jurídico, se podría concluir y para acoger la tesis de esta H. Corte, que el Decreto legislativo 3398 de 1965 y la Ley 48 de 1968, representaron un riesgo mayor fundamentador de deberes por injerencia. Es decir, que si bien su expedición no constituye un comportamiento contrario a derecho, pues como vimos éstos fueron implementados con fines legitimados jurídica e históricamente, representaron un riesgo mayor aunque tolerado y, por tanto, fundamentadores de deberes de injerencia como lo ha sostenido la doctrina científica sobre la materia. No obstante, era posible que estas medidas estatales, que lo único que buscaban eran solucionar un problema social concreto, fueran utilizadas por terceros para otros fines, como efectivamente sucedió. Por tratarse de un comportamiento precedente creador de riesgos especiales, al Estado le

surgieron deberes de diligencia como lo ha dicho este Tribunal, consistentes en tomar todas las medidas para mitigar ese riesgo creado. Deberes que el Estado colombiano cumplió plenamente, pues la normatividad que amparaba estos grupos fue derogada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 25 de mayo de 1989, a la que le sobrevinieron una serie de medidas legislativas que buscaban criminalizar la actividad de los denominados grupos paramilitares y de quienes los apoyaran. Este proceso tiene su culminación efectiva con la expedición de la ley 975 de 2005, la cual se constituye, como veremos en la tercera parte de escrito, en una herramienta útil y legítima para cumplir con los deberes convencionales.

Esto es reconocido expresamente y expuesto en detalle por esta H. Corte, en la sentencia del *Caso Pueblo Bello vs. Colombia*, por lo que a continuación nos permitiremos citar algunos apartes de dicha decisión:

[...] El 17 de diciembre de 1986 Colombia emitió el Decreto n.º 3664 “Por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público” [...].

[...] El 27 de enero de 1988 Colombia emitió el Decreto Legislativo n.º 0180 “por el cual se complementan algunas normas del Código Penal y dictan otras disposiciones conducentes al restablecimiento del orden público”. En este decreto se tipificó, *inter alia*, la pertenencia, promoción y dirección de grupos de sicarios, así como la fabricación o tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional. Posteriormente, este decreto fue elevado a legislación permanente mediante el Decreto n.º 2266 de 1991.

[...] El 14 de abril de 1988 se emitió el Decreto n.º 0678 “Por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público en la zona del Urabá Antioqueño” [...].

[...] El 9 de abril de 1989 se emitió el Decreto n.º 0813, que dispuso la creación de una “Comisión Asesora y Coordinadora de las acciones contra los escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o grupos de autodefensa o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares.

[...] El 19 de abril de 1989 se emitió el Decreto n.º 0815, mediante el cual se suspendió la vigencia del parágrafo 3 del artículo 33 del Decreto legislativo n.º 3398 de 1965 [...], el cual facultaba al Ministerio de Defensa Nacional para autorizar a los particulares el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas. En la parte considerativa del Decreto n.º 0815 se indicó que “la interpretación del [Decreto legislativo n.º 3398 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, dada] por algunos sectores de la opinión pública, ha causado confusión sobre su alcance y finalidades, en el sentido de que se puedan llegar a tomar como una autorización legal para organizar grupos civiles armados que resultan actuando al margen de la Constitución y las leyes”. Posteriormente,

mediante sentencia de 25 de mayo de 1989, la Corte Suprema de Justicia declaró “inexequible” el referido párrafo 3 del artículo 33 del Decreto legislativo n.º 3398 de 1965.

[...] El Decreto n.º 0814 de 19 de abril de 1989 dispuso la creación del “Cuerpo Especial Armado contra los escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o grupos de autodefensa o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares”.

[...] El mismo 19 de abril de 1989 el Estado emitió el Decreto n.º 0815 “por el cual se suspenden algunas normas incompatibles con el estado de sitio” [...].

[...] El 8 de junio de 1989 el Estado emitió el Decreto n.º 1194 “por el cual se adiciona el Decreto legislativo n.º 0180 de 1988, para sancionar nuevas modalidades delictivas, por requerirlo el restablecimiento del orden público”. En la parte considerativa de esta norma se expuso que “los acontecimientos que vienen ocurriendo en el país, han demostrado que existe una nueva modalidad delictiva consistente en la comisión de actos atroces por parte de grupos armados, mal llamados ‘paramilitares’, constituidos en escuadrones de la muerte, bandas de sicarios, grupos de autodefensa o de justicia privada, cuya existencia y acción afectan gravemente la estabilidad social del país, las cuales deben reprimirse para lograr el restablecimiento del orden y la paz públicos”. En este decreto se tipificó la promoción, financiación, organización, dirección, fomento y ejecución de actos “tendientes a obtener la formación o ingreso de personas a grupos armados de los denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares”. También se tipificó la vinculación y pertenencia a dichos grupos, así como el instruir, entrenar o equipar “a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de las actividades delictivas” de los referidos grupos armados. Asimismo, se estipuló como agravante de las anteriores conductas el que fueran “cometidas por miembros activos o retirados de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional o de organismos de seguridad del Estado”. Posteriormente, este decreto fue elevado a legislación permanente mediante el Decreto n.º 2266 emitido el 4 de octubre de 1991.

[...] El 31 de julio de 1990 se emitió el Decreto n.º 1685, que dispuso derogar los Decretos legislativos n.º 678 (*supra* párr. 95.6) y n.º 679 de 1988.

[...] El 14 de diciembre de 1990 el Estado emitió el Decreto n.º 3030/90 “por medio del cual se establecen los requisitos para la rebaja de penas por confesión de delitos cometidos hasta el 5 de septiembre de 1990”.

[...] El 4 de octubre de 1991 se emitió el Decreto n.º 2266 “por el cual se adoptan como legislación permanente unas disposiciones expedidas en ejercicio de las facultades de estado de sitio”, a saber los Decretos legislativos n.º 3664 de 1986, 1198 de 1987, 1631 de 1987, 180 de 1988, 2490 de 1988, 1194 de 1989, 1856 de 1989, 1857 de 1989, 1858 de 1989, 1895 de 1989, 2790 de 1990 y 099 de 1991.

[...] El 17 de diciembre de 1993 se emitió el Decreto n.º 2535 “por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos”.

[...] El 11 de febrero de 1994 el Estado emitió el Decreto n.º 356/94 “por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada”.

[...] El 26 de diciembre de 1997 el Estado emitió la Ley 418 “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”. Esta ley fue prorrogada mediante la Ley 548 de 23 de diciembre de 1999 y la Ley 782 de 23 de diciembre de 2002. El Estado reglamentó la citada Ley en varias ocasiones, a saber: el 22 de enero de 2003 a través del Decreto n.º 128, el 24 de noviembre de 2003 a través del Decreto n.º 3360, y el 31 de agosto de 2004 el Estado a través del Decreto n.º 2767.

[...] El 25 de febrero de 2000 se emitió el Decreto n.º 324 “Por el cual se crea el Centro de coordinación de la lucha contra los grupos de autodefensas ilegales y demás grupos al margen de la ley”.

[...] El 22 de junio de 2005 el Congreso de la República de Colombia aprobó la Ley n.º 975, llamada “Ley de Justicia y Paz”, “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”, la cual fue sancionada y publicada el 25 de julio de 2005⁴⁷.

La H. Corte ha sido entonces consciente y ha reconocido que el Estado colombiano ha adoptado medidas legislativas y de otro orden para prohibir, prevenir y castigar las actividades de los grupos paramilitares⁴⁸, lo que deja en evidencia que de esa forma se han cumplido los deberes de diligencia surgidos a partir del comportamiento precedente creador de riesgos (tolerados pero) superiores y que fundamenta deberes de injerencia.

Es en especial con la Ley 975 de 2005, con la que se busca y está logrando una desactivación concreta y efectiva del riesgo propio especial que el Estado había creado anteriormente. Como veremos en este escrito de alegatos finales, los logros obtenidos hasta ahora con la implementación de esta ley, alientan al Estado en su continua lucha contra los grupos organizados al margen de la ley. La ley de justicia y paz es, en consecuencia, una de las medidas, y podríamos decir la más importante, a través de las cuales el Estado colombiano está cumpliendo con los deberes de diligencia de protección de los derechos humanos

47 *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140, párrs. 95.4 a 95.20.

48 *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140, párr. 125.

de los habitantes de su territorio, deberes de injerencia que al ser acatados cumplen las obligaciones convencionales del art. 2.º.

IX. CONCLUSIONES ALCANZADAS EN ESTA PRIMERA PARTE

a) Desde la sentencia del *Caso Pueblo Bello vs. Colombia*, la H. Corte Interamericana ha reprochado al Estado colombiano la creación de un riesgo para sus habitantes, en virtud de la expedición de medidas legislativas a través de las cuales se crearon los grupos de autodefensa. Según este Tribunal, ya que estos grupos desbordaron su actividad y empezaron a actuar al margen de la ley y por fuera de los objetivos de su creación, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas para evitar que estos grupos sigan cometiendo estos graves atentados a los derechos humanos.

b) Este planteamiento corresponde con la figura jurídica conocida como injerencia y que surgió alrededor de 1828. Según la doctrina científica especializada, cuando en virtud de un comportamiento precedente se crean riesgos concretos para los bienes jurídicos de las personas, se tiene el deber de revocar si es posible esta afectación o de tomar todas las medidas necesarias para evitar que se siga dando la lesión y de salvamento del bien afectado. La regla general es que para que surjan estos deberes, el comportamiento precedente debe ser contrario al ordenamiento jurídico; sin embargo, las nuevas elaboraciones científicas han considerado que un comportamiento precedente ajustado a derecho, que genera riesgos especiales, también puede fundamentar deberes de diligencia derivados de injerencia.

c) Entonces, el fundamento de responsabilidad en este supuesto es el no cumplimiento de los deberes de diligencia, esto es, la toma de medidas conducentes a mitigar las consecuencias del riesgo creado. Si se tiene en cuenta este deber, no habrá lugar a considerar infracción alguna del ordenamiento; por el contrario, cuando los deberes de diligencia no se acaten, se tendrá el fundamento jurídico necesario para deducir responsabilidad. No se trata de una responsabilidad objetiva por la simple causalidad, pues el fundamento no es la simple creación del riesgo o contribución anterior, sino que también es condición necesaria de imputación la desatención del deber que surge como consecuencia de dicho comportamiento.

d) Esta H. Corte Interamericana ha reconocido estos dos requisitos de imputación. Por un lado, como se vio, introdujo el pensamiento de la injerencia en su jurisprudencia y, por otro lado, destacó expresamente la importancia del cumplimiento de los deberes de diligencia que surgen del comportamiento precedente creador de riesgos. Por tanto, se

ha acogido plenamente la doctrina legítima de la injerencia ya mencionada y que no tiene nada que ver con la responsabilidad simplemente objetiva.

e) Ya ubicados en el caso objeto de análisis, esto es, la determinación de los deberes y su cumplimiento a partir de la expedición de la normatividad creadora de los grupos de autodefensas, tenemos que ser enfáticos en afirmar que el Estado colombiano ha cumplido a cabalidad con las obligaciones jurídicas derivadas de su actuar institucional.

Si se parte de que con la expedición del Decreto 3398 de 1965 y la Ley 48 de 1968 el Estado colombiano creó una situación de riesgo especial (pero tolerado jurídicamente) para los habitantes de su territorio, lo que en dogmática jurídica sería el comportamiento precedente, y que en virtud del desvío (no patrocinado por el Estado colombiano) de los fines de esta normatividad se empezaron a cometer graves atentados a los derechos humanos de la población colombiana por parte de terceros no agentes del Estado, puede decirse sin vacilación que surgen deberes estatales de diligencia, consistentes en la toma de medidas legislativas y de otros órdenes para la desactivación concreta y efectiva del riesgo que el Estado había contribuido a crear.

f) El Estado colombiano ha cumplido sin denuedo con estos deberes de diligencia derivados de injerencia, pues ha venido tomando desde la década de los ochenta del siglo pasado medidas todas conducentes a mitigar las nefastas consecuencias de su actuar especialmente riesgoso. Es así como se tienen una serie de medidas de orden político y legislativo que dan cuenta de ello, tal como este Tribunal ha venido exponiendo en su jurisprudencia, especialmente en las sentencias *Caso Pueblo Bello vs. Colombia* y *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. El punto culminante de todo este proceso ha sido alcanzado con la expedición de la ley de justicia y paz, pues con ella se sientan las bases para una desarticulación efectiva del fenómeno paramilitar y, en consecuencia, para la garantía de los derechos consagrado en la Convención, como lo veremos en la tercera y cuarta parte de este escrito.

g) Así las cosas, el Estado colombiano ha mantenido su actuar dentro de los parámetros internacionalmente exigidos, pues ha hecho esfuerzos importantes por contrarrestar las consecuencias nocivas de su actuar creador de riesgos. Ha cumplido con los deberes de diligencia derivados de injerencia y, en esa medida, no puede ser más objeto de reproche jurídico alguno por este hecho. Si se miran las estadísticas, y esto lo haremos a continuación, los resultados del proceso de desmovilización favorecido por la ley de justicia y paz son contundentes, dando cuenta de la efectividad de las nuevas medidas. Estas son efectivas porque permiten lograr la paz y la reconciliación nacional, garantizando al mismo tiempo y proporcionadamente los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos a la verdad, justicia y reparación.

En conclusión, el Estado colombiano ha cumplido con los deberes del artículo 2.º de la Convención, pues la Ley de Justicia y Paz es una medida legislativa adecuada para hacer efectivos los derechos de la Convención. Se ha cumplido así con los deberes generados por injerencia y que este H. Tribunal ha decantado últimamente en su jurisprudencia.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS DE TERCEROS

INTRODUCCIÓN

1. Antes de explicar la posición del Estado en lo relativo a la “responsabilidad por hechos de terceros”, Colombia reitera el siguiente planteamiento formulado en el escrito de contestación de la demanda:

[s]i bien el reconocimiento de responsabilidad se hace tanto por la omisión del Estado de su deber de garantía, como por la acción aislada de algunos de sus agentes (aquiescencia y colaboración), los hechos que el Estado reconoce son solamente aquéllos que tienen que ver específicamente con el caso de la masacre de “La Rochela”, esto es, los acaecidos en el mes de enero de 1989. En consecuencia, el Estado *rechaza de manera categórica* las consideraciones introductorias (párrafos 38 a 46) y las apreciaciones de contexto que podrían interpretarse o sugerir que el fenómeno ‘paramilitar’ fue producto de una política generalizada del Estado colombiano. (Subrayas fuera de texto).

2. En esta oportunidad, y con el fin de resolver algunos de los interrogantes formulados por los/las Honorables Jueces/as de la Corte Interamericana en la audiencia pública, el Estado formula algunas precisiones sobre los criterios que ha fijado la jurisprudencia de la Corte, en lo relativo a las hipótesis en las cuales los terceros pueden ser tenidos como agentes del Estado, y a los casos en los cuales el Estado es responsable por hechos cometidos por particulares.

3. Para el establecimiento de la responsabilidad internacional del Estado, se debe partir de la obligación general establecida en la Convención Americana, la cual consagra en su artículo 1.1 lo siguiente:

[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idio-

ma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Esta obligación general ha sido considerada por el Tribunal como de obligatorio acatamiento y, en este sentido, ha sido calificada como ley especial. En términos de deberes estatales a nivel internacional, se traduce en las obligaciones positivas y negativas que tienen los Estados que han ratificado los instrumentos, de cumplir con los deberes de prevención, garantía e investigación.

Es evidente entonces, que con base en la teoría de los derechos fundamentales, si los agentes del Estado, sea por acción o por omisión, infringen alguno de los derechos de la Convención, se genera de manera inmediata la responsabilidad de aquél a nivel internacional.

4. El punto en discusión es el siguiente: ¿bajo qué presupuestos, la vulneración de un derecho convencional por la actuación de terceros, puede ser atribuida a la responsabilidad internacional del Estado de manera objetiva? En este tema, son pertinentes las modulaciones que se han venido haciendo como consecuencia de la evolución de las diferentes ramas del derecho y al que ha respondido también el derecho internacional de los derechos humanos, y de manera específica la Corte Interamericana a través de su jurisprudencia.

I. LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE TERCEROS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS DE LOS PRIMEROS CASOS

En este sentido, la Corte Interamericana ha hecho las siguientes precisiones para determinar cuándo y bajo qué condiciones el Estado es responsable por hechos cometidos por terceros:

- a) Ante la falta de diligencia del Estado, es decir, por omisión de los agentes estatales.
- b) Cuando los terceros actúan bajo una política o relación institucional debidamente probada, es decir, por acción de agentes estatales.
- c) Por acción u omisión de algunos agentes del Estado en connivencia con terceros que se constituyeron en grupos al margen de la ley. En ésta última situación la Corte ha tomado en consideración algunas variables que se describirán posteriormente.

A continuación, el Estado analizará las consideraciones que al respecto ha hecho el máximo Tribunal Interamericano, quien ha determinado que sólo en la segunda hipótesis planteada, las acciones de terceros pueden ser equiparables a actuaciones de agentes estatales.

1) En los primeros casos contra Honduras, la H. Corte Interamericana señaló que los actos de terceros podían ser imputables al Estado, cuando éste no cumple con sus deberes de diligencia; es decir, cuando ha incurrido en la falta de diligencia para prevenir la vulneración de los derechos convencionales. En el *Caso Velásquez vs. Honduras*, la Corte estableció lo siguiente:

[...] un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención¹. (Subrayado y resaltado fuera de texto).

2) Posteriormente, en el *Caso Blake vs. Guatemala*, la Corte concluyó que los actos de los terceros no sólo eran imputables al Estado, sino que habían actuado como agentes estatales. Se comprobó que aquéllos eran auspiciados por la política institucional del Estado y que existía una relación de dependencia. Es decir, que había una relación de sujeción entre los agentes estatales y los terceros. Esto se demostraba no sólo con la legislación vigente, sino además con políticas institucionales dirigidas a que estos terceros actuaran en determinadas circunstancias. Es así como la Corte tuvo como probado que

[...] las patrullas de Autodefensa Civil (PACs) o Comités de Defensa Civil (en adelante “las patrullas civiles”) tenían relación institucional con el Ejército, eran auxiliadas y coordinadas por el Ministerio de la Defensa Nacional, recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas del Ejército en cuanto a sus acciones y operaban bajo su supervisión [...]². (Subrayado fuera de texto).

En este caso, la Corte explicó cuando se estructura una relación institucional y en consecuencia, los actos de los terceros pueden ser tenidos como actos de agentes del Estado. Dijo la Corte:

[...] procedería determinar si las patrullas civiles deberían o no considerarse como agentes del Estado y, en consecuencia, también lo sería determinar si los hechos señalados por

1 *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4, párr. 172.

2 *Caso Blake*. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C n.º 36, párr. 52.p).

la Comisión pueden ser o no imputables al Estado o si, por el contrario, constituyen delitos comunes³.

[...L]as patrullas civiles actuaban efectivamente como agentes del Estado durante la época en que ocurrieron los hechos relevantes al [...] caso [...]. Dicha conclusión se confirma con la abundante información y documentación disponible de diversas entidades, inclusive órganos de supervisión internacional de los derechos humanos [...].

Con fundamento en las pruebas examinadas y teniendo en cuenta los alegatos de las partes, la Corte consider[ó] probado que, en la época de los hechos relevantes del [...] caso, las patrullas civiles tenían una relación institucional con el Ejército, realizaban actividades de apoyo a las funciones de las fuerzas armadas y, aún mas, recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas del Ejército guatemalteco y operaban bajo su supervisión, y a esas patrullas se les atribuían varias violaciones de derechos humanos, incluyendo ejecuciones sumarias y extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas [...]. (Subrayado fuera de texto)

Esa relación institucional queda de manifiesto en el mismo decreto de creación de los Comités de Defensa Civil (CDC), así como en los Acuerdos de Paz de Guatemala de 1996 que, en este último caso, establecen que los CDC, “*incluyendo aquéllos que se desmovilizaron con anterioridad, cesarán toda relación institucional con el Ejército de Guatemala y no serán reconvertidos de manera que se restituya esta relación*” [...]

En consecuencia, la Corte declar[ó] que la aquiescencia del Estado [...] en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a éste los actos por ellas practicados⁴.

3) Por su parte, en el *Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, la Corte tuvo como probado lo siguiente:

[...e]n las detenciones arbitrarias a que se refiere el presente caso, intervinieron hombres armados, vestidos de civil en la mayoría de ellas, vinculados con la Guardia de Hacienda o con alguna institución militar o policial⁵.

En un capítulo sobre imputación estableció:

3 *Caso Blake*. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C n.º 36, párr. 68.

4 *Caso Blake*. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C n.º 36, párrs. 75-78.

5 *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros)*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C n.º 37, párr. 89.b

[...El Estado] no contradijo que fueron agentes de la Guardia de Hacienda quienes detuvieron a varias de las víctimas y posteriormente las pusieron a disposición de la autoridad judicial. Respecto de las víctimas privadas de libertad y cruelmente asesinadas, el Estado sostuvo que dichos ilícitos se efectuaron por delincuentes comunes y no por sus agentes, por lo que no sería responsable de ellos.

[...] No obstante esta última aseveración, este Tribunal considera que en todos los casos aparece, del conjunto de pruebas estudiadas sobre el *modus operandi* en los hechos, que las detenciones arbitrarias o secuestros de las víctimas y el asesinato de varias de ellas, siguieron un patrón similar: fueron cometidos por personas armadas que usaron vestimenta de tipo militar o policial y algunos vestían de civil; se utilizaron vehículos (“paneles”) de color claro, con vidrios polarizados sin placas, o con placas pertenecientes a particulares; los autores de estos hechos actuaron con entera libertad e impunidad; no ocultaron sus rostros ni se comportaron con sigilo, sino que las aprehensiones se hicieron a la luz del día, en la vía pública o a la vista de testigos y, en algunos casos, se identificaron como agentes de la Guardia de Hacienda, lo cual conduce a la convicción de que todos estos hechos fueron realizados por agentes del Estado y éste no ha demostrado su afirmación en contrario.

[...]

Por tanto, en el presente caso existen suficientes elementos de convicción para concluir que los hechos señalados fueron realizados por personas que actuaban como agentes del poder público y aún cuando esta Corte consider[ó] que las violaciones denunciadas no son atribuibles a una política de Estado, ni que sus autoridades superiores conocieran de las actuaciones de quienes las realizaron, tales circunstancias son irrelevantes a los efectos de establecer la responsabilidad internacional de Guatemala, como Estado parte en la Convención, ya que de acuerdo con la misma estaba obligado a garantizar a las personas y, en este caso, a las víctimas, el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos⁶ (subrayado fuera de texto).

En el *Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, es fundamental destacar que si bien se dieron actuaciones por parte de terceros, éstos no respondieron a una política de Estado ni a una relación institucional con el mismo. La Corte declaró la responsabilidad del Estado, solamente por el incumplimiento de su deber de diligencia o de prevención de las violaciones de los derechos reconocidos en la Convención respecto de varias personas. En consecuencia, los actos de estos terceros no fueron igualados o equiparados a actos de agentes estatales.

6 *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros)*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C n.º 37, párrs. 92, 93 y 95.

II. LOS DECRETOS QUE AUTORIZABAN LA CREACIÓN DE LAS AUTODEFENSAS EN COLOMBIA, NO TENÍAN FINES DELICTIVOS

Es importante resaltar que en los casos colombianos examinados por la Honorable Corte Interamericana, la alta corporación ha tenido por probado dos aspectos relevantes: i) entre 1965 y 1968, el Estado colombiano declaró el estado de sitio en el territorio colombiano, y, en ese marco, dictó una determinada legislación sobre grupos de autodefensa que tenía fines de auxilio a la fuerza pública, ii) estos grupos se fueron desnaturalizando al punto que pasaron a ser grupos al margen de la ley. Por ello, en razón de los compromisos adquiridos al ratificar la Convención Americana, y ante la desnaturalización de las actividades de éstos, el Estado colombiano decidió a partir de 1985⁷ modificar esta legislación y considerar a los grupos de autodefensas como delincuenciales; es decir, en los términos de la Corte, como terceros sin ningún tipo de relación institucional con el Estado. (El Estado reitera, que nunca ha existido una política institucional de apoyo al paramilitarismo).

En este sentido, la Corte señaló en el *Caso 19 Comerciantes*, que

[L]os ‘grupos de autodefensa’ se conformaron de manera legal al amparo de las citadas normas, por lo cual contaban con el apoyo de las autoridades estatales. El Estado impulsó su creación entre la población civil, con los fines principales de auxiliar a la Fuerza Pública en operaciones antsubversivas y de defenderse de los grupos guerrilleros, es decir, en su concepción inicial no tenían fines delictivos. El Estado les otorgaba permisos para el porte y tenencia de armas, así como apoyo logístico. Sin embargo, muchos ‘grupos de autodefensa’ cambiaron sus objetivos y se convirtieron en grupos de delincuencia, comúnmente llamados ‘paramilitares’ [...] (subrayado fuera de texto)⁸.

III. EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE DILIGENCIA DEL ESTADO, TENDIENTES A REVOCAR EVENTUALES RIESGOS PRECEDENTES (TEORÍA DE LA INJERENCIA)

1. Como reconoció el propio Estado, y al mismo hace alusión la Corte, a partir de 1985 se tomaron medidas una vez que se determinó el nivel de criminalidad en la que habían caído estos grupos al margen de la ley. Y es por lo anterior, que la Corte destaca dentro de los hechos probados de este caso que

7 *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140, párr. 95.3

8 *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C n.º 109, párr. 118.

[...] 8 de junio de 1989 el Estado emitió el Decreto 1194 'por el cual se adiciona el Decreto legislativo 0180 de 1988, para sancionar nuevas modalidades delictivas, por requerirlo el restablecimiento del orden público'. En la parte considerativa de esta norma se expuso que 'los acontecimientos que vienen ocurriendo en el país, han demostrado que existe una nueva modalidad delictiva consistente en la comisión de actos atroces por parte de grupos armados, mal llamados 'paramilitares', constituidos en escuadrones de la muerte, bandas de sicarios, grupos de autodefensa o de justicia privada, cuya existencia y acción afectan gravemente la estabilidad social del país, las cuales deben reprimirse para lograr el restablecimiento del orden y la paz públicos'. En este decreto se tipificó la promoción, financiación, organización, dirección, fomento y ejecución de actos 'tendientes a obtener la formación o ingreso de personas a grupos armados de los denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares'. También se tipificó la vinculación y pertenencia a dichos grupos, así como el instruir, entrenar o equipar 'a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de las actividades delictivas' de los referidos grupos armados. El Tribunal estima importante resaltar que, además, se estipuló como agravante de las anteriores conductas, el hecho de que fueran 'cometidas por miembros activos o retirados de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional o de organismos de seguridad del Estado', de lo cual se deduce que esta agravante tuvo una importante motivación, cual fue que efectivamente miembros de la Fuerza Pública tenían vinculación con tales grupos delincuenciales⁹.

2. En este caso, quedó demostrado que al haberse producido un cambio en las actividades autorizadas a ciertos sectores de la población civil durante el estado de sitio, Colombia tomó las medidas necesarias para combatir los actos atroces que al margen de la ley venían cometiendo estos grupos de terceros. Es por lo anterior que expresó:

[...] a pesar que Colombia alega que no tenía la política de incentivar la constitución de tales grupos delincuenciales, ello no libera al Estado de la responsabilidad por la interpretación que durante años se le dio al marco legal que amparó a tales grupos 'paramilitares', por el uso desproporcionado dado al armamento que les entregó y por no adoptar las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar adecuadamente las referidas actividades delincuenciales, aunado a que las propias autoridades militares de Puerto Boyacá incentivaron al grupo de 'autodefensa' que tenía control en dicha zona a desarrollar una actitud ofensiva ante los guerrilleros, tal y como sucedió en este caso, pues se consideraba que los comerciantes brindaban colaboración a los grupos guerrilleros¹⁰ (subrayado fuera de texto).

[...]

9 *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C. n.º 109, párr. 121.

10 *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C. n.º 109, párr. 124.

[u]na vez analizadas las dos situaciones que se presentaron en este caso, en relación con la creación de grupos de ‘autodefensa’ que derivaron en grupos delincuenciales o ‘paramilitares’ y con la vinculación y apoyo que miembros de la Fuerza Pública brindaron al grupo ‘paramilitar’ que ejercía control en la región del Magdalena Medio, así como la participación de éstos en las violaciones cometidas en perjuicio de [... las víctimas del caso], corresponde al Tribunal hacer referencia a la forma en que ocurrieron los hechos del [...] caso.

En el [...] caso ha quedado demostrado [...] que miembros del referido grupo ‘paramilitar’ o grupo delictivo que operaba en el Municipio de Puerto Boyacá, con el apoyo y colaboración de miembros de la Fuerza Pública, detuvieron y dieron muerte a [las víctimas de este caso]¹¹.

3. De la anterior narración de la Corte Interamericana, se infieren varios aspectos:

a. Los grupos de autodefensa modificaron sus fines y derivaron en grupos delincuenciales.

b. El Estado no tenía una relación institucional con los terceros para que éstos cometieran los hechos atroces. Se trató de actos aislados de algunos de sus agentes, “las propias autoridades militares de Puerto Boyacá”. Es decir, que unos cuantos agentes estatales participaron por acción u omisión en los lamentables hechos. En el caso en cuestión, algunos miembros de la fuerza pública colaboraron en la realización de los hechos del referido “grupo paramilitar”.

4. En el mismo caso, en relación con la atribución de responsabilidad internacional del Estado por los hechos, la Corte señala más adelante lo siguiente:

[c]orresponde a la Corte decidir si tales hechos originan la responsabilidad internacional del Estado, lo cual exige un examen detenido respecto de las condiciones en las cuales un determinado acto u omisión que lesione uno o más de los derechos consagrados por la Convención Americana puede ser atribuido a un Estado Parte y, en consecuencia, comprometer su responsabilidad según las reglas del derecho internacional.

[...] Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además, la Corte ha considerado que ‘un hecho ilícito violatorio de los derechos

11 *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C n.º 109, párrs. 137-138.

humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención¹.

Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención¹².

Con base en lo expuesto, podemos formular las siguientes observaciones: i) La declaración de responsabilidad internacional del Estado por los actos de los llamados “grupos paramilitares”, no encuentra su fundamento en el hecho violatorio en sí mismo, ya que éste fue obra de terceros ajenos al Estado, sino, como lo declaró la Corte en los casos Velásquez y Paniagua, en la falta de diligencia para prevenir o garantizar, tanto por acción como por omisión, los derechos consagrados en la Convención. ii) Hay responsabilidad del Estado, cuando miembros del poder público apoyan o toleran la comisión de los hechos. iii) La Corte distingue perfectamente entre las categorías “agentes del Estado” y “grupos paramilitares”, al afirmar que el hecho se cometió “con el apoyo de agentes estatales”, lo cual significa necesariamente que se reconoce que los hechos fueron cometidos por terceros que no tenían el carácter de agentes.

IV. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA. ANÁLISIS DE CASOS PARTICULARES RELATIVOS A COLOMBIA

Es dable hacer notar que, en los casos conocidos por la Honorable Corte en los cuales hubo participación de terceros, es decir, los *Casos Mapiripán y Pueblo Bello*, los hechos ocurrieron con posterioridad a la modificación de la legislación expedida en el marco del estado de sitio y durante la vigencia de la Constitución Política de 1991. En este sentido, es preciso analizar las consideraciones que hizo este Honorable Tribunal en estos fallos.

12 *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C n.º 109, párrs. 139-141.

A. CASO MAPIRIPÁN

En el *Caso Mapiripán* la Corte tuvo por probado lo siguiente:

[...] los hombres que conformaban el grupo paramilitar vestían prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares, portaban armas de corto y largo alcance, cuyo uso era monopolio del Estado, y utilizaban radios de alta frecuencia¹³;

[...] la colaboración entre los miembros del Ejército y las AUC, revelan que ésta no se limitó a abstenerse de impedir su llegada a Mapiripán, sino que también involucró el suministro de pertrechos y comunicaciones¹⁴.

[...]

[...] La incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto minuciosamente planeado desde varios meses antes de la masacre, ejecutado con previsiones logísticas y con la colaboración, aquiescencia y omisión de miembros del Ejército. La participación de agentes del Estado en la masacre no se limitó solamente a facilitar el ingreso de las AUC a la región, ya que las autoridades tuvieron conocimiento del ataque perpetrado contra la población civil en Mapiripán y omitieron adoptar las medidas necesarias para proteger a los miembros de la comunidad¹⁵.

El caso de *Mapiripán* resulta muy ilustrativo respecto a la teoría de responsabilidad del Estado por hechos de terceros, por cuanto reafirma de manera general lo sostenido en la sentencia de 19 comerciantes. Además, agrega que el derecho internacional de los derechos humanos es una *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, que se desprende de las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención¹⁶. Por tanto, la atribución de responsabilidad internacional se debe analizar a la luz de estos estándares internacionales. Bajo este análisis, el Estado encuentra que la apreciación dada por el Tribunal a los actos de terceros siempre se enmarca en probar que ha habido *al menos* falta de diligencia por parte de los agentes estatales por la condición de garantes que éstos últimos ostentan. En efecto, al realizar la imputación en el caso concreto, la Corte afirmó que:

[...] es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones.

13 *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Sentencia de 15 septiembre de 2005. Serie C n.º 134, párr. 96.34

14 *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Sentencia de 15 septiembre de 2005. Serie C n.º 134, párr. 96.35

15 *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Sentencia de 15 septiembre de 2005. Serie C n.º 134, párr. 96.43

16 *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Sentencia de 15 septiembre de 2005. Serie C n.º 134, párr. 96.43.

Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

La Corte ha señalado la existencia de dichos efectos de la Convención en relación con terceros en casos contenciosos, así como al haber ordenado medidas provisionales para proteger a miembros de grupos o comunidades de actos y amenazas causados por agentes estatales y por terceros particulares. En este sentido, incluso en la opinión consultiva sobre *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte señaló que

[...S]e debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittmirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.

La responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios, y la atribución de la misma a un Estado por actos de agentes estatales o de particulares deberá determinarse atendiendo a las particularidades y circunstancias de cada caso¹⁷. (Subrayados fuera de texto)

[...]

En el caso en particular, la Corte determinó que

[...c]iertamente no existen pruebas documentales ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese una relación de dependencia entre el Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones

17 *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Sentencia de 15 septiembre de 2005. Serie C. n.º 134, párrs. 110-112.

públicas de aquél a éstos. No obstante, al analizar los hechos reconocidos por el Estado, surge claramente que tanto las conductas de sus propios agentes como las de los miembros de grupos paramilitares son atribuibles a Colombia en la medida en que éstos actuaron de hecho en una situación y en zonas que estaban bajo el control del Estado. En efecto, la incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto planeado desde varios meses antes de julio de 1997, ejecutado con pleno conocimiento, previsiones logísticas y la colaboración de las Fuerzas Armadas, quienes facilitaron la salida de los paramilitares desde Apartadó y Necoclí y su traslado hasta Mapiripán en zonas que se encontraban bajo su control y dejaron desprotegida a la población civil durante los días de la masacre mediante el traslado injustificado de las tropas a otras localidades [...] ¹⁸. (Subrayado fuera de texto)

[...]

[...L]os actos cometidos por los paramilitares contra las víctimas del [...] caso no pueden ser caracterizados como meros hechos entre particulares, por estar vinculados con conductas activas y omisivas de funcionarios estatales, la atribución de responsabilidad al Estado por dichos actos radica en el incumplimiento de sus obligaciones convencionales *erga omnes* de asegurar la efectividad de los derechos humanos en dichas relaciones interindividuales ¹⁹.

De los apartes transcritos se pueden derivar las siguientes conclusiones:

- a. No existen pruebas de que en el caso se diera una relación de dependencia entre el Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos.
- b. La atribución de responsabilidad internacional del Estado se da por las conductas activas y omisivas de los funcionarios estatales frente a obligaciones generales de la Convención, artículos 1.º y 2.º, los cuales son de acatamiento obligatorio.
- c. Además, el Tribunal deja en claro que debe analizarse cada caso en concreto, para determinar si los hechos cometidos por particulares quedan o no dentro de la esfera de la responsabilidad internacional del Estado.

¹⁸ Caso de la "Masacre de Mapiripán". Sentencia de 15 septiembre de 2005. Serie C. n.º 134, párr. 120.

¹⁹ Caso de la "Masacre de Mapiripán". Sentencia de 15 septiembre de 2005. Serie C. n.º 134, párr. 123.

B. CASO PUEBLO BELLO

Por su parte, en el *Caso Pueblo Bello* la Corte reitera los criterios jurídicos esgrimidos *supra* en el *Caso Mapiripán*²⁰, y agrega un elemento más al establecer lo siguiente:

[...]para la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía²¹. (Subrayado fuera de texto).

[...]

La Corte observa que si bien la masacre de Pueblo Bello ocurrida en enero de 1990 fue organizada y perpetrada por miembros de grupos paramilitares, aquélla no habría podido ejecutarse si hubiere existido protección efectiva de la población civil en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado. Ciertamente no existen pruebas ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese un nexo entre miembros del Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, la responsabilidad por los actos de los miembros del grupo paramilitar en este caso en particular es atribuible al Estado en la medida en que éste no adoptó diligentemente las medidas necesarias para proteger a la población civil en función de las circunstancias descritas [...] ²². (Subrayado fuera de texto).

Del caso bajo análisis se derivan las mismas conclusiones a las que se llegó en el *Caso Mapiripán*. Sin embargo, se agregaría un nuevo elemento: se debe tener un cuidado especial de protección, cuando se han presentado situaciones de riesgo creados por el propio Estado.

20 *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140, párrs. 111-118.

21 *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140, párr. 123.

22 *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140, párr. 140.

Para que los actos de un particular puedan ser imputables internacionalmente al Estado, deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. Relación institucional, en el sentido de orientar directamente a los terceros que comenten las vulneraciones;
2. Relación de dependencia o subordinación entre la institución estatal y los particulares;
3. Delegación de funciones públicas a favor de los particulares por parte del Estado;
4. Conductas activas u omisivas contrarias a las obligaciones generales establecidas en la Convención, como son las comprendidas en los artículos 1.º y 2.º;
5. Situaciones de riesgo especial creado por el Estado; y
6. Circunstancias específicas de cada caso concreto.

Cabe aclarar que, según la misma Corte, la prueba de estos requisitos se encuentra en cabeza de la Comisión y los representantes de las presuntas víctimas, por lo cual, en ningún caso podrá existir un inversión en la carga de la prueba en este sentido²³.

IV. CONCLUSIONES GENERALES DE ESTE CAPÍTULO Y POSICIÓN DEL ESTADO COLOMBIANO

1. Si bien en algunas oportunidades la Corte ha encontrado la connivencia de los llamados “grupos paramilitares” con algunos agentes del Estado, ha dejado muy claro que (i) se ha tratado de casos aislados de colaboración entre agentes del Estado y grupos de esa naturaleza; (ii) no ha existido prueba alguna que permita demostrar que exista una política de Estado, una relación de dependencia o una relación institucional entre los particulares y el Estado; (iii) que la prueba en este sentido estaría en cabeza de la Comisión o de los representantes de las víctimas; (iv) que el Estado ha realizado diversos esfuerzos para combatir a los llamados “grupos paramilitares”, lo cual implica necesariamente una separación entre los agentes estatales y los actos de terceros por los cuales el Estado estaría llamado a responder.

23 En efecto, si la Corte afirma que no existe prueba alguna, está reconociendo que la prueba debe ser aportada al proceso por quienes alegan que los llamados “grupos paramilitares” son agentes estatales.

2. El Estado colombiano en el *Caso La Rochela*, ha mantenido una postura coherente y consistente con los parámetros establecidos por la Honorable Corte, al aceptar su responsabilidad internacional por la acción y omisión de algunos de sus agentes estatales frente a los actos de particulares. También, por haber faltado a su deber de garante de los derechos establecidos en la Convención Americana, respecto de la Comisión de funcionarios judiciales que sufrieron los lamentables hechos del 18 de enero de 1989.

3. En el caso de *La Rochela* no existen pruebas dentro del expediente que permitan demostrar que los “grupos paramilitares” actuaron en calidad de agentes del Estado. En el caso ha quedado de manifiesto que:

- a) Se ha reconocido que se trató de un hecho aislado por acción y omisión de determinados agentes estatales, y en consecuencia, el Estado ha procurado adoptar todas las medidas necesarias para que se respeten los derechos convencionales, tal y como se establece en las obligaciones generales de la Convención (arts. 1.º y 2.º);
- b) Se ha demostrado que no había relación institucional o de dependencia entre los grupos al margen de la ley y algunos de los agentes estatales;
- c) Se ha demostrado que no existió una delegación de funciones públicas a favor de los particulares;
- d) Se tiene por demostrado en el *Caso 19 Comerciantes*, que no existía una política institucional que impulsara los actos atroces que se cometieron en este caso;
- e) Lo sucedido responde a las circunstancias especiales del caso en particular;
- f) Ni la Comisión ni los representantes han mostrado pruebas irrefutables que demuestren que los grupos al margen de la ley actuaron en calidad de agentes estatales.

4. No siempre que al Estado se le impute responsabilidad internacional por la conducta de terceros, puede afirmarse que estos son agentes del Estado. Ejemplos: i) cuando el Estado incumple sus deberes de diligencia y no evita las conductas de particulares violatorias de los Derechos Humanos, tiene responsabilidad, pero ello no significa que actuaron como agentes del Estado. ii) Cuando un miembro de la fuerza pública que tenía dentro de su ámbito de competencia el deber de proteger a una población (posición de garante), no evita una grave violación a los Derechos Humanos, se le atribuye al Estado responsabilidad por la omisión de uno de sus servidores públicos. Sin embargo, esto por sí sólo no implica que el tercero sea agente del Estado. Para que ello ocurra, es necesario

demostrar que se trataba de una política institucional del Estado, tendiente al favorecimiento de los grupos armados ilegales.

En el caso colombiano, se ha demostrado que nunca ha existido esa política institucional. Por el contrario, el favorecimiento del paramilitarismo es considerado como delito en nuestro ordenamiento interno. Además, Colombia ha mostrado resultados tangibles en la destrucción del fenómeno paramilitar. No sólo en el campo militar, sino también en el jurídico: i) investigaciones y condenas contra los miembros de estos grupos. ii) Derogatoria de toda la normatividad que eventualmente podía incidir en el fenómeno. Además, avanza en una salida basada en la justicia transicional (Ley de justicia y paz).

5 En consecuencia, el Estado colombiano solicita respetuosamente a la Honorable Corte, declarar que los actos de los particulares fueron perpetrados por la acción y la omisión de algunos de sus agentes estatales, y que los particulares no actuaron en calidad de agentes estatales.

CAPÍTULO TERCERO
LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.
ANÁLISIS DESDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

INTRODUCCIÓN

En la audiencia pública, se planteó la necesidad de examinar si la Ley de Justicia y Paz¹ armoniza con los deberes del Estado colombiano de investigar y sancionar los delitos, como forma de hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, o si por el contrario implica la renuncia del Estado a cumplir con sus compromisos internacionales. Lo anterior, teniendo en cuenta la magnitud de las penas contempladas en la ley, así como el diseño de los procesos para la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Atendiendo esa urgencia, el presente capítulo constituye un estudio más puntual de la Ley de Justicia y Paz, con el fin de determinar si es compatible o no con los estándares internacionales exigidos por las autoridades del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El objetivo central consiste en definir si la ley es lo suficientemente sólida para que el Estado colombiano pueda realizar los procesos penales sin desatender los compromisos internacionales sobre verdad, justicia y reparación, o si por el contrario resulta demasiado benévola en desmedro de esos derechos.

Como eje de la investigación hemos utilizado el principio de proporcionalidad, herramienta interpretativa de especial importancia para superar los conflictos entre principios y derechos del mismo nivel. Consideramos que el juicio de proporcionalidad

1 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”.

constituye el instrumento de análisis pertinente, por cuanto en el fondo del debate sobre la Ley de Justicia y Paz existe una tensión entre los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos, frente a la paz y la reconciliación social como aspiraciones colectivas no menos importantes.

El estudio se divide en varios apartados. En primer término, se hacen algunas reflexiones sobre la comprensión de los derechos fundamentales y el papel del Estado —en particular del Congreso— en su regulación, para destacar cuáles son los derechos y principios involucrados en el caso de la Ley de Justicia y Paz. En segundo término, destacamos las bases filosóficas que explican la importancia del principio de proporcionalidad como técnica para superar las tensiones entre derechos y principios. Finalmente, se estudian los elementos específicos del principio de proporcionalidad, haciendo el análisis respectivo en el caso de la Ley de Justicia y Paz, para lo cual se toma en cuenta la sentencia C-370 de 2006, donde la Corte analizó la constitucionalidad de dicha norma.

I. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL PAPEL DE LOS DERECHOS EN LA ACTIVIDAD ESTATAL

A. LA DOBLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos están concebidos para asegurar la esfera de libertad del individuo frente a intervenciones del Estado. Por un lado, se conocen como derechos de defensa del ciudadano frente al poder público y son asimilados a *acciones negativas* del Estado². Según la doctrina pueden dividirse en tres grandes categorías: derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones, derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones, y derechos a que el Estado no limite determinadas posiciones jurídicas del titular³. Por ejemplo, un sujeto tiene frente al Estado el derecho a que éste no lo mate, a que le *respete* sus derechos humanos; comprende el *status libertatis* que prohíbe la intromisión de las autoridades en ciertos ámbitos.

Pero, de otro lado, los derechos tienen su contrapartida positiva. Es decir, existen derechos a *acciones positivas* del Estado, a prestaciones. También aquí la dogmática de los derechos habla, en primer lugar, de derechos de protección, que son aquellos de la per-

2 Cfr. Sentencia del *BVerfGE* 7, 198 (204).

3 Cfr. Al respecto ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, pp. 189 y ss.

sona frente al Estado para que lo proteja de intervenciones de terceros; en segundo lugar, tenemos los derechos a organización y procedimiento y, en tercer lugar, los derechos a prestaciones en sentido estricto (derechos sociales)⁴.

En esta dimensión positiva los derechos fundamentales imponen al Estado la obligación de contribuir a la efectividad de tales derechos, de *garantizar* activamente su realización: “los derechos fundamentales dejan de ser meras normas programáticas, huera de declaraciones de principios o normas objetivas, y se convierten en auténticos derechos subjetivos a obtener del Estado una protección efectiva”⁵.

Cabe aclarar desde ahora mismo que si bien es cierto que los derechos fundamentales se diferencian de los derechos humanos, particularmente en la fuente normativa y el carácter supranacional y axiológico de éstos últimos, también lo es que en su estructura y contenido dogmático son sustancialmente iguales⁶.

En el caso colombiano la Constitución contiene cláusulas de reenvío a tratados y convenios internacionales debidamente ratificados⁷, algunas de las cuales establecen su prevalencia en el orden interno en cuanto reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción y hacen parte del bloque de constitucionalidad. En esa medida, como ha sido ampliamente reconocido por la doctrina⁸ y la jurisprudencia⁹, los derechos fundamentales no son sólo aquellos señalados expresamente en el texto constitucional, sino que también comprenden ciertos derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, entre los cuales sobresale la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰.

Los derechos fundamentales aparecen anclados, en un primer momento, a las elaboraciones más liberales de la tradición filosófica que proyectan su espíritu hasta nuestros días¹¹. Nos referimos inmediatamente a la filosofía idealista alemana, especialmente a las

4 Cfr. *Ibíd.*, pp. 419 y ss.

5 Cfr. C. BERNAL PULIDO. “El principio de proporcionalidad de la legislación penal”, en *Memorias de las XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, 2002, pp. 157 y ss.

6 ANTONIO E. PÉREZ LUÑO. *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 43 y ss.

7 Cfr., entre otros, los artículos 44, 53, 93, 94, 101 y 214 de la Constitución.

8 TULIO ELÍ CHINCHILLA. *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 89 a 102.

9 Cfr., las sentencias C-225 de 1995, SU-039 de 1997, T-652 de 1998, T-568 de 1999, C-010 de 2000, C-567 de 2000, T-1319 de 2001, C-200 de 2002, C-418 de 2002, C-891 de 2002, C-228 de 2002 y C-004 de 2003, entre muchas otras.

10 Adoptada internamente mediante la Ley 16 de 1972 y ratificada el 28 de mayo de 1973. Entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

elaboraciones de HEGEL y KANT, quienes entendieron el derecho como la manifestación pura de la libertad individual. El concepto de libertad que expusieron fue normativo, esto es, uno que define el derecho como un haz de posibilidades y obligaciones y, por consiguiente, el sujeto de derecho como sujeto capaz de imputación¹². Esta evolución del concepto de libertad se concreta en la famosa frase del §36 de los Fundamentos de la Filosofía del Derecho hegeliana: sé una persona y respeta a los demás como personas¹³. Este es precisamente el contenido filosófico obligacional para el Estado: ¡respetar los derechos humanos, los derechos de los demás!

B. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES TRAZAN LÍMITES EN LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA

Como lo advirtió desde un comienzo el Tribunal Constitucional alemán en la famosa sentencia del caso LUTH¹⁴ –lo cual ha sido reafirmado por todos los tribunales de occidente–, los derechos fundamentales irradian sus efectos en cualquier ámbito del mundo jurídico, de modo que necesariamente inciden en el desarrollo de la actividad legislativa. En ella los derechos fundamentales constituyen un importante criterio a tener en cuenta por los distintos sujetos que de una u otra manera están involucrados.

El primer llamado a tomar en serio los derechos es el Parlamento, foro donde existen ciertos límites –mínimos y máximos– para desarrollar la tarea legislativa, pero donde también queda un importante –no absoluto– margen de maniobra dentro del cual puede tomar las decisiones que el juego democrático dictamine. Los límites mínimos vendrían

-
- 11 M. PAWLIK. *La realidad de la libertad. Dos estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel*, JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; ZACZYK. *Aspectos de la fundamentación liberal en el derecho (Sobre la fundamentación en el derecho)*, JORGE F. PERDOMO TORRES [trad.], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- 12 KANT. *La metafísica de las costumbres*, 1797; ADELA CORTINA ORTS y JESÚS CONILL SANCHO (trads.), 3ª ed., Madrid, 2002. La definición tradicional de que el ser humano es considerado persona en la medida en que disfruta determinados derechos en la sociedad civil es complementada con la afirmación de que con el disfrute de derechos se encuentra vinculado igualmente de forma primigenia el soporte de deberes; en este sentido KELSEN. *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960: “La persona [...] no es algo diferente a los deberes jurídicos y los derechos subjetivos [...] [ella] es solamente la personificación de esta unidad” (p. 177); cfr. también RADBRUCH. *Rechtsphilosophie*, 4ª ed., Stuttgart, 1950, p. 231.
- 13 HEGEL. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, § 36, 1821; CARLOS DÍAZ (trad.), Madrid, Prodhufi, 1993.
- 14 *BVerfGE* 7, 198, 205. Cfr. JAIME BERNAL CUELLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 236.

a ser lo que para ALEXY constituye lo constitucionalmente necesario para la protección de los derechos fundamentales; los límites máximos serían lo constitucionalmente prohibido; y el margen de maniobra correspondería al ámbito de lo constitucionalmente posible¹⁵.

1. LÍMITES MÍNIMOS. PROHIBICIÓN DE PROTECCIÓN DEFICIENTE

La vinculación del Legislador a los derechos fundamentales significa, desde la óptica de los límites mínimos, una obligación de proteger ciertos ámbitos de un derecho. Es algo jurídicamente exigible del Estado, el derecho a acciones positivas que apunten a la protección de los derechos. Corresponde a lo que la doctrina denomina prohibición de protección deficiente, entendida ésta como la imposibilidad de renuncia del Legislador para intervenir en defensa de un derecho en un componente donde es imperioso hacerlo, o cuando su regulación es altamente defectuosa.

A manera de ejemplo, tenemos cómo las conductas que atentan de manera grave y directa contra la existencia misma de la humanidad no pueden ser sustraídas del ámbito del derecho penal, sobre todo cuando los Estados han reconocido internacionalmente el deber de sancionar con rigor esas conductas. Nos referimos a las graves violaciones de derechos humanos (tortura, desaparición forzada, genocidio), que entre otras cosas hacen parte del Bloque de Constitucionalidad en lo que al caso colombiano se refiere¹⁶, y por esa vía son también derechos fundamentales. En estos casos, cuando el Legislador no tipifica ciertas conductas, o lo hace de manera insuficiente, incumple con un deber de protección mínima de los derechos fundamentales y esa anomalía habrá de ser corregida en ejercicio del control judicial a cargo de los tribunales, puesto que se ha generado una inconstitucionalidad por omisión que no puede pasar inadvertida.

2. LÍMITES MÁXIMOS

Así como existe un ámbito de lo jurídicamente exigido, los derechos fundamentales también constituyen un límite máximo en la actividad del Estado. Es el ámbito de lo consti-

15 ALEXY. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, CARLOS BERNAL PULIDO (trad.), Madrid, Revista Española de Derecho Constitucional, 2002.

16 En la sentencia C-177 de 2001 la Corte recordó que, entre otras cosas, como consecuencia de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (la Ley 28 de 1959), Colombia tiene el deber de penalizar el genocidio.

tucionalmente prohibido, es decir, la esfera donde bajo ninguna circunstancia es legítima la intervención del Estado por tratarse de escenarios que interesan o afectan sólo al individuo; corresponden con lo que FERRAJOLI denomina “derechos de libertad”, esto es, límites frente al Poder Legislativo¹⁷.

Aquellas conductas que no involucran algún bien jurídico relevante o que son socialmente inocuas se sustraen entonces del control del Estado, especialmente por la vía del derecho penal, que como es sabido constituye la *ultima ratio* para reprochar los comportamientos sociales cuando defraudan expectativas. La práctica del homosexualismo o la libertad de creencia religiosa, por ejemplo, son comportamientos ajenos al control del Estado, donde no es válido sostener que se busca una cierta “ética social o moral”. Corresponden al ejercicio de las libertades individuales que en nada involucran derechos de terceros u otros bienes constitucionales de la misma entidad.

3. MARGEN DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR. IGUALDAD Y PROPORCIONALIDAD

Dentro de los límites máximos y mínimos que los derechos fundamentales trazan para el Legislador, éste cuenta con un considerable margen de acción para definir el rumbo de las normas en un Estado. Es ahí donde el ejercicio de la actividad democrática propia del Parlamento debe definir el alcance y la forma de proteger los derechos. Sin embargo, surge la dificultad de saber en qué momento el Legislador actúa dentro de su libre campo de acción, y cuándo desborda los límites –máximos o mínimos– que el respeto de los derechos fundamentales le impone.

Con el fin de evitar –en lo posible– que la decisión del Legislador sea sustituida por la de los Tribunales al momento del control judicial, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado algunas guías hermenéuticas que atemperan esos riesgos. Entre ellas se destaca el respeto de la igualdad por la vía del test de razonabilidad, y especialmente el juicio de proporcionalidad cuando se involucran restricciones de derechos fundamentales.

Según explica FERRAJOLI, los derechos fundamentales corresponden a intereses y expectativas de todos, y son el fundamento y parámetro de la igualdad jurídica¹⁸, que a su vez se constituye en elemento clave para el control constitucional de las normas penales.

17 FERRAJOLI. *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 311.

18 *Ibid.*, p. 25.

El margen de configuración en el que se mueve el Legislador exige respetar parámetros de igualdad, lo que significa que sólo pueden imponerse tratamientos diferenciados cuando existan criterios de razonabilidad para hacerlo, es decir, cuando estén de por medio motivos que justifiquen esa desigualdad; en su ausencia el tratamiento dispar se convierte en arbitrario y, por lo tanto, discriminatorio.

Todo Estado tiene la posibilidad de dictar leyes para enfrentar sus problemas más urgentes o buscar salidas pacíficas a conflictos internos de violencia; pero esa facultad tiene límites y no significa dejar de lado otros valores no menos importantes para la sociedad. La razonabilidad y proporcionalidad son pautas hermenéuticas que contribuyen a definir si esos límites han sido o no vulnerados.

Bajo esta óptica, la aprobación de leyes sancionatorias especiales para combatir criminalidades que desestabilizan en forma grave las estructuras fundamentales de una sociedad (estados de excepción), o la expedición de nuevas normas tendientes a facilitar procesos de paz y reconciliación social (justicia transicional y restaurativa), sólo son admisibles en la medida en que respeten criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Un análisis basado en la razonabilidad, y en general todo estudio para definir el margen de acción del Legislador frente a los derechos fundamentales, pasa necesariamente por criterios de ponderación o balanceo que se concretan en el conocido *principio de proporcionalidad*. Su desarrollo de la mano del derecho constitucional lo convierte en herramienta valiosa para comprender los límites a la función del parlamento. Este principio constituye la base hermenéutica para determinar cuáles son los límites máximos y mínimos del derecho, así como el margen de maniobra del que dispone el Legislador.

La importancia del principio de proporcionalidad merece ser reivindicada al analizar las normas penales de un Estado, porque en el fondo subyace una tensión entre derechos fundamentales: “la pena se legitima en función de su labor de protección de la libertad de los ciudadanos, pero para ello se arremete al mismo tiempo, con su imposición, la libertad de los ciudadanos”¹⁹. No obstante, veremos en seguida cómo la libertad no es el único derecho que está involucrado en los asuntos penales.

19 RAFAEL ALCACER GUIRAO. “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, en *Memorias de las XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 60.

C. LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ INVOLUCRA UNA TENSIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El Congreso de la República aprobó 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”, como parte de una estrategia para superar, al menos parcialmente, el conflicto social y armado por el que atraviesa Colombia desde hace ya varias décadas.

Según fue explicado en audiencia la ley fue aprobada en un doble escenario de justicia transicional y de justicia restaurativa. Se busca dar paso de una situación de inestabilidad social a una de relativa paz, facilitando procesos de negociación política y explorando para ello mecanismos de alternatividad penal que hagan posible el desarme. No obstante, más allá de este escenario, la Ley 975 de 2005 refleja una inocultable tensión entre principios y derechos fundamentales que requieren ser armonizados en la medida de lo posible.

I. VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN

Por una parte tenemos los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, del que son titulares las víctimas de violaciones de derechos humanos y la sociedad en su conjunto. La protección de estos derechos implica el deber del Estado de buscar y dar a conocer toda la realidad de los hechos acaecidos durante y con ocasión del conflicto armado, de sancionar con firmeza a los responsables por la comisión de delitos, y de resarcir los daños causados, velando porque nunca más se vuelvan a repetir.

En el ámbito del Sistema Interamericano, los derechos a la verdad, justicia y reparación, han sido reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como derivados del derecho a la protección judicial efectiva previsto en el artículo 25.1 de la Convención²⁰. De igual forma, la Corte ha entendido que los Estados tienen el deber de garantizarlos en virtud de las obligaciones impuestas por los artículos 1.º y 2.º de la Convención.

20 “Artículo 25. *Protección Judicial*. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Con relación al derecho a la verdad, la Corte Interamericana ha precisado que aquellas medidas legislativas que impidan a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos conocer la realidad de lo ocurrido son contrarias a la Convención. Así, por ejemplo, en el año 2001 la Corte dictaminó que las leyes de amnistía aprobadas en Perú reñían con la Convención y por lo tanto el Estado había violado el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso, aún cuando el propio Estado había aceptado su responsabilidad y otorgar una reparación material a las víctimas. Dijo al respecto²¹:

Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Corte [...] considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso [...]

Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

Los derechos a la justicia (investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos) y la reparación del daño (tanto individual como colectiva), aparecen estrechamente ligados en la jurisprudencia de Interamericana:

Esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho

21 Corte IDH. Caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párrs. 41, 42, 43.

conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos²².

Así mismo, el conocimiento de la verdad y las decisiones de la propia Corte Interamericana han sido considerados una forma específica –aunque parcial– de reparación de los daños causados.

2. LA PAZ Y LA RECONCILIACIÓN SOCIAL

Por otra parte, ante la dificultad de una derrota militar de los grupos al margen de la ley, los derechos a la paz y a la reconciliación social, como principios fundamentales y base de la vida en comunidad que son, demuestran la necesidad de encontrar una salida negociada al conflicto para desactivar a los actores armados. Sin embargo, como es obvio, en una solución negociada resulta inevitable alguna dosis de perdón y olvido, la cual se traduce en una limitación o mengua de los derechos a la verdad, justicia y reparación antes mencionados.

Luego volveremos en detalle sobre el alcance de estos derechos. Por lo pronto, situados en el caso de la Ley de Justicia y Paz, encontramos que en ella subyace una tensión entre los derechos mencionados: si bien es cierto que el Congreso reconoció de forma expresa los derechos a la verdad, justicia y reparación²³, también lo es que el derecho a la justicia, de alguna manera se ve limitado por el hecho de tratarse de una ley aprobada en el marco de un proceso de justicia transicional y restaurativa.

En efecto, de acuerdo con el contenido de la ley –tal y como fue aprobada por el Congreso de la República, es decir, antes de someterse al control por parte de la Corte Constitucional–, el derecho a la verdad aparecería disminuido, porque para obtener los beneficios previstos en la ley no se exigía la confesión plena desde un comienzo (art. 17). El derecho a la justicia también resulta afectado, porque con la figura de la *pena alternativa*²⁴ la ley

22 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Estado de Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 166.

23 “Artículo 1.º *Objeto de la presente ley.* La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”. También se destacan los artículos 6.º, 7.º y 8.º de la Ley, sobre los cuales volveremos más adelante.

24 “Artículo 29. *Penas alternativas.* La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal.

En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5)

reduce de manera significativa el tiempo de privación de la libertad para los desmovilizados (máximo 8 años), si se tienen en cuenta las penas ordinariamente previstas, e incluso les permite computar el tiempo de permanencia en la zonas de concentración como parte de la pena alternativa (art. 31). Por último, el derecho a la reparación integral sufría alguna mengua, en tanto los desmovilizados no respondían patrimonialmente más allá de la entrega de los bienes adquiridos ilícitamente (art. 54).

Luego veremos cómo la Corte Constitucional introdujo cambios sustanciales en varios de estos aspectos (C-370 de 2006), de manera que las restricciones anotadas ya fueron superadas y son ahora plenamente compatibles con las normas del sistema interamericano de derechos humanos.

La existencia de una suerte de tensión entre los derechos anotados, es la que explica la necesidad de acudir al principio de proporcionalidad como técnica para superar esta clase de dilemas.

II. BASES FILOSÓFICAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

A. UNA INTERPRETACIÓN ORIENTADA A FINES. ENCUENTRO DE TRADICIONES

Los derechos fundamentales, y especialmente los de libertad, pueden ser objeto de limitaciones y delimitaciones por el Legislador. Las primeras hacen referencia a las restricciones a la titularidad o ejercicio de un derecho autorizadas por la Constitución, mientras que las delimitaciones tienen que ver con la ordenación y configuración de los derechos a cargo del Legislador y acotadas por la jurisprudencia²⁵.

años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos

Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.

Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia”.

25 JAVIER JIMÉNEZ CAMPO. *Derecho fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

Para saber cuándo la limitación o delimitación de un derecho es constitucionalmente válida, la doctrina y la jurisprudencia han apelado a técnicas de interpretación que abandonan, por insuficientes, los métodos tradicionales de análisis lógico formales basados en la subsunción, para dar paso a una hermenéutica a partir de relaciones de medio a fin.

Los antecedentes de este cambio no vienen del mundo del Derecho sino que hallan sus raíces en dos grandes tradiciones para la ciencia y la filosofía: la Galileana y la Aristotélica. En la tradición Galileana, que se remonta hasta PLATÓN y pasa por EUCLIDES, el mundo es concebido desde una óptica mecanicista o de relaciones de causalidad, que pretende subsumir los hechos individuales en leyes generales; se trata de un sistema en el cual, a partir de axiomas indiscutibles, se hacen inferencias lógicas o deducciones. Por oposición a ella, en la tradición Aristotélica la comprensión del mundo obedece a relaciones teleológicas o finalistas, “buscándose la comprensión racional de la realidad, enfatizando las individualidades sobre las generalidades”²⁶.

Estas dos tradiciones en la historia de las ideas implican un enfrentamiento entre la visión mecanicista del mundo (la Galileana) y la visión teleológica (la Aristotélica). La primera se basa en la subsunción de los fenómenos individuales bajo leyes generales inmutables, a partir de procesos matemáticos científicos. Los defensores de la segunda, por su parte, “rechazan el monismo metodológico del positivismo y rehúsan tomar el patrón establecido por las ciencias naturales exactas como ideal regulador, único y supremo de la comprensión racional de la realidad”²⁷.

Cobra fuerza entonces el “silogismo práctico” postulado por ARISTÓTELES, pero que había sido abandonado, como una reformulación de la lógica para la comprensión de la realidad en perspectiva distinta. Según éste, (i) la premisa mayor tiene que ver con el fin u objetivo perseguido con una actuación; (ii) la premisa menor está referida al medio o acto utilizado para la consecución del objetivo; (iii) y la conclusión “consiste en el empleo de este medio para alcanzar el fin en cuestión”²⁸. Se trata, como explica la doctrina autorizada, de un modelo diseñado para las ciencias sociales y la historia, que viene a convertirse en el equivalente al modelo de la subsunción en las ciencias naturales.

26 JOSÉ MIGUEL NAVA VITE. “Epistemología de las ciencias sociales. Entre lo catequístico y lo dialógico”, en *Gaceta ISCEEM* n.º 25, México, Instituto Superior de Ciencias de la Educación del Estado de México, julio-septiembre de 2001.

27 GEORG HENRIK VON WRIGHT. *Explicación y comprensión* (1971); LUIS VEGA REÑÓN (trad.), Madrid, Alianza, 1979, p. 23.

28 *Ibíd.*, p. 48.

Como explica GEORGE VON WRIGHT, mientras que la corriente galileana se dirige a la explicación y predicción de los fenómenos (humanos y naturales), la tradición aristotélica apunta a la comprensión de los hechos de modo teleológico o finalista²⁹. Una manifestación de la aquélla viene dada en la escuela del “postivismo”, construida sobre la base del “monismo metodológico”, es decir, de la utilización de los métodos de investigación propios de las ciencias naturales –ciencias exactas–, como únicos métodos válidos para cualquier disciplina, incluidas las ciencias sociales (COMTE, DURKHEIM). Lo que se busca con ello es dar una explicación causal de los fenómenos, según fue señalado, mediante la formulación de leyes generales omnicomprendivas –mediante la subsunción–.

Su contrapartida, la corriente aristotélica, rechaza el postivismo, y, sobre todo, la idea de que sean los métodos tradicionales de las ciencias puras los rectores de la investigación social. Para los autores que se inscriben en esta escuela (DROYSEN, MAX WEBER), las ciencias naturales distan por completo de las ciencias sociales, ya que las primeras persiguen generalizaciones sobre fenómenos predecibles, en tanto éstas últimas “buscan comprender las peculiaridades individuales y únicas de sus objetos”³⁰ –mediante la interpretación–.

En este panorama, la preferencia de la tradición aristotélica obedece a que, para el mundo de las ciencias sociales, la explicación de los problemas responde a una estructura distinta de los problemas de la naturaleza: “el científico social no puede permanecer al margen de su objeto de estudio de la forma en que puede hacerlo un científico natural”³¹. Sin embargo, es equivocado sostener la supremacía de una tradición sobre la otra, porque lo que está de fondo son dos formas distintas de comprender y explicar el mundo.

Trasladadas estas visiones al campo jurídico, tenemos que durante mucho tiempo el Derecho fue interpretado desde una perspectiva Galileana. Tomando normas de alcance preciso que consagraban un supuesto de hecho y una consecuencia –lo que ALEXY denomina “reglas”–, los operadores jurídicos adelantaban procesos de subsunción formal para extraer consecuencias específicas por la vía del silogismo. Sin embargo, la experiencia demostró cómo no todas las normas tienen la estructura de reglas (una regla “define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo”³²), sino que muchas

29 Ibid., p. 20.

30 Ibid., p. 23.

31 Ibid., p. 50.

32 LUCIANO PAREJO ALFONSO. “Constitución y valores del ordenamiento”. en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Entrerría*, vol. 1, Madrid, Civitas, 1991, p. 123.

tienen un diseño amplio a la manera de “*principios*”. Los principios son “mandatos de optimización” que ordenan que algo se realice en la medida de lo posible, es decir, en tanto lo permitan las circunstancias jurídicas y materiales³³.

La tradición Aristotélica ganó terreno apelando a una hermenéutica diferente, donde se identifican los fines que persigue una norma, los medios previstos para alcanzar esos fines, y, a partir del análisis de correspondencia entre unos y otros, se extraen las consecuencias para cada caso concreto. Desde esta lógica, la limitación o delimitación de un derecho, más que obedecer criterios mecanicistas, es aceptada cuando apunta a fines legítimos y recurre para su realización a los medios adecuados. En otras palabras, la validez de una restricción depende de cuál sea el objetivo que persiga y qué medios utilice para alcanzarlo. La interpretación del Derecho se convierte entonces en una interpretación orientada a fines, pero donde es preciso tener en cuenta los medios usados y la correspondencia entre unos y otros.

B. EL GIRO DE LA LÓGICA DE LO FORMAL A LA LÓGICA DE LO RAZONABLE BASADA EN LA PONDERACIÓN DE DERECHOS Y PRINCIPIOS

La utilización de una técnica basada en las relaciones de medio a fin propias de la tradición Aristotélica no es fruto del azar o un capricho de juristas y académicos. Responde a nuevas necesidades dogmáticas que se sitúan en el *neconstitucionalismo*, impulsado en Europa a partir de la segunda mitad del siglo XX. Dentro de las características de esta corriente se destacan, entre otras, las siguientes: (i) reconocimiento de las constituciones no sólo como catálogo axiológico sino como verdaderas normas jurídicas; (ii) supremacía jerárquica de la constitución y de las normas que se integran a ella —en el caso colombiano por la vía del bloque de constitucionalidad—; (iii) control judicial que asegure la eficacia normativa de la constitución; (iii) límites a la actividad legislativa y empoderamiento de los jueces; (iv) revisión de los métodos de hermenéuticos, ya que las normas no tienen siempre un supuesto de hecho acompañado de una consecuencia precisa, sino que tienen una indeterminación mayor, es decir, no son reglas sino principios.

Es en este momento donde se da un giro de la lógica de lo formal a la lógica de lo razonable, que sin abandonar el criterio de subsunción avanza en la búsqueda de nuevas herramientas a partir de la confrontación de argumentos. Como explica SANTIAGO SASTRE³⁴,

33 En general cfr. ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

el problema en el *neoconstitucionalismo* no es que la subsunción no desempeñe ningún papel en la aplicación judicial, porque ella es irrenunciable, sino que el razonamiento lógico-formal dice muy poco sobre la aplicación de los *principios*, normas por excelencia en los textos que reconocen derechos como los tratados internacionales.

La dificultad para dar respuesta a los dilemas derivados de la interpretación de principios, acudiendo solamente a la lógica formal basada en el “razonamiento analítico”, obliga al operador a diseñar nuevos procesos hermenéuticos. Se da paso a los “razonamientos dialécticos” referidos por Aristóteles, los cuales “no se dirigen a establecer demostraciones científicas, sino a guiar deliberaciones y controversias”³⁵.

Es aquí donde nace la técnica de la ponderación: “cuando fracasan las reglas tradicionales de resolución de antinomias y cuando, no obstante, tampoco se quiere abdicar de la toma en consideración de los preceptos constitucionales en toda clase de conflictos, la ponderación parece ser el procedimiento más racional (razonable) para justificar unas decisiones adoptadas frecuentemente con escaso respaldo normativo”³⁶.

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo supone entonces que hay “más principios que reglas; más ponderación que subsunción”, lo cual ocurre debido a la “coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”³⁷.

Si buena parte de las normas constitucionales, entre las que se incluyen ciertas normas internacionales con eficacia en el derecho interno de un Estado³⁸, y especialmente aquellas relativas a los derechos, tienen el diseño de principios, una consecuencia necesaria es su cohabitación en la búsqueda de un equilibrio. Un principio (derecho) no se impone de manera absoluta sobre otro, lo que hay es una suerte de preferencias condicionadas dentro de una relativamente amplia gama de “mundos constitucionalmente posibles”³⁹.

34 SANTIAGO SASTRE ARIZA. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en *Neocosntitucionalismo*, MIGUEL CARBONELL (ed.), Madrid, Trotta, 2001, p. 241.

35 Cfr. CHAIM PERELMAN. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, p. 10.

36 LUIS PRIETO SANCHÍS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 18.

37 *Ibíd.*, p. 117.

38 Para nuestro caso la Convención Americana de Derechos Humanos.

39 JOSÉ JUAN MORREOS. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 167.

001705

Lo relevante en estos casos es la presencia de argumentos sólidos, de buenas razones, a partir de las cuales se justifica una determinada decisión. Se ofrece entonces “todo un arsenal de razones, más o menos fuertes y más o menos pertinentes, pero que pueden, a partir de un mismo punto de partida, llevar a conclusiones diferentes y a veces incluso opuestas”⁴⁰. Es por eso que tanto las razones, como el proceso argumentativo en sí mismo, cobran especial valor para determinar la solidez o no de una decisión.

En el plano jurídico, desde hace mucho tiempo el Tribunal Constitucional alemán explicó cómo una de las características de su interpretación consiste en el sopesamiento de razones contrapuestas y no en el absolutismo de unas u otras: “La interpretación, singularmente la del derecho constitucional, presenta el carácter de un discurso en el que no se ofrece, ni siquiera con una labor metodológicamente impecable, nada absolutamente correcto bajo declaraciones técnicas incuestionables, sino razones hechas valer a las que le son opuestas otras razones para que finalmente las mejores hayan de inclinar la balanza”⁴¹.

Con todo —debe quedar claro—, el giro de la lógica de lo formal a la lógica de lo razonable tampoco cae en la tentación del relativismo: “se trata, pues, no del absolutismo de una sola razón y tampoco del relativismo de distintas razones (una u otra, iguales son), sino del pluralismo (unas y otras a la vez, en la medida en que sea posible)”⁴². El objetivo de la ponderación no es otro que el respeto de la pluralidad de los valores y la armonización de los principios reconocidos por una sociedad, que entre otras cosas son normas rectoras para diseñar la política penal del Estado.

Las sociedades liberales contemporáneas reconocen la coexistencia de valores bajo la idea del respeto al pluralismo. Este es uno de sus fundamentos y bajo tal perspectiva la doctrina defiende la tesis de la “irreductibilidad”, según la cual es equivocado pretender que todos los valores confluyan en uno sólo, que se reduzcan a un único y definitivo meta-valor. Todo ello contrasta con la visión propia del utilitarismo, que defiende la maximización del beneficio con la idea de un óptimo de Pareto.

Como se ha reconocido en el plano de la filosofía política, y particularmente desde la óptica de autores como ISAÍAH BERLIN, una de las características sobresalientes de las sociedades contemporáneas liberales es la pluralidad de valores. Valores que en no pocos casos pueden entrar en conflicto y donde incluso puede ocurrir que la preferencia de

40 Cfr. CHAIM PERELMAN. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 166.

41 *BVerfGE* 82, 30 (38). Cfr. ALEXY. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, cit., p. 41.

42 GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 147.

001706

alguno implique la pérdida de otro, puesto que el ideal platónico de una completa armonía entre ellos se refleja como una verdadera “*falacia conceptual*”⁴³. Por eso, “la solución racional —en la que piensa BERLIN— podría ser una que esté apoyada en cierta argumentación *racional* que justifique la asignación de más *peso* o valor”⁴⁴. Aquella que ofrecen la ponderación y el principio de proporcionalidad.

En un reciente artículo escrito desde la óptica de la filosofía política, el profesor argentino GUILLERMO LARIGUET explica cómo puede llegar un momento en el que los valores entren en pugna entre sí, de modo que la realización de uno implica inevitablemente el sacrificio del otro⁴⁵. Para superar esa difícil situación el autor sugiere, a partir de las ideas de ideas de ISAIAH BERLIN, que el criterio de ponderación constituya el punto de partida mediante un ejercicio racional de argumentación, sin desconocer la irreductibilidad de algunos valores pero sin caer en la tentación del subjetivismo.

Naturalmente, “si hay ponderación ésta no eliminará el sacrificio”. Lo que ocurre es que por esa vía se reducen al máximo los sacrificios dependiendo de las circunstancias específicas⁴⁶, sin correr el riesgo de reconocer un único y definitivo valor que necesariamente prevalezca o se imponga sobre otros. La ponderación, así entendida, no se basa en jerarquías de valor definitivas, “sino, más bien, en jerarquías *no concluyentes o derrotables*”⁴⁷.

Ahora bien, el hecho de que algunas valores no puedan imponerse sobre otros se explica por su “incomensurabilidad”, es decir, porque hay valores que no se pueden comparar entre sí. En tales casos, sostiene BERLIN, la ponderación deja de ser una técnica funcional, que es justamente lo que ocurre con ciertos bienes constitucionales, como la dignidad humana, que bajo ninguna circunstancia pueden ser negados, o que, de serlo, inevitablemente terminarían siendo anulados por completo.

Es cierto que entre la ponderación que sugiere ALEXY y la que está pensada en BERLÍN hay diferencias sustanciales. Mientras el primero —y también DWORKIN— la concibe como la fórmula para “maximizar” los valores, ISAIAH BERLÍN la considera una solución de “sacrificio”. No obstante, ambos concuerdan en su especial relevancia para superar las

43 ISAIAH BERLÍN. “Persecución del ideal”, en *El fuste torcido de la humanidad*, JOSÉ MANUEL ÁLVAREZ (trad.), Barcelona, Península, 1998, p. 35.

44 GUILLERMO LARIGUET. “Pluralismo, conflictos trágicos de valores y diseño institucional”, *Revista de Derecho del Estado* n.º 18, Bogotá, en prensa.

45 Ídem.

46 *Ibid.*, p. 10.

47 *Ibid.*, p. 12.

inevitables colisiones entre valores y principios, como los que podrían derivarse de procesos de justicia transicional en países con altos niveles de conflicto armado, donde existe una inevitable tensión entre los derechos a la verdad, justicia y reparación, por un lado, y la búsqueda de la paz y la reconciliación colectiva, por el otro.

C. JUICIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

La ponderación, técnica para resolver conflictos entre normas con alto grado de indeterminación, no abandona la lógica formal, como algunos autores lo han sugerido⁴⁸. Más bien la complementa bajo la idea de concordancia práctica, puesto que siempre puede —y debe— ser controlada racionalmente, esto es, mediante procesos de corrección formal. Así, ante un conflicto entre derechos o valores, que por lo general están redactados a la manera de principios, es necesario echar mano de la ponderación, es decir, poner en una balanza los fines buscados por cada uno de ellos y los medios utilizados, para decidir cuál tiene un mayor peso específico en un caso concreto.

Pero como ese ejercicio no puede hacerse en un plano de absoluta discrecionalidad, la doctrina y la jurisprudencia han intentado, no sin dificultades, crear procedimientos metodológicos y depurarlos con miras a reducir, hasta donde sea posible, ese grado de indeterminación. Es aquí donde surgen los conocidos “test” o juicios de razonabilidad y proporcionalidad. Según ellos, la limitación o delimitación de un derecho será válida si busca fines legítimos y para su realización utiliza medidas que no sean arbitrarias o caprichosas, esto es, que sean razonables, proporcionadas⁴⁹.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU RELEVANCIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Al igual que en el derecho constitucional, las autoridades del Sistema Interamericano reconocen que no existen derechos absolutos y por lo mismo pueden ser objeto de limitaciones. Sin embargo, cabe aclarar, una cosa es la limitación de un derecho y otra distin-

48 RICCARDO GUASTINI. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.

49 Sin embargo, la razonabilidad y la proporcionalidad se diferencian porque su objeto no es el mismo: “Mientras el objeto de la razonabilidad es la finalidad de la diferenciación, la proporcionalidad se refiere a las consecuencias de dicha diferenciación”. CARLOS BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 75.

ta la suspensión, ésta última prohibida para ciertas garantías incluso durante estados de excepción⁵⁰.

Como fue explicado en la contestación de la demanda, la Convención Americana reconoce que los derechos allí consagrados son susceptibles de limitaciones en tres eventualidades: (i) cuando hay poderosas razones de interés general⁵¹; (ii) cuando median deberes de solidaridad con la familia, la comunidad y la humanidad⁵², y, (iii) ante la necesidad de respetar los derechos de los demás ó, lo que es igual, ante la permanente tensión que supone el ejercicio de cualquier derecho⁵³.

Es por ello que el principio de proporcionalidad también ha sido reconocido y utilizado por las autoridades del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Las opiniones consultivas OC-05/85 (colegiatura obligatoria de periodistas) y OC-08/87 (suspensión de garantías en estados de excepción), son ejemplos de la funcionalidad de este principio en la Comisión, mientras que los casos RICARDO CANESE, HERRERA ULLOA, IVCHER BRONSTEIN y el de la Comunidad Indígena Yakye Axa, ilustran su relevancia ante la Corte Interamericana⁵⁴.

50 “Artículo 27. *Suspensión de garantías*. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3.º (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4.º (Derecho a la Vida); 5.º (Derecho a la Integridad Personal); 6.º (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9.º (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

51 “Artículo 30. *Alcance de las restricciones*. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

52 “Artículo 32. *Correlación entre derechos y deberes*. 1.- Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”.

53 “Artículo 32. *Correlación entre derechos y deberes*. [...] 2.- Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

54 También se destacan, entre otros, el caso Ricardo Canese vs. Paraguay, del 31 de agosto de 2004, párr.

Pues bien, para definir si la limitación de un derecho es admisible, el análisis debe hacerse desde una doble perspectiva. En primer lugar, implica analizar si el fin que persigue es legítimo, y, en nuestro caso, compatible con las normas de derecho internacional como la Convención Americana de Derechos Humanos. En segundo lugar, exige establecer si los mecanismos diseñados para alcanzar ese objetivo —las restricciones de los derechos humanos—, son proporcionales y se acompañan con los fines buscados. Esta segunda fase se concreta en el juicio de proporcionalidad, que a su vez se divide en tres etapas: juicio de adecuación, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de proporcionalidad aporta así criterios útiles para la resolución de cada caso en concreto, a la vez que determina el impacto que sobre los ciudadanos tiene la intervención estatal bajo la lógica de la moderación en el ejercicio del poder⁵⁵. Veamos brevemente cómo se analiza en el caso de la Ley de Justicia y Paz.

A. ANÁLISIS DE LOS FINES

La primera tarea para determinar si es lícita la restricción del derecho consiste en definir si el objetivo al que apunta es válido, esto es, si persigue un fin legítimo, de acuerdo con las normas que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De lo contrario la afectación que hace el Estado a un derecho no podrá ser de recibo.

I. VALIDEZ DE UN FIN

Como regla general, la doctrina ha sostenido que “el fin que fundamenta una intervención legislativa en el derecho fundamental debe ser considerado como un fin legítimo, cuando no está prohibido explícita o implícitamente por la Constitución”⁵⁶. El argumento central de esta tesis asume que la legitimidad de los fines no debe ser concebida de forma positiva —el Legislador solamente puede buscar los objetivos señalados en la Constitución—, sino de modo negativo —todo fin es válido a menos que esté prohibido—,

96; el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del 2 de julio de 2004, párr. 127; el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 24 de septiembre de 1999, párr. 155; y el caso de la Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*, del 17 de junio de 2005, párrs. 143 y 144.

55 JAVIER BARNÉS. “Introducción al principio de la proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, n.º 135, 1994, p. 501.

56 CARLOS BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, p. 690.

puesto que es el Parlamento el órgano democrático donde se expresa con mayor contundencia la voluntad política de la sociedad.

La armonía con las normas constitucionales implica en el caso colombiano una correspondencia con los objetivos fijados en la Convención Americana de Derechos Humanos. De manera que la limitación de los derechos allí consagrados es legítima si apunta a la realización de algún objetivo conforme a la Convención, pero debe ser rechazada cuando su objetivo apunta en otro sentido.

Siguiendo los derroteros referidos tenemos que una intervención estatal en el ámbito de un derecho sólo está permitida cuando apunta a la realización de valores, principios o derechos reconocidos en la Constitución o la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los valores representan el catálogo axiológico hacia donde se proyecta la sociedad; son esas aspiraciones políticas en permanente desarrollo que tienen eficacia jurídica por el hecho de hacer parte de la Constitución. Según lo recordaba la Corte Suprema de Estados Unidos, “las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo ni una contraseña sin sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del gobierno [...]”⁵⁷. En sentido similar, los principios, según vimos anteriormente, son mandatos de optimización; son normas que ordenan que algo sea realizado en la medida de lo posible de acuerdo con las opciones jurídicas y fácticas⁵⁸, uno de cuyos destinatarios especiales es el Legislador, quien debe tomarlos en consideración y hacerlos operativos.

Por último, los derechos fundamentales, que por la vía del bloque de constitucionalidad comprenden también ciertos derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, en una dimensión amplia que de ninguna manera pretende ser omnicompreensiva, se proyectan como la principal garantía de los miembros de la comunidad política, “en el sentido de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y promoción de la persona humana”, tanto en su dimensión estrictamente individual, como social y colectiva⁵⁹; son ese límite a la actividad del Estado y una garantía del ciudadano contra el poder de la mayoría.

57 “The provisions of the Constitution are not time-worm adages or hollow shibboleths. They are vital, living principles that authorize and limit governmental powers in our nation”. 356 U.S. 86 (1958). Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA. *Ob. cit.*, p. 71.

58 ROBERT ALEXY. *El concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 162.

59 ANTONIO E. PÉREZ LUÑO. *Los derechos fundamentales*, 7.ª ed., Madrid, Tecnos, 1988, p. 20.

No obstante, como ha explicado la doctrina, la dificultad para hacerlos operativos viene dada por el hecho de tratarse de normas con un alto grado de generalización, que impide al intérprete señalar con claridad sus contornos, aún cuando ello no anula su eficacia potencial. Los valores, principios, y buena parte de los derechos fundamentales, no tienen la estructura de reglas porque no contemplan un supuesto de hecho y una consecuencia precisa. Más no por ello pierden su validez ni dejan de ser normas de imperativo cumplimiento.

Fines legítimos o válidos no son solamente los valores, los principios o derechos expresamente reconocidos en una Constitución. Si bien es cierto que es necesario que se deriven de ésta, también lo es que “el problema de qué bienes jurídicos se muestran dignos de protección [...] carece de una solución cerrada y concluyente: desde luego han de incluirse los derechos fundamentales, no sólo individuales sino también los sociales [...] pero también otros intereses colectivos, que no son propiamente derechos”⁶⁰. El respeto de los valores y principios no implica homogeneidad. Todo lo contrario. Su existencia y protección constituye una garantía de pluralismo, divergencia y cohabitación de criterios disímiles, donde el juez desempeña un rol protagónico para descubrir, por la vía de la interpretación, otros valores, principios o derechos que a pesar de no estar expresamente señalados en la Constitución se desprenden de ella (implícitos) y, por lo tanto, deben ser protegidos por los Estados.

Un claro ejemplo de lo anterior son los derechos que a pesar de no hacer parte expresa de la Constitución se integran a ella mediante la figura del bloque de constitucionalidad⁶¹. Así, ciertos derechos reconocidos tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, no sólo cobran eficacia en el plano internacional sino también en el ámbito interno del Estado colombiano.

60 LUIS PRIETO SANCHÍS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 272.

61 Artículo 93 de la Constitución Política. “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”.

001712

2. LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS A LA VERDAD,
JUSTICIA Y REPARACIÓN TIENE UN FIN LEGÍTIMO
EN EL CASO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

Según hemos visto, la Ley de Justicia y Paz conlleva, en su estructura general, una restricción del derecho a la justicia, no sólo de las víctimas de delitos sino de la sociedad en su conjunto. Aunque luego analizaremos de manera puntual las limitaciones del derecho a la justicia, de momento interesa poner de presente que las restricciones allí previstas persiguen un fin legítimo: la consecución de la paz y la búsqueda de una salida negociada al conflicto armado al que durante tantos años se ha visto enfrentada la sociedad colombiana.

Al pronunciarse sobre la Ley de Justicia y Paz que ahora es objeto de estudio, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoció que la búsqueda de la paz justifica una solución negociada al conflicto, aunque sin llegar al extremo de anular los derechos de las víctimas. Dijo entonces:

La CIDH reconoce que en una situación tan compleja, dolorosa y prolongada como la colombiana requiere desactivar a los actores armados mediante mecanismos de negociación. Por ello, para asegurar la perdurabilidad de la paz, se debe garantizar la no repetición de crímenes de derecho internacional, de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. Ello requiere el esclarecimiento y la reparación de las consecuencias de la violencia a través de mecanismos aptos para establecer la verdad de lo sucedido, administrar justicia y reparar en forma integral a las víctimas a la luz de sus obligaciones internacionales conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta de la OEA⁶².

El objetivo buscado resulta entonces plenamente compatible con las normas de la Convención Americana, que autorizan limitaciones de derechos cuando existen razones de interés general (art. 30) o deberes de solidaridad frente a la comunidad (art. 32). En nuestro caso, demostrados como están los graves efectos del conflicto armado en Colombia, la consecución de la paz y la reconciliación social son evidentes motivos de interés general que de alguna manera justifican restringir moderadamente derechos de las víctimas de delitos, por supuesto que sin llegar al punto de anularlos o hacerlos inoperantes.

Destacada la validez de los fines perseguidos, queda por analizar si los medios utilizados para ello son admisibles, es decir, si las limitaciones del derecho a la justicia son propor-

62 Comisión IDH. Comunicado de prensa, Washington D. C., 15 de julio de 2005.

cionados de acuerdo con los estándares internacionales fijados por las autoridades del Sistema Interamericano.

B. ANÁLISIS DE LOS MEDIOS.

LAS RESTRICCIONES EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

Hemos visto cómo en la primera fase del juicio de proporcionalidad —el análisis de la legitimidad de los fines—, es posible aceptar o rechazar ciertas medidas, lo que varía dependiendo del objetivo al que apunten. Queda por estudiar, sin embargo, lo relativo a los medios utilizados y su correspondencia con los fines, es decir, los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, trasladándolos para el caso de la Ley de Justicia y Paz.

I. ADECUACIÓN

Según el sub-principio de adecuación, la restricción de un derecho es aceptada cuando el medio escogido para alcanzar un objetivo (legítimo), es funcionalmente idóneo. Si el medio utilizado no contribuye a realizar el fin propuesto, la limitación de un derecho es desproporcionada y por lo tanto debe ser rechazada. Pero si es útil, al menos de manera parcial, será preciso continuar con el siguiente paso del juicio de proporcionalidad.

La adecuación comprende una dimensión cualitativa y cuantitativa: “cualitativamente, significa que debe ser jurídicamente aceptable a la luz del ordenamiento constitucional; cuantitativamente, supone un mínimo racional de eficacia práctica para la realización de esos fines”⁶³.

Bajo este criterio, en alguna oportunidad la Corte Constitucional declaró desproporcionada una norma que consagraba el delito de genocidio únicamente cuando se atentara contra grupos al margen de la ley, pues consideró que implicaba una protección inadecuada —por deficiente— de bienes jurídicos universales como la vida, la integridad física y la libertad personal, contraria a las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano⁶⁴.

63 Cfr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *Constitución y vivienda*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 45

64 “Lejos de adoptar las medidas de adecuación legislativa consonantes con las obligaciones internacionales que el Estado Colombiano contrajo, en particular, al suscribir la Convención de las Naciones

Situados en el caso de la Ley de Justicia y Paz, encontramos que la misma ha sido efectivamente útil para reducir el nivel de intensidad del conflicto interno. Un número considerable de miembros de los grupos de autodefensa e incluso de la guerrilla se ha desmovilizado, quienes optaron por acogerse a los beneficios de la ley en el marco de las negociaciones que desde hace ya varios años viene dirigiendo el Gobierno Nacional.

Si bien es cierto que aún falta mucho camino por recorrer, también lo es que a la luz del principio de proporcionalidad, la Ley de Justicia y Paz constituye una medida adecuada para cumplir los objetivos fijados por el Congreso de la República. Como puede demostrarse con una revisión estadística, las condiciones creadas por la ley han facilitado la reinserción a la vida civil de muchos colombianos que por distintas razones –no siempre fruto de su liberalidad– se vieron involucrados directamente en los grupos armados ilegales. En la parte final del capítulo cuarto de este escrito, se adjuntó un balance de la efectividad real de la ley de justicia y paz, en la disminución de la violencia y el restablecimiento de los derechos humanos.

Con todo, el hecho de que la ley se adecuada para alcanzar los fines propuestos, no significa que por ese simple hecho sea proporcionada y compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos. La paz no puede alcanzarse a cualquier precio, y menos a costa del sacrificio exagerado de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humaos. Así lo recordó la Corte Interamericana en la reciente sentencia sobre el caso de Mapiripán⁶⁵:

En este sentido, la Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa Colombia en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un

Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, se desvirtuó el propósito que con su consagración normativa se perseguía, pues restringió la protección de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad de las personas, al concederla únicamente en tanto y siempre y cuando la conducta atentatoria recaiga sobre un miembro de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político “que actúe dentro de margen de la Ley,” con lo que sacrificó la plena vigencia y la irrestricta protección que, a los señalados derechos, reconocen tanto el Derecho Internacional Humanitario, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Tratados y Convenios Internacionales que lo codifican.

En efecto, advierte esta Corte que, contrariamente a lo dispuesto, principalmente en la ya mencionada Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, por razón de lo preceptuado en la frase cuestionada, en la legislación penal colombiana quedó por fuera de la incriminación punitiva, el exterminio de grupos humanos que se encuentren al margen de la Ley”. Corte Constitucional. Sentencia C-177 de 2001.

65 Corte IDH. Caso de la masacre de “Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia del 14 de septiembre de 2005, párr.238.

Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente⁶⁶. El Tribunal ha sostenido que al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar ejecuciones extrajudiciales, no investigarlas de manera adecuada y no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la presunta víctima como de sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido⁶⁷ y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse⁶⁸.

Es por ello que las sub-etapas de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, constituyen criterios adicionales que contribuyen a definir si los mecanismos diseñados para la búsqueda de la paz —cuando implican una reducción de los derechos a la verdad, justicia y reparación—, representan o no un sacrificio inadmisibles a la luz del derecho internacional.

2. NECESIDAD

El criterio de necesidad se dirige a “elegir siempre aquel medio de intervención que menos afecte a los derechos de los ciudadanos”⁶⁹. Por lo tanto, la restricción de un derecho fundamental sólo es admisible cuando no existan medidas menos gravosas para el cumplimiento del fin propuesto.

En este punto una cuestión importante consiste en identificar los diferentes mecanismos que podrían ser utilizados para la consecución del objetivo propuesto. No obstante, de esa pluralidad de alternativas deben desestimarse aquellas que ofrecen una eficacia menor, de modo que se comparan sólo aquellas medidas que resultan igualmente idóneas de acuerdo con el fin perseguido⁷⁰. En otras palabras, una medida que limita un derecho es

66 Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 153; Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares, supra nota, párr. 118, y Caso Bámaca Velásquez, supra nota 201, párr. 207.

67 Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 153; Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 78, párr. 134, y Caso Trujillo Oroza. Reparaciones. Sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C n.º 92, párrs. 99 a 101 y 109.

68 Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 185, párr. 130, y Caso Myrna Mack Chang, supra nota 5, párr. 156.

69 WINFRIED KLUTH. “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, Madrid, INAP, septiembre-diciembre de 1998, p. 227.

70 MANUEL MEDINA GUERRERO “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, Madrid, INAP, septiembre-diciembre de 1998, p. 125.

001716

necesaria “si no hay otra que resulte menos gravosa sobre los derechos afectados y que sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia”⁷¹.

La doctrina ha debatido sobre el grado de intensidad con el que deben explorarse otros medios que podrían resultar menos lesivos de un derecho, pues un control muy riguroso corre el riesgo de anular la función propia del Legislador⁷², donde las restricciones de un derecho son el resultado de un debate democrático en el que se privilegia la protección de ciertos bienes considerados más relevantes bajo ciertas circunstancias en una comunidad. De esta manera, el principio de necesidad sólo permite excluir algunas categorías cuya funcionalidad es bastante cuestionable.

Con referencia a la Ley de Justicia y Paz, la necesidad de restringir al derecho a la justicia —nunca anularlo—, viene dada por dos situaciones de convergencia. De un lado, ante la dificultad de superar el conflicto armado por la vía militar luego de años de intensa confrontación; de otro, ante la urgencia de encontrar una solución pacífica al conflicto en Colombia, de modo que no represente más pérdidas de vidas humanas.

En este sentido, también las dificultades económicas y operativas para superar definitivamente la guerra mediante el uso de las armas, demanda del Estado el diseño de una política global que comprenda un marco normativo propicio para la negociación con la insurgencia y su integración a la vida civil. Difícilmente sería imaginable un proceso de desarme negociado, donde una de las partes impusiera a la otra todas sus condiciones sin hacer algún tipo de beneficio; las concesiones mutuas son algo necesario e inevitable en esta clase de acuerdos. Aquí no podemos olvidar que se trata de un proceso de justicia transicional (paso de la guerra a la paz), donde es imperioso explorar nuevos caminos punitivos (penas alternativas).

No en vano en el título de la ley se señala que las normas fueron aprobadas “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 [...]”. Ella es una clara muestra de la preocupación y el interés por alcanzar la reconciliación social, expresada por el pueblo colombiano a través de sus representantes en el Congreso, lo que reafirma la necesidad de flexibilizar el alcance del derecho de las víctimas y de la sociedad a la justicia, por supuesto que sin llegar al extremo de desconocer su eficacia.

71 BARNÉS. “Introducción al principio de la proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, cit., p. 505.

72 BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 734 y ss.

3. PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Cuando la restricción de un derecho ha superado el análisis en relación con los fines, y además es adecuada y necesaria para alcanzarlos, la última etapa para determinar su validez consiste en estudiar la proporcionalidad en sentido estricto. Elemento que busca examinar si el beneficio obtenido a favor de un valor, principio o derecho es mayor que la limitación causada a otro derecho. Llegamos al momento de hacer una valoración costo-beneficio mediante una correspondencia entre los bienes que se encuentran en colisión, a fin de determinar hacia dónde debe inclinarse la balanza. Es en este nivel donde la ponderación adquiere su mayor importancia, porque el Legislador (proporcionalidad abstracta), y el juez (proporcionalidad concreta), deben hacer un sopesamiento de esos principios para establecer cuál de ellos precede al otro.

a. LA PONDERACIÓN COMO CRITERIO BÁSICO

El análisis de la proporcionalidad en sentido estricto exige llevar a cabo un ejercicio de ponderación, técnica para resolver la incompatibilidad o los conflictos entre principios o normas con un grado relativamente alto de indeterminación, como sucede con los derechos a la paz, la justicia, la verdad y la reparación⁷³. Consiste en algo así como situar a un lado de una balanza imaginaria los bienes que se pretende proteger con una norma, así como los beneficios obtenidos; y en el lado opuesto se sitúan los bienes que resultan afectados, así como la magnitud de esa lesión; luego se determina cuáles de ellos tienen mayor relevancia o peso específico en el caso concreto, es decir, hacia qué lado debe inclinarse la balanza para resolver el conflicto.

La ponderación se refleja así como la actividad de sopesar dos principios o normas que entran en colisión en un caso concreto, con el fin de establecer cuál de ellos tiene un mayor peso en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso⁷⁴. En este momento adquiere relevancia la regla propuesta por ALEXY, según la cual, “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁷⁵. Dicho

73 CARLOS BERNAL PULIDO. “Estructura y límites de la ponderación”, en *Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante*, Alicante, 2003, p. 226.

74 JAIME BERNAL CUELLAR y EDUARDO MONTEALGREGRE LYNETT. *El proceso penal*, t. I: “Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 269.

75 ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 161.

en otras palabras, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se concreta en la ley de ponderación, “en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna”⁷⁶.

Es importante anotar que los costos y beneficios no se conciben en términos económicos o cuantitativos; se valoran en virtud de su relevancia, sin importar si protegen a una sola persona o a un número plural de ellas: “se refieren al grado de lesión y satisfacción de bienes o principios constitucionales que a veces tutelan posiciones o expectativas valiosas para un solo individuo, cuya garantía resulta constitucionalmente tan relevante como la de aquellos otros que protegen intereses colectivos”⁷⁷. Por lo tanto, la simple reivindicación de la paz como derecho de la comunidad no es un argumento suficiente para legitimar cualquier intervención en los derechos de las víctimas de graves delitos.

La ponderación se acerca a los análisis desde la lógica Aristotélica anteriormente mencionada, en la medida en que parten del estudio del caso y las particularidades que le acompañan, estableciendo reglas de preferencia condicionada, es decir, solamente bajo ciertos supuestos, pero que en otras circunstancias podrían inclinar la balanza en sentido contrario. El profesor PRIETO SANCHÍS, sintetiza con claridad el punto central de los estudios basados en la ponderación:

Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto de conflicto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad individual, o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso⁷⁸.

Así pues, cuando se habla de ponderación no se formulan leyes generales e inmutables, sino que se establecen pautas para la resolución de casos similares, donde circunstancias especiales pueden implicar que un nuevo asunto sea resuelto en otra dirección.

76 LUIS PRIETO SANCHÍS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 202.

77 *Ibíd.*, pp. 202 y 203.

78 *Ibíd.*, p. 191.

b. LOS PASOS EN EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD
EN SENTIDO ESTRICTO

Para realizar la ponderación, la doctrina y la jurisprudencia consideran que es necesario cumplir los siguientes pasos: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”⁷⁹.

Como se trata de problemas de colisión, hay que establecer reglas de “*preferencia condicionada*”, es decir, reglas donde “el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos”⁸⁰. No se trata de un ejercicio de todo o nada, sino de pautas de optimización de acuerdo con las circunstancias que involucra cada caso⁸¹.

En palabras de CARLOS BERNAL, “el resultado de la ponderación consiste en una relación de *precedencia*, porque en ella se determina cuál de los dos objetos normativos concurren: el derecho o el principio constitucional debe adquirir prioridad en el caso concreto. A su vez, dicha relación de precedencia es *condicionada*, porque la prioridad que se establece entre el derecho y el principio no vale de manera general, sino que está sujeta a las específicas condiciones del caso concreto”⁸².

Ante una tensión entre valores, principios o derechos es materialmente imposible establecer una categorización o jerarquía absoluta entre ellos, puesto que se trata de mandatos de optimización. Lo más lejos que se puede llegar es proponer reglas de precedencias *prima facie*⁸³, es decir, prevalencias de un principio sobre otro bajo ciertas condiciones

79 ROBERT ALEXU. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, CARLOS BERNAL PULIDO (trad.), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, 2002, p. 32.

80 ALEXU. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 161.

81 “La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro”. ALEXU. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 92.

82 BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 782 y 783.

83 Cfr. ROBERT ALEXU. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Derecho y Razón práctica*, México, Fontamara, 1993. Cfr. también ÍD. *El concepto y la validez del derecho*, cit., pp. 179 y ss.

(el derecho a la vida prevalece, *prima facie*, sobre la libertad de culto)⁸⁴. De esta manera, mediante “concesiones mutuas”. a las que hace alusión ISAÍAH BERLIN, se asegura una “reducción mínima” de las tensiones entre valores y principios en una sociedad: “normas, valores, principios, deben ceder unos ante otros en grados variables en situaciones específicas”⁸⁵.

No obstante, como las prevalencias no son absolutas, es necesario, (i) en primer lugar, identificar los valores, principios o derechos fundamentales en tensión —libertad *vs.* seguridad, intimidad *vs.* información, etc.—; (ii) en segundo lugar, calcular si el grado de afectación de cada uno de ellos es intenso, moderado o leve; y (iii) en tercer lugar, analizar los beneficios y perjuicios causados, para definir cuál de ellos tiene un mayor peso específico en el caso concreto, y, por ende, cuál de ellos debe preceder al otro. Si un principio se afecta intensamente mientras que el otro lo hace en forma leve, aquél debe prevalecer sobre éste.

Así, por ejemplo, la decisión sobre si se sanciona un médico por atentar contra la libertad individual, por no respetar la decisión de un padre que se opone a un tratamiento médico que debe practicarse urgentemente a su hijo (transfusión de sangre), es un problema de ponderación: es el enfrentamiento de la libertad religiosa frente a los derechos de los niños a recibir una protección especial. Aquí debe resolverse el conflicto por el derecho que mas intensamente resulte afectado: si la vida está en grave riesgo, es obvio que desproteger la vida en esas condiciones podría ser una afectación intensa del derecho, con respecto a la libertad religiosa.

La proporcionalidad en sentido estricto requiere un ejercicio de interpretación de principios que para nada es sencillo. Aquí deben exponerse las razones a favor y en contra de cada bien involucrado, de manera que se prefieran los argumentos más sólidos a la luz de

84 “Así, una precedencia *prima facie* del derecho A sobre el derecho B simplemente indica que en caso de que estos valores entren en colisión, el juez debe decidir con base en el derecho A, salvo si las particularidades del caso confieren un mayor peso relativo a B. Las prevalencias *prima facie* juegan entonces, a nivel de la argumentación en torno a derechos y valores, el mismo papel que juegan las presunciones en el plano probatorio, puesto que indican al juez que debe decidir el asunto de determinada manera, salvo si aparece demostrado lo contrario. Estas supremacías iniciales establecen entonces cargas de argumentación y de esa manera esbozan un orden en las soluciones pero no contienen determinaciones definitivas”. CATALINA BOTERO MARINO, JUAN FERNANDO JARAMILLO y RODRIGO UPRIMNY YEPES, en *Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada*, Bogotá, 1999.

85 ISAÍAH BERLÍN, “Persecución del ideal”, en *El fuste torcido de la humanidad*, JOSÉ MANUEL ÁLVAREZ (trad.), Barcelona, Península, 1998, p. 36. Cfr. LARIGUET, “Pluralismo, conflictos trágicos de valores y diseño institucional”, cit., p. 10.

las circunstancias puntuales de cada caso. A pesar de sus dificultades, lo cierto es que la máxima de ponderación propuesta por ALEXY “no es una fórmula en ningún sentido, sino un camino para alcanzarla, un camino que no sería preciso recorrer si contáramos con normas de segundo grado que nos indicasen el peso de cada razón y, con ello, la forma de resolver el conflicto”⁸⁶. Es algo que nos recuerda el viaje a Itaca de ULISES, donde más importante que regresar a la isla es la manera de recorrer el camino. La proporcionalidad no ofrece una salida precisa, sino que da algunas luces para recorrer ese camino.

C. LÍMITES DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

A pasar de sus virtudes, el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto encuentra algunos límites que bien vale la pena destacar: el principio o valor fundamental que resulte más intensamente afectado, debe ceder frente al que resulte con menor restricción: para hacer una ponderación hay que aplicar el criterio de ALEXY sobre las restricciones leves, medias o intensas de los derechos antes mencionada; el fin perseguido no puede afectar núcleos intangibles de los derechos fundamentales; y, hay derechos fundamentales imponderables, como la dignidad humana, en los cuales jamás puede penetrar una racionalidad instrumental de maximización de intereses colectivos.

La importancia que en términos abstractos tiene la paz y la reconciliación, puede entrar en fuerte colisión con otros derechos constitucionales no menos importantes, donde la maximización de los beneficios sociales —a cualquier precio— implicaría avasallar los derechos fundamentales de los ciudadanos y particularmente de las víctimas. El principio de proporcionalidad supone límites a las necesidades de paz y reconciliación, específicamente cuando se involucran los intereses de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

El Derecho cumple una función que consiste en resolver los conflictos sociales. Pero en toda sociedad hay un “consenso básico” que contribuye a reducir esos posibles conflictos: es “un *coto* de derechos individuales que estará excluido del cambio legislativo ordinario y respecto del tipo de control constitucional de las decisiones gubernamentales o legislativas que pueden afectar el contenido de ese coto: los derechos individuales que son tan importantes para BERLÍN”⁸⁷. Es en el ámbito judicial donde se ordenan y resuel-

86 LUIS PRIETO SANCHÍS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 190.

87 LARIGUET. “Pluralismo, conflictos trágicos de valores y diseño institucional”, cit., p. 19.

ven los conflictos sociales por la vía de la ponderación, pero respetando siempre ese mínimo irreductible de los derechos individuales que no puede ser arrasado con la excusa de la función instrumental del Derecho.

Encontramos ciertos valores que son irreductibles, esto es, que no pueden sintetizarse en un único “valor maestro”⁸⁸: el bien común o la prevalencia irrestricta del interés general. Lo que hay es una coexistencia de valores y principios que naturalmente pueden entrar en pugna más no por ello desvanecerse bajo la idea utilitarista del interés general. Hay que lograr un equilibrio entre las necesidades colectivas de paz (racionalidad instrumental), partiendo del principio de que ella tiene unas barreras éticas que se desprenden de los derechos de verdad, justicia y reparación (racionalidad deóntica). Ese equilibrio puede encontrarse aplicando el principio de proporcionalidad estricta con base en las siguientes límites: la existencia de núcleos intangibles y la existencia de derechos imponderables como la dignidad humana.

– *Núcleos intangibles*. En materia de limitación de derechos hay dos grandes perspectivas. Por un lado encontramos las teorías absolutas, que parten de la idea de reconocer un núcleo esencial de los derechos fundamentales, núcleo que está predeterminado y en ningún caso puede ser objeto de ponderación porque jamás puede ser restringido. Su origen está en el derecho Alemán: para impedir que los excesos del nacional socialismo se repitieran, la Constitución de 1949 dispuso que “en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental” (art. 19). Tradicionalmente ha sido reconocido como el “límite de los límites” a partir del cual se determina el nivel máximo hasta el cual puede llegar a ser restringido un derecho fundamental.

Por otro lado, están las teorías relativas, que niegan la posibilidad de ámbito un configurado *a priori* o *ex ante* de un derecho fundamental. La concepción de la proporcionalidad de ROBERT ALEXY, se fundamenta en que el núcleo de un derecho es lo que queda después del juicio de proporcionalidad: “Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aún cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad”⁸⁹.

Si bien es plausible esta última orientación, en el sentido de no existir núcleos predeterminados, también lo es que no puede aceptarse integralmente, porque implicaría dejar

88 *Ibíd.*, p. 3.

89 ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 288.

un derecho fundamental sin barreras mínimas de protección ante las injerencias del Estado, desvirtuándose su esencia. Lo que ocurre es que “existen condiciones en las cuales puede decirse con muy alta seguridad que no tiene precedencia ningún principio opuesto. Estas condiciones definen *el núcleo de la configuración privada de la vida*”⁹⁰.

Los derechos fundamentales –y por extensión los derechos humanos– son cartas de batalla de las minorías frente a la tiranía de las mayorías; es cierto que los derechos no son absolutos y pueden ser restringidos; pero también lo es que por definición no pueden ser borrados de un plumazo bajo el escudo del interés colectivo o de la importancia de alcanzar a paz o la reconciliación social. El principio de proporcionalidad (edificado sobre racionalidades instrumentales), debe respetar un contenido de protección mínimo e intangible (racionalidad deontológico). Este es el primer límite que surge desde la óptica de los derechos fundamentales, pues, “existen condiciones de sacrificio del derecho tan radicales, tan lesivas de su esencia, en las que es posible afirmar por adelantado su falta de justificación y, con ello, su ilegitimidad constitucional”⁹¹, y por esa vía frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

– *Derechos imponderables*. Hay ciertos derechos, como la dignidad humana, que son imponderables. Las necesidades colectivas de paz o reconciliación no pueden llegar al extremo de una instrumentalización del hombre que afecte su dignidad.

Siguiendo los postulados de la jurisprudencia alemana, la Corte Constitucional de Colombia y otros tribunales judiciales han señalado que la dignidad humana no es susceptible de relativización bajo ninguna circunstancia, es decir, se sustrae de análisis basados en el principio de proporcionalidad⁹², en la medida en que constituye la base y eje de la propia Carta Política y de documentos internacionales de protección de derechos

Traslademos ahora estas directrices al caso de la Ley de Justicia y Paz en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

90 *Ibíd.*, p. 291.

91 LUIS PRIETO SANCHÍS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 236.

92 “La dignidad humana [...] es en verdad principio fundante del Estado (art. 1.º C. P.). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia” Sentencia T-401 de 1992. Cfr. también la sentencia T-881 de 2002.

d. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO
ESTRICTO EN EL CASO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ.
SENTENCIA C-370 DE 2006

Ya fue explicado que la Ley de Justicia y Paz, tal y como fue aprobada por el Congreso de la República, representó una flexibilización de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, en procura de la paz y la reconciliación social. Sin embargo, dicha ley fue objeto de modificaciones sustanciales una vez fue sometida a control judicial ante la Corte Constitucional de Colombia (Sent. C-370 de 2006).

En virtud de la figura del “Bloque de Constitucionalidad”, la Corte colombiana tuvo en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de su intérprete autorizado (Corte Interamericana), lo que le sirvió de fundamento para declarar inconstitucionales algunos artículos de la Ley 975 de 2005.

Sin duda, al analizar la Ley de Justicia y Paz, el Tribunal Constitucional fue consciente del compromiso del Estado con la defensa y protección de los derechos humanos. De esta manera, valoró notablemente los estándares internacionales desarrollados en torno a los derechos a la verdad, justicia y reparación a las víctimas, y muy especialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia.

En su estudio de constitucionalidad, la Corte comenzó por hacer un detallado recuento de los casos más relevantes resueltos por las autoridades del Sistema Interamericano, y con base en la jurisprudencia allí decantada desarrolló su análisis de constitucionalidad⁹³. Sobre el particular dijo lo siguiente:

4.4. Jurisprudencia Interamericana relativa al Derecho a la Justicia, a la investigación y conocimiento de la verdad, a la reparación de las víctimas y a la no repetición.

4.4.1. Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Entre los asuntos que han sido precisados través de estas de decisiones, sin perjuicio de las decisiones que sean adopta-

93 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006, fundamento jurídico 4.4 (pp. 229 a 260).

das por un Estado para alcanzar la paz dentro del respeto a los parámetros constitucionales e internacionales, se encuentran (i) el de la obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas; (ii) el de la incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las 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; (iii) el del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales; (iv) el de la no suspensión de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz; (v) el de los aspectos comprendidos en el deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos; (vi) el de los aspectos involucrados en el derechos de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad, etc.

Como veremos en seguida, los ajustes introducidos por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-370 de 2006, deben ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues representan cambios sustanciales que minimizan el grado de restricción de esos derechos y la compatibilizaron con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

(i) *Bienes en conflicto*. En cuanto a los bienes que entran en conflicto, ya se advirtió que, por un lado, tenemos los derechos a la verdad, justicia y reparación, de los cuales son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto. Derechos que la Comisión y la Corte Interamericana han interpretado como inherentes al derecho de protección judicial efectiva previsto en el artículo 25.1 de la Convención.

En puja con estos derechos encontramos la búsqueda de la paz y la reconciliación social. Si bien es cierto que no constituyen derechos fundamentales en el sentido riguroso del término, también lo es que corresponden a principios de estirpe constitucional con respaldo en la Convención Americana de Derechos Humanos; son razones de interés general que permiten limitar el ámbito de protección de los derechos antes mencionados (art. 27).

(ii) *Intensidad de la restricción*. Aún cuando la ley reconoce expresamente los derechos a la verdad, justicia y reparación, lo cierto es que el derecho a la justicia se ve flexibilizado o restringido con la ley, en virtud del objetivo de paz y reconciliación social que la inspira.

– Con referencia al derecho a la verdad⁹⁴, no se observa restricción alguna puesto que la ley en ningún momento prevé una amnistía o indulto, lo que entre otras cosas está prohibido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decimos

que no es un indulto ni una amnistía, porque el Estado no renuncia a investigar y buscar la verdad sobre las violaciones de derechos humanos, así como tampoco abdica en su compromiso de perseguir y sancionar a los responsables de esos hechos delictivos.

Antes de la sentencia de la Corte Constitucional la ley no exigía la confesión plena como requisito para acceder a los beneficios punitivos (arts. 17 y 25), lo que representaba una limitación intensa de este derecho, en tanto privilegiaba la “verdad judicial” sobre una “verdad verdadera”. No obstante, esa restricción fue declarada inexecutable en la sentencia C-370 de 2006, por considerar que era “una afectación manifiestamente desproporcionada del derecho de las víctimas a la verdad”. En estas condiciones el Estado colombiano, a través de la Corte Constitucional, puso fin a la restricción del derecho a la verdad que originariamente autorizaba la Ley de Justicia y Paz.

Así mismo, los derechos de las víctimas fueron robustecidos por la Corte Constitucional, cuando en su sentencia precisó que “la víctima o los perjudicados pueden acceder directamente al expediente desde su iniciación, para ejercer los derechos a la verdad, justicia y reparación”.

La creación de una Comisión Nacional de Reparación y Conciliación (arts. 50 y 51) apunta en el mismo sentido, velando por una efectiva participación de las víctimas en los procesos judiciales con miras a esclarecer los hechos objeto de investigación.

— Por otra parte, la Ley reconoce el derecho a la reparación de las víctimas en su doble dimensión, tanto individual como colectiva, mediante las figuras de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas ilícitas⁹⁵. Los actos de reparación no sólo buscan la indemnización económica de los

94 “Artículo 7.º *Derecho a la verdad*. La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de 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. Las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente. Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad”.

95 “Artículo 8.º *Derecho a la reparación*. El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

daños causados, sino que pretenden la preservación de la memoria histórica (arts. 8.º, 32, 56), la realización de actos simbólicos (art. 8.º), el reconocimiento público de los daños causados, y la búsqueda y localización de los desaparecidos (art. 44), todo lo cual reafirma el deseo de no repetir lamentables violaciones de los derechos humanos que de una u otra manera fueron producto del conflicto armado colombiano.

También se crea un Fondo para la Reparación de las Víctimas, como una cuenta especial para el manejo de los recursos destinados a resarcir los daños causados. Entre esos bienes la ley incluye los aportes del Estado colombiano, los que sean producto de donaciones y aquellos entregados por los sujetos y grupos desmovilizados (art. 54).

Una limitación del derecho a la reparación integral venía dada por el hecho de que los desmovilizados solamente respondían con los bienes entregados a las autoridades. Sin embargo, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 54 de la Ley, la Corte Constitucional precisó que “todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueron condenados; y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron”.

En este orden de ideas, el derecho a la reparación integral no parece que haya sido restringido con la expedición de la Ley de Justicia y Paz, y, en todo caso, las eventuales limitaciones ya fueron retiradas del ordenamiento jurídico. Lo que se desprende del contenido de la ley es, por el contrario, una profunda preocupación del Congreso por dejar indemnes, en la medida de lo posible, a quienes directa o indirectamente han sido víctima de graves violaciones a sus derechos humanos.

La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.

Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley”.

— Finalmente, a diferencia de los anteriores derechos, el derecho a la justicia⁹⁶, entendida como el castigo a los responsables, sí es objeto de una limitación más profunda en la ley, porque la figura de la “alternatividad penal” reduce de manera significativa el tiempo de privación de la libertad para los desmovilizados⁹⁷.

En efecto, la ley faculta a los jueces para imponer a los desmovilizados una pena alternativa, consistente en la privación de su libertad por un término no inferior a cinco (5) años ni superior a ocho (8) años⁹⁸. Y si se tiene en cuenta que las penas ordinariamente previstas para delitos como el homicidio agravado o secuestro rondan los veinte (20) años de prisión, es evidente que la reducción de penas implica una mengua del derecho a la justicia. No obstante, esta limitación debe catalogarse como “moderada” y no como “intensa” por las siguientes razones:

En primer lugar, porque el beneficio de la pena alternativa no es automático sino que está sometido al cumplimiento de ciertos requisitos, entre los que se destacan la confesión plena, la garantía de no repetición y el compromiso de contribuir eficazmente a la resocialización. En segundo lugar, porque de cualquier modo la pena impuesta supone la privación de la libertad durante un prolongado periodo de tiempo, durante el cual no es posible conceder beneficios adicionales como subrogados o rebajas complementarias. Y en tercer lugar, porque el tiempo de permanencia en la zona de concentración⁹⁹, que

96 “Artículo 6.º *Derecho a la justicia*. De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones.

Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo”.

97 La alternatividad es definida en la ley como “un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización” (art. 3.º).

98 Artículo 29. *Pena alternativa*. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal.

En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos.

Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.

inicialmente podía computarse como tiempo de ejecución de la pena, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional y ya no puede ser considerado parte de la pena.

(iii) *Análisis costo-beneficio*. Según hemos visto, cuando se revisa con detenimiento el contenido de la Ley de Justicia y Paz, en concordancia con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, se llega a la conclusión de que el único derecho restringido es el de justicia. Esa limitación no puede ser considerada como intensa, sino moderada, en la medida en que reduce el quantum de la pena sin llegar al extremo de anularla en su integridad.

No obstante, la limitación del derecho a la justicia supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, porque al situar en la balanza los bienes involucrados son más importantes los beneficios que se obtienen en comparación con los eventuales perjuicios. En efecto, la ley crea un ambiente propicio para la desmovilización de grupos armados ilegales, lo que a la postre representa un avance significativo en la búsqueda de la paz y la reconciliación social, como efectivamente ha ocurrido en los últimos años. Una mirada a las cifras sobre reinserción a la vida civil de los miembros de las autodefensas, demuestra cómo muchas personas han dejado las armas, disminuyendo notablemente la intensidad del conflicto y desarticulando uno de los actores generadores de violencia en Colombia.

Naturalmente que la limitación del derecho a la justicia implica una cierta dosis de perdón. Pero ella no representa un sacrificio exagerado o desproporcionado cuando se le compara con los beneficios que de otro modo serían muy difíciles de alcanzar. No podemos perder de vista que se trata de una salida negociada al conflicto (proceso de justicia transicional y restaurativa), donde la dificultad de una derrota militar, obliga a las partes a flexibilizar sus expectativas en un escenario de diálogo.

Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia.

Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el periodo de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan”.

- 99 Artículo 31. *Tiempo de permanencia en las zonas de concentración*. El tiempo que los miembros de grupos armados al margen de la ley vinculados a procesos para la reincorporación colectiva a la vida civil, hayan permanecido en una zona de concentración decretada por el Gobierno Nacional, de conformidad con la Ley 782 de 2002, se computará como tiempo de ejecución de la pena alternativa, sin que pueda exceder de dieciocho (18) meses.

El funcionario que el Gobierno Nacional designe, en colaboración con las autoridades locales cuando sea el caso, será el responsable de certificar el tiempo que hayan permanecido en zona de concentración los miembros de los grupos armados de que trata la presente ley”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la sentencia C-370 de 2006, proferida por la Corte Constitucional en relación con la Ley de Justicia y Paz. A juicio de dicha entidad, la sentencia contribuye notablemente a compatibilizar la ley con las normas del Sistema Interamericano. En concreto dijo sostuvo al respecto:

57. La decisión de la Corte Constitucional mejora de manera sustancial el balance originalmente establecido en la Ley de Justicia y Paz entre el sistema de incentivos legales para la desmovilización a través de la morigeración de penas, y los principios de verdad, justicia y reparación que hacen parte de las obligaciones internacionales del Estado. La decisión precisa los requisitos para acceder a la pena alternativa y para preservarla en el futuro sin exponerse a su revocación. Desincentiva el ocultamiento de información y promueve que las confesiones sean veraces y completas. También mejora las condiciones para que la Fiscalía pueda investigar adecuadamente los hechos, y amplía la posibilidad de que las víctimas puedan participar en los procedimientos y obtener reparación. Consecuentemente, la decisión de la Corte constituye una herramienta esencial para que el marco legal pueda ser implementado en concordancia con las obligaciones internacionales del Estado¹⁰⁰.

Es cierto que en un primer momento la ley pudo representar fuertes restricciones a los derechos a la verdad, justicia y reparación. Pero también lo es que la sentencia de la Corte Constitucional vino a corregir esas eventuales deficiencias, de modo que ninguno de ellos ha sido desconocido en sus elementos centrales (núcleo intangible), ni se han afectado bienes imponderables como la dignidad humana. Lo que ha ocurrido es un ejercicio de ponderación, que pretende conciliar diversos intereses involucrados sin llegar al extremo de una prevalencia absoluta e incondicionada de algún derecho. La magnitud de la pena se ha reducido en la búsqueda de la paz y la reconciliación, aspiración legítima y comprensible en una sociedad que, como la colombiana, ha sacrificado a muchos de sus hijos en un conflicto que ya supera medio siglo.

En estas condiciones, la Ley de Justicia y Paz no representa una restricción desproporcionada o irrazonable de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. Constituye una medida plenamente legítima que persigue la consecución de la paz y la reconciliación social, todo lo cual es compatible con los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por sus intérpretes autorizados.

En el próximo capítulo, haremos una ampliación de los elementos presentados en este acápite, relativos a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

100 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documento 15 del 1.º de agosto de 2006.

CAPÍTULO CUARTO
LA LEY 975 DE 2005 Y LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS
A LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA REPARACIÓN

INTRODUCCIÓN

Como hemos visto hasta ahora en este Escrito de Alegatos Finales, el Estado colombiano ha cumplido a cabalidad con el deber consagrado en el artículo 2.º de la Convención y en especial, todos aquéllos de diligencia que han surgido como consecuencia del comportamiento estatal creador de riesgos para los habitantes del territorio nacional. En ese sentido, ha organizado el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales ejerce el poder público con el fin de garantizar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹, de prevenir, investigar, juzgar y sancionar su vulneración, así como de tomar todas las medidas conducentes a que no se repitan las violaciones a los derechos humanos.

Es precisamente en cumplimiento de los deberes emanados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en concreto, de los deberes de diligencia surgidos del comportamiento precedente creador de riesgos especiales, que el Estado colombiano expidió recientemente la “ley de justicia y paz”, instrumento que busca la desmovilización de diversos grupos al margen de la ley, con la finalidad de consolidar un orden justo y una paz estable y duradera. Como esa ley es culminación de las medidas estatales para mitigar definitivamente dicho riesgo creado, es decir, es una herramienta del Estado para el cumplimiento de los deberes de diligencia emanados de la Convención y de la

1 *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160, párr. 231; *Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N.º 158, párr. 102, *Caso Vargas Areco*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 155, párr. 73; *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1.º de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 297; *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 81 y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 142.

jurisprudencia de esta H. Corte y para la garantía de no repetición de actos como los de la masacre de la Rochela, a continuación demostraremos plenamente su compatibilidad con los parámetros que ha dado la Corte Interamericana en materia de justicia transicional, en concreto, respecto del respeto a los derechos de verdad, justicia y reparación de las víctimas de los atentados graves a los derechos humanos.

I. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

A. TENSIÓN ENTRE DERECHOS, EN ESPECIAL, ENTRE EL DERECHO A LA JUSTICIA Y EL DERECHO A LA PAZ

La expresión justicia transicional, hace referencia a los procesos jurídicos a través de los cuales se realizan transformaciones radicales de un orden social o político de un país, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz². El Secretario General de las Naciones Unidas, refiriéndose a la noción de “justicia de transición”, sostuvo que “abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”³. A partir de estas definiciones, se colige que Colombia se encuentra actualmente en un proceso de transición negociada con los grupos denominados “paramilitares”, con el objetivo de dejar atrás una de las causas del ya largo conflicto armado y lograr la paz y la reconciliación nacional.

Pero como es normal en estos procesos y ha quedado demostrado, es difícil lograr un equilibrio entre las expectativas de justicia, por un lado, y de paz, por el otro, pues las víctimas tienen derechos a la verdad, justicia y reparación y se hace necesario crear escenarios atractivos para que los actores armados se desmovilicen. En estos procesos es irremediable la tensión entre derechos como la verdad, la justicia y la reparación frente al derecho a la paz. Por ello, es claro que la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la demo-

2 UPRIMY, *¿Justicia Transicional sin transición?*, Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, p. 13, Bogotá 2006.

3 “el Estado de Derecho y la Justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” Informe del Secretario General de las Naciones Unidas de Agosto 3 de 2004.

cracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación.

Por ello, los Estados deben tener en cuenta muchas circunstancias en el momento de crear las condiciones jurídicas de un proceso semejante. Lo que parece sin embargo insalvable, es algún grado de sacrificio de uno de los valores en tensión. Por ello, la doctrina recomienda que cada sociedad diseñe su propia fórmula, pues las relaciones de fuerzas entre los actores son distintas y las posibilidades de compromiso diferentes en cada sociedad⁴.

El mecanismo que Colombia ha adoptado para el logro de la paz y la reconciliación nacional, cumple con los requisitos del modelo que la doctrina especializada denomina de “perdones responsabilizantes”, modelo “que se basa en formas de negociación de la paz que toman seriamente en consideración los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y los deberes del Estado necesarios para garantizarlos”. Si bien en este modelo no existen objeciones totales a la posibilidad de conceder amnistías e indultos, se deja claro que cuando se esté ante graves violaciones a los derechos humanos, los perdones totales deben ser excluidos, como sería el caso colombiano. Se dice entonces: “en estos casos, solo serían admisibles perdones parciales –bajo formas de disminución de la sentencia o de concesión de subrogados penales como la libertad condicional– siempre y cuando exista una contribución a la paz, a la verdad y a la reparación que así lo justifique, lo que supone la confesión total de los hechos frente a los cuales se pretende el perdón parcial, y el cumplimiento de unos mínimos de pena privativa de la libertad [...]”⁵.

La comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar la paz, pero ha hecho énfasis en que estos procesos de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el respeto de los derechos humanos. Se ha admitido así una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, pero no se ha renunciado a que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción.

Una justicia transicional que reúna estas características resulta perfectamente compatible con el derecho internacional, lo que precisamente sucede con la Ley 975 de 2005.

4 Cfr. UPRIMY, *¿Justicia Transicional sin transición?*, p. 21.

5 Cfr. UPRIMY, *Ibid.*, p. 29.

Como lo veremos en los acápite siguientes, ella es parte esencial de toda una estrategia del Estado colombiano para lograr la disolución de los grupos armados paraestatales, en cumplimiento de las obligaciones de reparación desde la óptica de las garantías de no repetición (medida consagrada como forma de no repetición en el informe sobre le “*Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*”, ONU, 1997), y en ella se soluciona proporcionalmente la tensión entre los derechos de verdad, justicia y reparación por un lado, y la paz por el otro lado.

B. DE NUEVO: LA PONDERACIÓN ES EL MECANISMO PARA SOLUCIONAR LA COLISIÓN ENTRE DERECHOS

Como quedó explicado en el capítulo anterior, la ponderación es un mecanismo de solución de tensiones entre derechos que está directamente asociado con el principio de proporcionalidad. Este principio es utilizado para enfrentar eventos de colisión entre derechos y en él juega un papel protagónico la técnica de la ponderación, pues a través de ella se puede determinar si la limitación de un derecho es válida, teniendo en cuenta los fines y las medidas tomadas para su realización.

Para enfrentar las dificultades producto de la tensión entre derechos constitucionales, resulta necesario un ejercicio de ponderación que permita armonizar los valores y principios constitucionales en conflicto. Se trata de considerar el grado de afectación de un derecho o interés constitucional, frente al grado de protección del derecho o interés constitucional contrapuesto. Así, a mayor grado de afectación del derecho o interés constitucional, mayor ha de ser la importancia en proteger el derecho o interés contrapuesto. ROBERT ALEXY, uno de los juristas que más ha trabajado este tema, afirma sobre la ley de la ponderación: es aquella de acuerdo con la cual “la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro”⁶. Se trata de hacer un ejercicio de balanceo, sopesamiento de los intereses constitucionales enfrentados, para establecer en últimas, si la afectación (bien sea por restricción o por ausencia de protección) de un interés constitucional, resulta legítima. Pero como este ejercicio no es absolutamente discrecional, se han creado procedimientos metodológicos para reducir al máximo la discrecionalidad inserta en todo juicio de ponderación, hablándose así de juicios o test de razonabilidad y proporcionalidad.

6 ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001, p. 161.

Resulta conveniente y diríamos obligatorio, valernos de la técnica de la ponderación para resolver la posible incompatibilidad entre principios o derechos dentro del marco de una justicia transicional. Como en estos procesos es inevitable la tensión entre principios o valores constitucionales, lo que se aconseja es ponderar, sopesar, balancear los bienes que se pretenden proteger y los beneficios obtenidos frente a los bienes que resultarían afectados, así como la magnitud de esa afectación. A partir de ahí se toma una decisión de preeminencia. Por ello, como se dijo en el capítulo anterior, la ponderación es la actividad de sopesar principios o normas en colisión, para determinar cuál tiene mayor peso en las circunstancias concretas del caso. Sobre la ley de la ponderación ha dicho ALEXY: “la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro [...]. La ley de la ponderación [...] pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”⁷.

C. LA PONDERACIÓN ESTÁ LIGADA A LAS NORMAS QUE TIENEN ESTRUCTURA DE PRINCIPIOS COMO LAS NORMAS DE LA CONVENCION Y LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS ALLÍ GARANTIZADOS

La ponderación como técnica o mecanismo de sopesamiento y balanceo de derechos en conflicto o tensión, se analiza dentro de aquellas normas que tienen estructura de principios, las cuales se contraponen en la doctrina a aquellas consideradas como reglas; miremos a continuación esa diferencia.

Bajo el concepto de regla se asocian aquellas normas del ordenamiento jurídico de estructura condicional hipotética, propia de la mayoría de las normas del ordenamiento y que suponen un alto grado de determinación. Los principios, por el contrario, son mandatos de optimización de mayor jerarquía, preceptos especiales que exigen obtener concordancia práctica⁸ como, por ejemplo, los derechos fundamentales.

Como afirma ALEXY, los principios “se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.

7 ALEXY, *Ibid*, p. 161; también sobre la ponderación BERNAL PULIDO, *El Derecho de los derechos*, 2005, pp. 95 y ss.

8 Cfr: ALEXY (*Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*) quien a la vez remite en la nota pie 94 (p. 77) a HESSE y en la nota pie 95 (p. 77) a algunas sentencias del tribunal constitucional alemán.

El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario. Frente a ello, las reglas son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla tiene validez, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”⁹.

Son entonces dos categorías y, en consecuencia, dos modelos de aplicación del Derecho, los cuales irradiarán y condicionarán la actividad judicial. Se deberá determinar claramente ante qué clase de normas se está en el caso concreto, pues si se trata de unas que tienen estructura de principio, ya no bastará con el ejercicio de subsunción propio de la regla y que tradicionalmente se conoce en derecho, sino que habrá que tener en cuenta el criterio de la ponderación para resolver las posibles colisiones en el supuesto de hecho en particular. De nuevo con ALEXY: “En el amplio mundo de los principios, hay lugar para muchas cosas. Puede ser llamado un mundo del deber ser ideal. Cuando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrecho mundo del deber ser definitivo o real, se producen colisiones o, para usar otras expresiones frecuentes, tensiones, conflictos y antinomias. Es entonces inevitable sopesar principios contrapuestos, es decir, hay que establecer relaciones de preferencia [...]”¹⁰.

Entonces, el sopesamiento, el balanceo, la ponderación, son técnicas de interpretación de principios más no de reglas. Y los principios, como se dijo, son normas jurídicas que contienen un mandato de garantía superior o en los términos de la doctrina especializada, de optimización; es decir, frente a los principios hay que buscar su efectivo respeto y el mayor grado de protección posible y, como es de suponerse, los derechos humanos se enlistan dentro de esta categoría. Por tanto, la mayoría de normas de la Convención, las cuales propenden por la garantía y protección de los derechos humanos, son normas que tienen estructura de principio, que obligan a maximizar su protección y garantía y que, por ello, están sometidas en su interpretación a la técnica de la ponderación y no a la de la subsunción. Ello tiene como consecuencia que ante un evento de colisión de principios, el cual se puede presentar ya que los principios no son absolutos, habrá que analizar en el caso concreto a través de la ley de la ponderación cuál tiene preeminencia en el caso concreto. Así las cosas, las normas convencionales y entre ellas los derechos a la verdad, justicia y reparación por ser principios, son ponderables.

9 Ibid., p. 95.

10 ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 133.

D. ANTE LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS HAY QUE TENER
EN CUENTA LA RELACIÓN DE PRECEDENCIA CONDICIONADA

Hemos venido exponiendo que en los procesos de justicia transicional es inevitable una tensión entre derechos fundamentales: por un lado la paz y la reconciliación nacional y, por otro lado, la justicia. Igualmente se ha dicho que la forma de solucionar este conflicto o tensión, es utilizar la técnica de la ponderación, la cual se recomienda para solucionar conflictos entre principios como los derechos humanos y, por ello, las normas convencionales. En este juicio de ponderación, se trata de establecer entre los principios en colisión una relación de *precedencia condicionada*, que “consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un caso precede al otro”¹¹; de lo que se trata es de establecer bajo cuáles condiciones un principio tiene preeminencia y cuál debe ceder a favor del otro.

Lo anterior es de gran ayuda en el ejercicio de ponderación, pues el discurso se orienta a analizar cuidadosamente el caso concreto, para así establecer cuál de los principios enfrentados en ese supuesto específico “precede” al otro o tiene más peso y, lo más importante, bajo qué condiciones esto se da. De tal forma que lo más relevante de este análisis, es determinar cuáles son las condiciones o presupuestos del caso concreto, para decidir en favor de un derecho y en “perjuicio” de otro. Para esto resulta especialmente importante la consideración del caso concreto con todas sus particularidades, por lo que es precisamente este juicio el que se impone en el caso objeto de este escrito: habrá que determinar bajo qué condiciones concretas es admisible la restricción de un derecho como la justicia, en virtud de la precedencia del derecho a la paz de una nación. No se trata de imponer de forma absoluta la paz frente a la justicia, sino más bien de establecer una precedencia de un principio frente a otro, bajo unas condiciones específicas dentro de todos los mundos “constitucionalmente posibles”¹².

E. LA CONSECUCIÓN DE LA PAZ ES FIN LEGÍTIMO
DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

La ley de justicia y paz marcó desde su artículo 1, como objetivo primordial, la consecución de la paz y la reconciliación nacional. Por ello, resulta obligado determinar si este fin u objetivo de la ley es legítimo y si, por tanto, puede servir de fundamento para limitar o restringir otros derechos como lo reconoce la Convención.

11 Ibid., p. 92.

12 Cfr. MORREOS, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, 1997, p. 167.

Si damos una mirada a las diferentes disposiciones sobre derechos humanos, se puede advertir inmediatamente que la paz es un elemento esencial en el anhelo de respeto de los derechos humanos en general (Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, Preámbulo y la Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre otros¹³). Este anhelo ha llevado a que la paz se erija como un derecho colectivo en cabeza de toda la humanidad, dentro de la tercera generación de derechos¹⁴.

Sin embargo, la paz se ha venido entendiendo también como un derecho subjetivo fundamental de cada persona individualmente considerada, y el correlativo deber jurídico de su búsqueda (así en la Declaración de Oslo sobre el Derecho Humano a la Paz, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, celebrada en París del 21 de octubre al 12 de noviembre de 1997). Sobre este particular la Corte Constitucional de Colombia ha afirmado lo siguiente:

“Una característica peculiar del derecho a la paz es el de la multiplicidad que asume su forma de ejercicio. Es un derecho de autonomía en cuanto está vedado a la injerencia del poder público y de los particulares, que reclama a su vez un deber jurídico correlativo de abstención; un derecho de participación, en el sentido de que está facultado su titular para intervenir en los asuntos públicos como miembro activo de la comunidad política; un poder de exigencia frente al Estado y los particulares para reclamar el cumplimiento de obligaciones de hacer. Como derecho que pertenece a toda persona, implica para cada miembro de la comunidad, entre otros derechos, el de vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los derechos humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo. La convivencia pacífica es un fin básico del Estado y ha de ser el móvil último de las fuerzas del orden constitucional. La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales”¹⁵.

13 La Organización de Naciones Unidas, a través de su Declaración sobre el derecho de los Pueblos a la Paz (Adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/11, de 12 de noviembre de 1984) expresó que el Derecho a la Paz es “una obligación fundamental de Estado” y por lo tanto hizo un “llamamiento a todos los Estados y a todas las organizaciones internacionales para que contribuyan por todos los medios a asegurar el ejercicio del derecho de los pueblos a la paz mediante la adopción de medidas pertinentes en los planos nacional e internacional.”

14 Reconocido por la Corte Constitucional de Colombia a partir del art. 22 CN, Sentencia T-008 de 1992, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

15 Sentencia T-102 de 1993, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

No cabe duda entonces que la paz, como derecho colectivo e individual, debe ser objeto de protección por los Estados y entonces parte integrante de las obligaciones que emanan de la Convención. La paz es un fin legítimo, no solo porque es un principio constitucional específico, sino también porque, como se dijo, es acogido igualmente por el derecho internacional. La consecución de la paz, además de un derecho en el sentido antes mencionado, es también herramienta para la superación de una situación de violencia en un momento histórico determinado. Atendiendo a la situación de Colombia actualmente, en donde grupos armados al margen de la ley desestabilizan las instituciones estatales y atentan contra los derechos humanos de la población, la paz es garantía para el pleno goce y disfrute de otros derechos también consagrados en la Convención. En la medida en que se tenga como fin del actuar estatal el logro de la paz, se podrá, por un lado, propender por la terminación de los fenómenos generadores de violencia en una comunidad y, por otro lado, por el efectivo respeto de los derechos humanos de los miembros de la comunidad de que se trate.

Si la paz es un fin legítimo, es deber de los Estados tomar todas las medidas necesarias en el ejercicio del poder público para hacer efectivo el derecho a la paz en sus dos dimensiones, por lo que se puede decir que es mandato convencional a partir del artículo 2.º que el Estado propenda por el efectivo disfrute y garantía del derecho a la paz. En esa medida, la ley de justicia y paz, que es un instrumento legítimo para alcanzar aunque sea parcialmente la paz y poner fin a la violación masiva de los derechos humanos por parte de los grupos armados al margen de la ley, es una herramienta estatal válida, proporcional, para hacer efectivo el goce del derecho a la paz y de los demás consagrados en la Convención.

Lo que se persigue con la ley de justicia y paz resulta plenamente compatible con las normas de la Convención que, como vimos, permite limitar derechos cuando existan razones de interés general o deberes de solidaridad. Es evidente que la paz es un derecho en cabeza de la comunidad y, por tanto, su consecución parte integrante del interés general, que justifica la restricción de otros derechos de las víctimas de los delitos. No obstante, debemos dejar claro desde ya, que la ley de justicia y paz, los decretos reglamentarios y la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que estudió su constitucionalidad, conforman un conjunto normativo en dónde se garantizan plenamente los derechos de las víctimas de los graves atentados contra los Derechos Humanos a la verdad y la reparación. La única posible restricción podría verse en el derecho a la justicia; sin embargo, frente a su posible restricción, debe hacerse un examen de proporcionalidad, tal como se hizo en la tercera parte de este Escrito de Alegatos Finales. Se determinó que su afectación es moderada, razonable, por cumplir con las condiciones de los artículos 30 y 32 de la Convención.

F. DE NUEVO SOBRE LA POSIBLE LIMITACIÓN DE
DERECHOS A PARTIR DEL ARTÍCULO 30 DE LA CONVENCION

Como se advirtió en el capítulo tercero, el Sistema Interamericano ha reconocido la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad, aunque esto no se haya enmarcado dentro de un desarrollo teórico concreto. Lo anterior no sólo se desprende de la jurisprudencia de este H. Tribunal, sino también de la correcta interpretación que debe hacerse del artículo 30 convencional. A continuación ahondaremos al respecto.

El artículo 30 convencional señala:

[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. (subrayado fuera de texto).

En las actas de discusión de la adopción de la Convención Americana se llegó a la siguiente conclusión respecto de la norma recién citada

[...] en cuanto a las restricciones permitidas de acuerdo con esta Convención, al ejercicio y goce de los derechos y libertades reconocidas en la misma, tema objeto de este artículo, la Comisión no hizo sino mejorar la redacción de su texto original, con similares enmiendas que en el artículo anterior y agregando que dichas restricciones, además de no poder ser aplicadas sino con el propósito para el cual han sido establecidas, no lo podrán tampoco ser sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general (subrayado fuera de texto).

Y en este sentido, la Corte ha determinado que están permitidas las

[...] restricciones [que] se encuentren expresamente fijadas por ley, y que estén destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática¹⁶.

Este artículo convencional ha sido interpretado por la Corte en una de sus opiniones consultivas y ha determinado los siguientes parámetros que debe seguir el Estado

[...] no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 [de la Convención], como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los

16 *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 117.

derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual los derechos esenciales del hombre [...] tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana¹⁷.

Es por lo anterior, que si tomamos algunos ejemplos de los derechos “no suspendibles” de acuerdo a la Convención, es decir, aquéllos que no fueron expresamente incorporados en el artículo 27.2, se puede hacer notar que los mismos pueden tener algún tipo de limitación siempre y cuando estén dadas por una ley en su aspecto tanto material como formal. Es así como la Corte Interamericana ha dado las siguientes interpretaciones a las restricciones de los siguientes derechos, entre otros,

a) Libertad personal (7) La Corte ha establecido que “[...]os numerales 2 y 3 del artículo 7 establecen límites al poder público y prohíben expresamente tanto las detenciones ilegales como las arbitrarias. Según el primero de tales supuestos normativos [artículo 7.2] nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)¹⁸” (subrayado fuera de texto).

17 *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 169; y *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

18 *Caso Servellón García y otros*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 89; *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 149; *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 58; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 108; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 105; *Caso Acosta Calderón*.^o

b) La libertad de expresión (13). La Corte ha señalado que “[...] el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que puede ser objeto de restricciones, tal como lo señalan el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5 y el artículo 30 de la misma. Asimismo, la Convención Americana, en el inciso 2 del referido artículo 13 de la Convención, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa¹⁹”.

c) La libertad de asociación y la libertad sindical (16). La Corte ha dicho que “[...] la Convención Americana es muy clara al señalar, en el artículo 16, que la libertad de asociación sólo puede estar sujeta a restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, y que se establezcan en interés de la seguridad nacional, del orden público, de la salud o de la moral públicas o de los derechos o libertades de los demás²⁰” (subrayado fuera de texto).

d) El derecho a la circulación y de residencia (22) El Tribunal ha decidido en otros casos que “[este derecho ...], incluido el derecho a salir del país, pueden ser objeto de restricciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.3 y 30 de la Convención. Sin embargo, es necesario que dichas restricciones se encuentren expresamente fijadas por

Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 57; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 98; *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 224; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 83; *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 65; *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 125; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 78; *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 139; *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 85; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 131; *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 140; *Caso Suárez Rosero*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 43; y *Caso Gangaram Panday*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47.

19 *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 18 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 77; *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 71; *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 108-111; *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 95; *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 70; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 36-38.

20 *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 168.

ley, y que estén destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática²¹”.

e) Respecto al derecho a la justicia y las garantías que no son suspendibles la Corte ha establecido que [...] los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática²². [...] Las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías²³. [Y que] aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención²⁴.

Así las cosas, la posible limitación de derechos que emana de la ley de justicia y paz responde a los criterios que ha esbozado la jurisprudencia de esta H. Corte: la necesaria prevención de infracciones penales y, por ende, la protección de los derechos humanos de todos los habitantes del territorio colombiano.

-
- 21 *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 117.
- 22 *Caso Acosta Calderón*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 90; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 128; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 97; *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 106; *Caso Neira Alegría y otros*. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 82; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 33; y *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 42.
- 23 *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 97; *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 107; *Caso Neira Alegría y otros*. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 83; y *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 38.
- 24 *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 42.

II. SOBRE LOS DERECHOS A LA JUSTICIA, VERDAD Y REPARACIÓN EN GENERAL

En el marco de las normas convencionales y de la jurisprudencia de este H. Tribunal, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación se han entendido parte del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 25.1 y que los Estados deben garantizar en virtud de los artículos 1.º y 2.º de la Convención. Este planteamiento corresponde a los últimos desarrollos del derecho internacional, en virtud de los cuales se ha llegado a la conclusión de que la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le han causado, sino que, además, tiene derecho a que a través de un proceso judicial, llevado a cabo con observancia de todas las normas procesales, se establezca la verdad sobre lo acaecido y, por consiguiente, se haga justicia. Se trata de tutelar los derechos de manera efectiva.

Por lo tanto, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible deben ser entendidos ampliamente y no solamente enfocados a la reparación económica a que hubiere lugar. Se trata de hacer efectivo el goce de los derechos que ellas tienen a ser tratadas en virtud de su condición humana y de la satisfacción de los intereses de toda índole, a tomar parte activamente en los procesos referentes a decisiones que las afecten y, en fin, a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos. Ello exige a las autoridades competentes desplegar todas las acciones necesarias para el restablecimiento integral de éstos, cuando han sido violados en virtud de un hecho punible. Es por esto que se habla de derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de los daños sufridos.

III. EL DERECHO A LA JUSTICIA

En la tercera parte de este escrito de alegatos finales, analizamos la ley de justicia y paz en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde la óptica del principio de proporcionalidad, concluyendo que si bien esta ley pudo representar restricciones a los derechos a la verdad, justicia y reparación, después de la sentencia de constitucionalidad C-370 de 2006 aquellas deficiencias se modularon, lo que permite afirmar sin lugar a dudas que la ley objeto de estudio no representa una restricción desproporcionada o irrazonable de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. Miremos esto en detalle respecto del derecho a la justicia.

El principal objetivo del derecho a la justicia es la erradicación de todas las formas de impunidad²⁵. De forma general, es el derecho que tiene la sociedad y/o el individuo para demandar del Estado el juzgamiento justo y equitativo de los hechos violatorios de los derechos humanos, y la imposición de una sanción adecuada a quienes resulten res-

ponsables. Por ello es que se afirma que el derecho a la justicia se materializa de forma primigenia en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el derecho de acción. El Estado colombiano tiene la obligación de garantizar este derecho en virtud de los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de Derechos Humanos y de los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención.

El derecho a la justicia no solo puede ser visto desde la perspectiva de la víctima, sino que también puede ser predicado del conglomerado social, pues la colectividad también tiene expectativas sobre la judicialización y los resultados de los procesos. En efecto, por este medio se desarrolla la prevención general como fin reconocido de la pena y la prevención especial orientada al sujeto infractor²⁶.

El derecho a la justicia podemos desglosarlo en cuatro grandes temas que pasaremos a analizar enseguida²⁷:

-
- 25 La Corte Interamericana ha definido la impunidad como la “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares” (*inter alia*, *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 405; *Caso Vargas Areco*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 153; *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 111; *Caso Servellón García y otros*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 192; *Caso Huilca Tecse*. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 82; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párrs. 60 y 170; *Caso Carpio Nicolle y otros*. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117, párr. 126; *Caso Masacre Plan de Sánchez*, Reparaciones. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 95; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 255; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 148; *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 175; *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 120; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 143; *Caso Bámaca Velásquez*, Reparaciones. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 64; *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 211; *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros)*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173).
- 26 Cfr. PATIÑO GONZÁLEZ, *El derecho de la víctima a obtener la reparación*. Especial consideración a la ley 975 de 2005, en: *Revista Pensamiento Jurídico*, N. 17, Noviembre-Diciembre de 2006, p. 278.
- 27 Aquí seguiremos muy de cerca la clasificación propuesta por BOTERO MARINO y RESTREPO SALDARRIAGA en su excelente estudio *Justicia transicional sin transición?*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, pp. 47 y ss.

A. EL DEBER DEL ESTADO DE SANCIONAR A LOS RESPONSABLES DE GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la justicia impone a los Estados, la obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos, perseguir a los autores, hacer que sean sancionados en caso de ser encontrados responsables y prever normas procesales que sirvan para un juicio imparcial y permitan que la víctima reclame sus derechos sin limitación alguna.

Este deber conmina a los Estados a tomar todas las medidas necesarias para combatir la impunidad. Esta H. Corte ha dicho “[l]a Convención Americana garantiza a toda persona el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, recayendo sobre los Estados Partes los deberes de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los Derechos Humanos²⁸”, en fin, combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles, pues ésta puede dar lugar a la repetición de las violaciones de los derechos humanos y la total falta de garantías para las víctimas y sus familiares.

I. PROHIBICIONES DE AMNISTÍAS E INDULTOS, EXCEPTUÁNDOSE LOS DELITOS POLÍTICOS O LOS CONEXOS CON ESTOS

Por lo anterior, es que este derecho está íntimamente ligado con los límites establecidos al poder de los Estados de conceder amnistías o indultos por conductas que impliquen crímenes internacionales, como los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el genocidio, etc. Así esta H. Corte, *Caso Barrios Altos vs. Perú* señaló que:

[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁹.

En este sentido el Tribunal ha manifestado en su jurisprudencia constante³⁰ que:

28 *Caso Blake. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párr. 61.

29 *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41.

30 *Caso La Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 152; *Caso Montero Aranguren y otros*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150; párr. 141; *Caso de las Masacres de*

001747

[s]obre el particular, la Corte reitera su jurisprudencia constante en el sentido de que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. En particular, son inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos – como las del presente caso, ejecuciones y desapariciones. El Tribunal reitera que la obligación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse.

Esto tiene especial importancia tratándose de períodos de transición donde, como se ha dicho, las obligaciones internacionales no se pueden anular. Por ello es que el derecho internacional y el derecho constitucional colombiano han establecido que los Estados sólo pueden conceder amnistías o indultos por delitos políticos o delitos comunes conexos con éstos. Esto implica que exista una relación estrecha y directa entre ambas clases de delitos y que los delitos comunes no constituyan graves atentados al derecho internacional de los derechos humanos³¹.

En Colombia estos parámetros han sido plenamente acogidos. La Constitución Política faculta en el art. 150.17 al Congreso de la República, a conceder por graves motivos de conveniencia pública, amnistías e indultos generales por delitos políticos. Por su parte, el art. 201.2 faculta al Presidente para otorgar indultos solamente por delitos políticos.

Ituango. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 402; *Caso Gómez Palomino*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 140; *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Sentencia de 15 septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 304; *Caso Gutiérrez Soler*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 97; *Caso de la Comunidad Moimana*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 206; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 172; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 175; *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 262; *Caso Molina Theissen. Reparaciones*. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párrs. 83 a 84; *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrs. 276 a 277; *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 116; *Caso del Caracazo. Reparaciones*. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 119; *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 106; *Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 15; *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; *Caso Castillo Páez. Reparaciones*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 105; y *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 168.

31 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia. Doc OEA/Ser.L/V/II.120.

001748

Incluso, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido límites a los poderes del Congreso y del Presidente en el otorgamiento de amnistías e indultos: (1) no se puede amnistiar o indultar delitos atroces como los crímenes de lesa humanidad, la tortura, la desaparición forzada, el secuestro, la violación sexual y el terrorismo; (2) no se puede liberar de responsabilidad a la persona que ha cometido tales crímenes bajo el juramento de la obediencia debida; (3) se debe reconocer la existencia de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; (4) el principio del *non bis in idem* se puede limitar en su alcance cuando se trata de graves violaciones de los derechos humanos.

De esta forma, la Corte Constitucional de Colombia ha sido enfática al afirmar que cualquier ley de amnistía o un decreto de indulto son inconstitucionales, si comprenden delitos diferentes a los políticos y conexos con éstos, o, implican el perdón de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario³². Igualmente, la Corte ha ido más allá, y ha dicho que tampoco pueden concederse amnistías e indultos por delitos políticos, cuando éstos constituyan atrocidades³³. Además, en ningún caso los delitos atroces pueden ser objeto de una negociación en caso de diálogos de paz con grupos armados al margen de la ley (Corte Constitucional, sentencias C-214 de 1993 y C-069 de 1994, entre otras)³⁴.

Como se observa, el máximo organismo de la jurisdicción constitucional colombiana, ha incorporado al derecho interno los estándares internacionales postulados para el respeto del acceso a la justicia de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, y en consecuencia, prohibiendo que se den amnistías o indultos o cualquier otro obstáculo interno que impida la investigación exhaustiva ante situaciones de graves violaciones de los derechos humanos.

2. LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ NO ES UNA LEY DE AMNISTÍA

El Estado colombiano desea hacer especial énfasis en que la ley de justicia y paz no puede entenderse como una ley de amnistía, por las siguientes razones:

32 Corte Constitucional, sentencias C-358 de 1997 y C-671 de 2002.

33 Corte Constitucional, sentencia C-127 de 1993, entre otras.

34 Cfr. BOTERO MARINO y RESTREPO SALDARRIAGA *¿Justicia transicional sin transición?*, cit., pp. 54 y ss.

La amnistía es una figura jurídica que extingue la acción penal, pues mediante ella el Estado, por decirlo así, olvida el delito. Y es que con la ley de justicia y paz no ocurre esto, pues ella no extingue la acción penal como tal, ella no exonera de pena y, por tanto, no fomenta la impunidad. Muy por el contrario, la Ley 975 de 2005 da la posibilidad al juzgador de imponer una pena principal que comprenda las sanciones correspondientes a las graves violaciones de Derechos Humanos. Luego, si se cumplen unos requisitos claramente establecidos, puede ser sustituida por un beneficio de alternatividad que contiene otros rangos punitivos que deben ser cumplidos efectivamente. Es decir, con esta ley el sujeto cumple una pena concreta, por lo que la acción penal no se extingue, muy por el contrario, se concreta en un fallo con implicaciones punitivas especiales. Aquí el Estado no le está diciendo al responsable que olvida el delito cometido, sino más bien que no lo ha olvidado y que en aras de un interés general legítimo le concede un beneficio, siempre y cuando se den unas condiciones especiales. Condiciones que si al final no son cumplidas hacen decaer el beneficio y actualiza la pena principal a imponer. Sobre este punto volveremos en detalle. La Corte Constitucional analizó este punto en la sentencia C-370 de 2006 y dijo al respecto:

“[...] se observa por la Corte que en ella [la ley de justicia y paz] no se dispone la extinción de la acción penal en relación con los delitos que puedan ser imputados a miembros de grupos armados que decidan acogerse a aquella, razón por la cual resulta claro que el Estado no decidió mediante esta ley olvidarse de las acciones delictuosas, por lo que en rigor jurídico-constitucional la afirmación según la cual dicha ley concede una amnistía, no es de recibo.

Por lo que hace a la supuesta concesión de un indulto, tampoco se encuentra que alguna de las normas contenidas en la ley acusada disponga que la pena con la cual culmine un proceso iniciado contra los miembros de grupos armados ilegales que decidan acogerse a esa ley una vez impuesta por sentencia judicial, deje de ejecutarse. Es decir, no contiene la Ley 975 de 2005 una disposición que exonere al delincuente del cumplimiento de la sanción penal”.

3. RESTRICCIONES A LAS COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES MILITARES Y EXCLUSIÓN DE LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD

La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre el principio del juez natural en los procesos seguidos ante la jurisdicción penal militar:

“[...] cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso,

el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia³⁵”. Como ha establecido la Corte con anterioridad, el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial³⁶. En algunos casos, [...] “la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurrectos y juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos³⁷”.

En igual sentido, el derecho constitucional colombiano admitió el recorte de la competencia de los jueces y tribunales militares cuando se trata de investigar crímenes de lesa humanidad u otras infracciones graves a los derechos humanos. En la sentencia SU-1184 de 2001 (entre otras que la precedieron) se estableció que el fuero militar no ampara conductas que no estén directamente relacionadas con el servicio y que, por tanto, la justicia penal militar carece de competencia para juzgar actos que constituyan delitos de lesa humanidad o impliquen violaciones de derechos humanos. De esta forma, la Corte acoge los planteamientos expuestos en el principio 31 del Conjunto de *Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad* (JOINET, 1997) y desencadena una serie de decisiones judiciales que reafirmarían esta posición³⁸. En cuanto a la obediencia debida como causal de exoneración de responsabilidad o de justificación, también se han tomado decisiones importantes. Hoy en día en Colombia se considera que nadie puede justificar un comportamiento y menos atentatorio contra los derechos humanos a pesar de que esté cumpliendo una orden de personas jerárquicamente superiores. Si bien en algunas instituciones estatales como, por ejemplo, las fuerzas militares y de policía, las relaciones de subordinación han tratado tradicionalmente el tema de la obediencia debida, hoy en día esta forma de justificar un comportamiento contrario a derecho o antijurídico no puede ser de buen recibo³⁹. Estas

35 *Caso la Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 142; *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 Serie C No. 154, párr. 131; *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 143, y *Caso 19 Comerciantes*. párr. 167 y *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 167.

36 *Caso la Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 142; *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 Serie C No. 154, párr. 131; *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 143; y *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109 párr. 167.

37 *Caso la Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 142; *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 Serie C No. 154, párr. 131; *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 143, y *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 167.

38 Cfr. BOTERO MARINO y RESTREPO SALDARRIAGA. *¿Justicia transicional sin transición?*, cit., p. 71.

estructuras de mando y de poder están igualmente sometidas al respeto de los derechos humanos en general (algunas otras decisiones sobre estos temas, Corte Constitucional Sentencias C-358 de 1997, T-298 de 2000, C-368 de 2000, C-878 de 2000, T-1001 de 2001).

4. LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ GARANTIZA EL DERECHO A LA JUSTICIA

La ley de justicia y paz es contundente consagrando el derecho a la justicia. El proceso de desmovilización establecido en la ley es un proceso judicial efectivo de investigación, juzgamiento, sanción y otorgamiento de beneficios penales a los desmovilizados que hayan colaborado efectivamente en el esclarecimiento de los hechos, esto es, en la garantía del derecho a la verdad y, en general, en la salvaguarda de los derechos de las víctimas de sus hechos punibles.

Desde los primeros artículos (art. 6.º), esta ley establece que las víctimas tienen el derecho a que el Estado realice una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley. Igualmente las víctimas tienen el derecho a que el Estado les asegure el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones. El art. 37 da inicio al capítulo VIII referente a los derechos de las víctimas frente a la administración de justicia. En él, como ya se anotó, se conmina al Estado a garantizar el acceso de las víctimas a la administración de justicia y se establecen una serie de derechos como recibir durante todo el procedimiento un trato humano digno, de protección de su intimidad y garantía de seguridad, etc. El Estado colombiano ha hecho énfasis en todos estos aspectos en el Decreto Reglamentario 4760 de 2005, cuando se refiere a la participación de las víctimas en los procesos judiciales (art. 11).

B. IMPONER PENAS PROPORCIONALES A LAS GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la justicia de las víctimas de los graves atentados contra los derechos humanos y de la colectividad implica la obligación de los Estados de imponer penas adecuadas

39 Cfr. PATIÑO GONZÁLEZ. *El derecho de la víctima a obtener la reparación*, p. 277.

001752

y proporcionales a la gravedad de sus conductas⁴⁰. Esto ha sido ya reconocido por esta H. Corte que ha establecido como deber internacional de los Estados vinculados por la Convención la aplicación de proporcionalidad en las penas; por ejemplo, en casos tan recientes en donde ha examinado la pena de muerte:

[...]s preciso reconocer la diversa gravedad de los hechos que permita distinguir los delitos graves de los ‘delitos más graves’, es decir, aquellos que afectan más severamente los bienes de máxima importancia individual y social, y por ello merecen el reproche más enérgico y la sanción más severa⁴¹.

Como puntos de referencia para establecer la proporcionalidad de la sanción se tienen la gravedad del delito, los intereses de las víctimas, la edad, el grado de participación delictiva de la persona enjuiciada y las prerrogativas procesales a que éste se haga acreedor en virtud de su colaboración.

Por ejemplo, la Corte Interamericana ha hecho este tipo de examen de proporcionalidad en el caso de que niños incurran en conductas antijurídicas, en donde ha establecido que:

[...]esto conduce a considerar la hipótesis de que los menores de edad –niños, en el sentido de la Convención respectiva– incurran en conductas ilícitas. La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta Corte ha señalado que el principio de legalidad penal ‘implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales’. Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños⁴².

40 En un sentido parecido, la Corte Interamericana hizo alusión a que debe existir una proporcionalidad entre el delito y la pena. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 167; Corte Europea de Derechos Humanos, *Soering v. United Kingdom*. Sentencia de 7 de julio de 1989. Serie A, Vol. 161. Igualmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha reconocido en *Furman v. Georgia* que el período de espera en lo que se lleva a cabo una sentencia de ejecución destruye al espíritu humano y constituye una tortura psicológica que muchas veces conduce a la locura. *Cfr. Furman v. Georgia*, 408 US 238, 287-88 (1972).

41 *Caso Raxcacó Reyes*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 70.

42 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 108.

[...] Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el ‘establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes’ (art. 40.3)⁴³.

Los criterios de proporcionalidad también deben tenerse en cuenta en la etapa de ejecución de la pena. Estos parámetros, los cuales sin bien no son unánimes, se desprenden del análisis de diferentes instrumentos internacionales como el Estatuto de Roma⁴⁴, pues al final todo depende de la calificación que el juzgador realice en el caso concreto.

Este segundo elemento del derecho a la justicia se enmarca claramente dentro de lo que la doctrina conoce como “prohibición de protección deficiente” de un derecho reconocido. En virtud de él, el legislador no debe, bajo ninguna circunstancia, renunciar a la protección efectiva de un derecho y, más bien, “debe garantizarlo en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. En los términos de la Corte Interamericana, “[...] el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos⁴⁵”.

Esto quiere decir que estos derechos imponen *prima facie* al legislador el desarrollo de todas las acciones [...] que favorezcan la protección de su objeto normativo, y que no

43 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 109.

44 Cfr. BOTERO MARINO/RESTREPO SALDARRIAGA, *¿Justicia transicional sin transición?*, cit., pp.62 y ss.

45 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 123; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 102; *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69, *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124.

001754

impliquen la vulneración de otros derechos y principios que jueguen en sentido contrario”⁴⁶. La validez y admisibilidad definitiva de la intervención del legislador depende de la observancia del principio de proporcionalidad con todos sus sub-principios, de manera que una intervención legislativa será proporcional cuando (1) favorezca la realización de un fin legislativo legítimo; (2) cuando no existe otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Congreso con la misma intensidad y (3) cuando el grado de favorecimiento del fin legislativo es superior al grado en que no se realiza el derecho fundamental de protección⁴⁷.

Entonces, la “prohibición de protección deficiente” sólo se acata, cuando la pena que se imponga por el delito cometido es proporcional. De lo contrario, habrá una deficiente protección del derecho. En este caso a la justicia, pues es obligatorio hacer lo constitucionalmente necesario para la protección del derecho en cualquier situación. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia recordó en la sentencia C-177 de 2001, que el Estado colombiano *está obligado* a penalizar las graves violaciones a los Derechos Humanos.

I. EL BENEFICIO DE LA ALTERNATIVIDAD

Miremos un poco la estructura de la ley de justicia a paz. Ésta prevé que el desmovilizado rinda versión libre ante el fiscal delegado asignado por la Unidad Nacional de Fiscalía de Justicia y Paz sobre los delitos cometidos (sin embargo, no establecía, en un primer momento, la necesidad perentoria de confesarlos todos). Una vez la Fiscalía General de la Nación investiga y formula cargos, el desmovilizado tiene la posibilidad de aceptarlos, caso en el cual recibe los beneficios de la ley, consistentes en una pena alternativa nunca superior a 8 años de prisión. Entonces, la alternatividad penal es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en una sentencia por una pena alternativa de la duración mencionada. Este beneficio depende del cumplimiento de ciertos requisitos de elegibilidad establecidos en la ley tanto para la desmovilización colectiva como para la desmovilización individual y del cumplimiento de otros para mantenerlos. Se debe hacer énfasis en que el juez que decida sobre el beneficio, tendrá que *condenar a la pena principal correspondiente a la ordinaria que hubieran recibido los procesados de no ser beneficiarios de la ley y que puede llegar a ser privativa de la libertad hasta por 60 años*; pero, en un segundo momento, él deberá analizar si se cumplen los requisitos para otorgar el beneficio, caso en el cual suspenderá el cumplimiento de la pena efectiva y se impondrá la pena alternativa (5 a 8 años de prisión).

46 BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, p. 139.

47 Cfr. ídem, pp. 140 y s

Aunque en esta ley siempre se impone una pena y por esto, como dijimos, es que no podemos hablar de una ley de amnistía, hubo reparos a la concesión del beneficio de la alternatividad, que fueron expuestos en demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional. Dicha demanda planteó, entre otros puntos, que el otorgamiento del beneficio solo debe ser procedente cuando el desmovilizado haya confesado integralmente todos los delitos cometidos con ocasión a su pertenencia al grupo armado ilegal, pues de otra forma, esto es, cuando se otorgue el beneficio solo por los delitos que el Estado hubiere podido comprobar o los confesados discrecionalmente, se estaría desconociendo el derecho a la verdad de las víctimas, los familiares y la colectividad.

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-370 de 2006 declaró la constitucionalidad de la ley de justicia y paz, pero incorporó cambios sustanciales en varios ámbitos, especialmente en el de las confesiones, diciendo que el beneficio sólo puede concederse a quienes hayan satisfecho de manera plena el derecho de las víctimas a la verdad, de lo cual depende también la satisfacción del interés de la sociedad de construir la memoria colectiva. Por ello, se necesita, dice la Corte, que el desmovilizado haya confesado de manera completa y veraz todos los hechos criminales en los cuales ha participado como integrante de los grupos armados al margen de la ley.

Así, el Tribunal constitucional condicionó la constitucionalidad del artículo 17 de la ley, a que dicha versión libre sea completa y veraz. En consecuencia, para poder acceder a los beneficios de la ley, el desmovilizado tendrá que confesar todos y cada uno de los delitos, pues de no ser así perderá la posibilidad de la pena alternativa.

La Corte Constitucional, también declaró inconstitucional la parte del artículo 25 de la ley que permitía al desmovilizado acceder a la pena alternativa y a la acumulación de penas, aún en el caso de que omita revelar en su versión libre crímenes de su autoría, y estos fuesen imputados con posterioridad por la Fiscalía y él los aceptase. Igualmente fue condicionado el otorgamiento del beneficio de la libertad a prueba, a que no se compruebe que se omitió confesar delitos en la versión libre.

Lo que permite la rebaja en las penas no es ni un indulto ni una amnistía, sino que quienes decidieron acogerse a dicha ley tienen la obligación de confesar *in toto* todas las situaciones de violaciones a derechos humanos en que estuvieron involucrados y sus colaboradores para que se conozca la verdad de lo ocurrido. La confesión es la que justifica la posibilidad de rebaja de pena, ya que igual suerte correría cualquier individuo que no forme parte de estos grupos al margen de la ley y cometa un acto ilícito, y decida voluntariamente someterse a la confesión.

001756

Como lo establece el artículo 8.3 de la Convención Americana “[...]la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”. En palabras de la Corte Interamericana, al interpretar los alcances del inciso ha señalado que “[...]dentro del proceso hay actos que poseen –o a los que se ha querido atribuir– especial trascendencia para la definición de ciertas consecuencias jurídicas que afectan la esfera de derechos y responsabilidades del justiciable. A esta categoría corresponde la confesión, entendida como el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos. También se ha entendido que la confesión pudiera entrañar un acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que existe contienda. [...]”⁴⁸.

Una vez conocido el fallo de la Corte Constitucional, el gobierno nacional dictó el decreto reglamentario 3391 de 2006, el cual establece en el artículo 9.º precisamente este planteamiento de la Corte Constitucional; el desmovilizado debe hacer la confesión completa y veraz de todos los hechos delictivos en los que participó o de los que tenga conocimiento cierto durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado al margen de la ley e informar las causas y circunstancias de su participación en los mismos con el fin de garantizar la verdad. Igualmente, enfatiza el decreto, el desmovilizado deberá indicar la totalidad de los bienes de origen ilícito, que también deberán ser entregados.

La Corte Constitucional hizo igualmente unas valiosas reflexiones ante el cargo de los demandantes contra el artículo 10.º de la ley, referente a las condiciones de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Según los demandantes, el legislador incurrió en una omisión legislativa, consistente en que no se exigía a los desmovilizados que señalarán, al momento de entregarse, el paradero de las personas desaparecidas. Frente a esta situación, la Corte dejó claro el deber del Estado de adoptar todas las medidas a su alcance para dar con el paradero de las personas desaparecidas. Por lo tanto, esta información debe ser un requisito inicial desde el momento de la decisión de desmovilización y es requisito para acceder a la concesión de beneficios.

El beneficio de la alternatividad es, en consecuencia, un subrogado penal que solo se concede cuando se cumplan unos requisitos claramente definidos por la ley y modulados por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia. Este beneficio procede, una vez que el fallador ha establecido la pena principal y verificado el cumplimiento de los demás presupuestos. Si éstos se dan, la ejecución de esa pena principal se suspende y se impone

48 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 128-131.

la alternativa que puede oscilar entre los 5 a 8 años de prisión efectiva. La prisión nunca puede ser inferior a 5 años y debe cumplirse en un establecimiento penitenciario ordinario⁴⁹. De igual forma, hay que tener en cuenta que la Corte Constitucional consideró que el tiempo de permanencia de los desmovilizados en los centros de concentración no se debe computar. Se trata entonces de un subrogado penal que mantiene la pena principal, admitiendo la posibilidad de que en caso de cumplirse unos requisitos determinados y de no cometer posteriormente algún acto que implique la pérdida del beneficio, puede aplicarse una pena distinta y menos gravosa. Pena que constituye una sanción penal como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad.

Los requisitos o condiciones que se deben dar para otorgar el beneficio, son tres: (1) que las personas desmovilizadas aporten una confesión plena de todos sus delitos y los de su grupo y, además, veraz, pues lo que está en juego es la garantía del derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad; (2) los desmovilizados deben reparar integralmente a las víctimas y para ello deben entregar todos los bienes (lícitos e ilícitos) que tengan individualmente o que conozcan del grupo armado; (3) los desmovilizados deben garantizar que no se repetirán hechos atroces como esos, esto es, que no volverán a delinquir y que, entonces, la desmovilización es efectiva porque todo el aparato delincuenciales se ha desmontado.

Estas condiciones son claramente consagradas en el decreto 3391 reglamentario parcial de esta ley, así:

“La contribución a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia y con el esclarecimiento de la verdad a partir de la confesión plena y veraz de los hechos punibles cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo, la garantía de no repetición y la reparación a las víctimas, previo el cumplimiento de las exigencias establecidas en esta ley, constituyen el fundamento de la concesión del beneficio jurídico de la pena alternativa”.

Una vez cumplida la pena alternativa, el desmovilizado será beneficiario de la libertad a prueba por un término equivalente a la mitad de dicha pena; sin embargo, la pena principal solo se declarará extinguida definitivamente cuando, una vez transcurrido ese término, se verifique que el desmovilizado no ha reincidido en conductas delictivas cualquiera que sean.

De todo lo dicho hasta aquí sobre el beneficio de la alternatividad consagrado en la ley de justicia y paz, queda evidenciado que este subrogado penal, tal como está diseñado en la

49 Así el art. 13 del Decreto 3391 de 2006 reglamentario parcial de la ley de justicia y paz.

ley y como fue modulado por la Corte Constitucional, no pretende esconder u ocultar la gravedad de los hechos punibles cometidos, pues al establecerse la imperiosa necesidad de imponer la pena principal, se está resaltando el significado de lo ocurrido y se deja claro que el desmovilizado cometió un crimen de lesa humanidad que es reprochado por el Estado. Ahora bien, esta condena principal permanece vigente y podrá ser efectivamente aplicada y, en consecuencia, revocado el beneficio de la alternatividad, cuando éste no cumpla con los requisitos exigidos para acceder al beneficio de la pena menor, así como para mantenerlo aún después de concedida la libertad a prueba.

El mensaje es contundente. Los desmovilizados sólo pueden acceder al beneficio si cumplen con todos los requisitos previstos en la ley y en los decretos reglamentarios, destinados a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una flexibilización del derecho a la justicia solo será proporcional entonces, en la medida en que los desmovilizados contribuyan a la protección de los derechos de las víctimas. Miremos esto más en detalle.

2. EL BENEFICIO DE LA ALTERNATIVIDAD ES PROPORCIONAL

En la tercera parte de este escrito de audiencia, confrontamos la ley de justicia y paz con los postulados fundamentales del principio de proporcionalidad, por cuanto es el instrumento más eficaz con que cuenta la doctrina actual (y que, como vimos, la jurisprudencia de esta H. Corte ha reconocido) para decidir aquellos casos de conflictos o tensión entre derechos humanos, propia de todo proceso de transición como el que está viviendo Colombia. El estudio realizado nos dio unas pautas para el análisis de la proporcionalidad de la ley. Se dijo que la ponderación opera principalmente cuando hacemos el análisis del sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En materia de proporcionalidad en sentido estricto, tenemos que hacer un ejercicio de ponderación consistente en ubicar en la balanza imaginaria los bienes en conflicto, para tomar una decisión a favor de uno de ellos en el caso concreto. Ya se advirtió, que la ley de justicia y paz contiene una tensión entre el derecho a la justicia y el principio de la paz. El derecho a la justicia es puesto en tensión, precisamente a través de la figura de la alternatividad penal, por cuanto reduce significativamente el tiempo de privación de libertad de los desmovilizados. Sin embargo, esta restricción puede tenerse como moderada, porque si bien la pena a cumplir se reduce ostensiblemente, la ley consagra unos mecanismos idóneos para la garantía del derecho a la justicia.

La realización de la justicia se cumple a través de varios mecanismos: i) Aunque se admita la reducción significativa de la pena, el Estado tiene el deber de castigar efectivamente a los responsables de los hechos atroces. En efecto, siempre habrá una pena y será cumplida realmente. ii) La condena que se profiere reconoce la atrocidad de dichos crímenes, en la medida en que la pena principal permanece y puede ser aplicada cuando no se cumplan o no se mantengan los requisitos para acceder al beneficio de la alternatividad. Lo anterior es de gran importancia, pues no sólo resalta simbólicamente la desaprobación que hace el Estado de los hechos violatorios de los derechos humanos, sino que contribuye a la efectiva garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. iii) Además, la sanción tiene un tope mínimo de 5 años y debe ser cumplida efectivamente en un establecimiento penitenciario ordinario. Es decir, no puede verse reducida por ningún concepto y se cumplirá en relación igualitaria respecto del resto de los condenados del país. iv) La pena impuesta se debe cumplir en su totalidad y no será objeto de rebajas.

La figura de la alternatividad penal, es un instrumento diseñado para dar respuesta punitiva a los hechos cometidos por los desmovilizados y, al mismo tiempo, permitir la realización de un proceso de reconciliación nacional orientado al respeto de los derechos humanos en Colombia. Desde su estructura, la alternatividad penal limita el derecho a la justicia de forma moderada, pues al reducir el quantum de la pena no llega a anularla por completo. Además, establece una serie de requisitos concretos y contundentes, encaminados a la garantía de los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas. No debe olvidarse que el derecho a la justicia tiene otros elementos que hemos expuesto, por lo que la proporcionalidad de la pena es solo uno de ellos.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto frente al derecho a la justicia, se supera en virtud de los beneficios que se obtienen con la desmovilización de los grupos al margen de la ley. Si se ubica en la balanza la garantía plena del derecho a la justicia, con el ambiente propicio que crea la normatividad para la desmovilización y desactivación de grupos armados al margen de ley, los beneficios que se obtienen con la alternatividad son superiores y más importantes a los que se obtendrían con la imposición de penas altas que no permitirían el desmonte de todo ese aparato delincencial. El análisis costo-beneficio que así se hace, deja concluir que son más importantes los beneficios que se obtienen con la implementación de la ley en relación con el costo de reducir significativamente las penas. Este sacrificio no es exagerado, si se compara con los beneficios que de otro modo serían muy difíciles de alcanzar. Por los anteriores argumentos, la alternatividad penal es una herramienta proporcional frente al derecho a la justicia⁵⁰.

50 A esta misma conclusión arribó la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-370 de 2006

3. EL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD ES INCOMPATIBLE CON LA FIJACIÓN DE ESTÁNDARES PUNITIVOS MÍNIMOS

1. Como hemos visto, el principio de proporcionalidad y sus categorías, son herramientas idóneas para solucionar correctamente el conflicto entre derechos y valores presente en procesos transicionales como el que vive actualmente Colombia. Este principio ha mostrado su eficacia precisamente en relación con el derecho a la justicia. Se ha comprobado que la limitación de ese derecho puede entenderse como moderada y que en la ponderación costo-beneficio entre justicia y paz, es mayor el beneficio que se obtiene con la implementación de la ley. Por tanto, ella supera el “test” de proporcionalidad.

2. El análisis de proporcionalidad, da paso a una hermenéutica de relaciones medio a fin, totalmente contrapuesta a la tradición Galileana que concibe el mundo desde una óptica mecanicista. La proporcionalidad, como se explicó, obedece a análisis teleológicos o finalistas, que aplicados al fenómeno jurídico se concretan en varios aspectos básicos: i) identificación de los fines que persigue una norma, ii) de los medios utilizados para alcanzar los fines y iii) la correlación entre unos y otros frente a un caso concreto, en un momento histórico determinado. Así las cosas, la interpretación de una norma o la solución de un conflicto, no pueden obedecer a criterios mecanicistas propios de las ciencias exactas como la matemática. Mas bien, deben acoger criterios axiológicos o de valores desde la perspectiva histórica.

3. Con base en esta metodología, hemos arribado a las conclusiones ya planteadas: la alternatividad penal es proporcional, si se atienden los fines y medios utilizados. Es decir, cuando se realiza un estudio sobre bienes jurídicos o derechos en tensión, debe tenerse en cuenta la relación costo-beneficio en una situación y época concretas.

Lo anterior hace imposible pensar, que se puedan establecer estándares punitivos mínimos y estáticos que escapen a la técnica de la ponderación. Es totalmente ajeno a la hermenéutica de fines, pensar en la posibilidad de partir de unos mínimos punitivos en términos matemáticos para imponer sanciones a la lesión de derechos humanos. Lo que

cuando se pronunció sobre la pena alternativa en los siguientes términos: “6.2.1.4.9. Esta configuración de la denominada pena alternativa, como medida encaminada al logro de la paz resulta acorde con la Constitución en cuanto, tal como se deriva de los artículos 3° y 24, no entraña una desproporcionada afectación del valor justicia, el cual aparece preservado por la imposición de una pena originaria (principal y accesoria), dentro de los límites establecidos en el Código Penal, proporcional al delito por el que se ha condenado, y que debe ser cumplida si el desmovilizado sentenciado, incumple los compromisos bajo los cuales se le otorgó el beneficio de la suspensión de la condena. Estos aspectos de la ponderación han sido analizados en los apartados 5, 6.2.1.7. y 6.2.2. de la presente providencia.”

se impone en casos como los de la justicia transicional, es precisamente partir del supuesto contrario; esto es, abandonar núcleos determinados y mirar el costo-beneficio que se obtiene con la implementación de una sanción en un caso en concreto. Cuestión que nada tiene que ver con criterios estáticos preestablecidos y que, por el contrario, sí permite tomar soluciones acordes con la protección de los derechos humanos y la situación inserta en el caso concreto en un momento histórico determinado.

Por lo anterior, no es conveniente fijar unos mínimos de pena aplicables a la violación de derechos humanos en abstracto, como se ha insinuado en este proceso. Ello no sólo iría en contra de una técnica autorizada, sino que también, y esto debe resultar más importante, haría inflexible cualquier intento de superar estados de crisis en los Estados, pues así se desatenderían las concretas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos y en que se quiere solucionar el conflicto. La ponderación sí permite tener en cuenta todas esas características especiales de los procesos sociales e históricos en la toma de decisiones jurídicas, por lo que resulta mucho más apropiada como técnica de interpretación y solución en derecho.

4. Téngase en cuenta que un análisis estrictamente filosófico-penal acerca del beneficio de la alternatividad, y que parta del fundamento del Estado para imponer una pena, arriba a las mismas conclusiones a las que hemos llegado utilizando la técnica de la ponderación. La proporcionalidad que se predica de la retribución, como función y fin de la pena, no debe establecerse a partir de la simple constatación y cuantificación del daño, pues resulta menester contextualizar la respuesta retributiva dentro de una sociedad determinada, en un tiempo, época y circunstancias especiales, que son las que al fin y al cabo dotan de sentido y en ocasiones de legitimidad al derecho penal.

Este aspecto de proporcionalidad social fue advertido magníficamente por el filósofo ilustrado G. W. F. HEGEL, quien decía que la compensación del delito no se encuentra determinada de forma fija, sino que ella es un valor relativo que depende del estado de la sociedad, pues “un código penal pertenece por eso esencialmente a su época y a la situación que ocupa en ella la sociedad civil”. Por consiguiente, el análisis de proporcionalidad tiene que estar circunscrito en el marco de la realidad de una sociedad, y ya que en Colombia nos encontramos frente a un proceso de transición que tiene por objetivo dar pasos importantes en el logro de la paz y la reconciliación nacional, podemos decir abiertamente que la ley de justicia y paz y las respuestas punitivas en ella consagradas son proporcionales, pues responden al análisis de ponderación de los bienes e intereses en tensión en este momento histórico en Colombia.

5. En el Sistema Interamericano ya se ha reconocido la utilidad del análisis de proporcionalidad como mecanismo de solución de conflictos de derechos reconocidos en la Con-

vención. Además, se reconoce que dichos derechos pueden ser restringidos en virtud del art. 30 y 32 de la Convención, los cuales abren la posibilidad de afectar los derechos cuando estén en juego el interés de la comunidad, los deberes de solidaridad con la familia, la comunidad y la humanidad y la necesidad de respetar los derechos de los demás. Es decir, el tema de la tensión entre derechos que hemos tratado aquí. Si la misma Convención despeja el camino para ponderar entre los diferentes posibles intereses presentes en un caso concreto, mal se haría en establecer mínimos punitivos que irían en contra de la ponderación admitida en los artículos 30 y 32 Convencionales. Si se quiere hacer una interpretación a partir de estándares, habría que decir que estos artículos exponen precisamente los estándares que deben regir el análisis de protección de derechos en conflicto y que, como se dijo, acogen la ponderación y la proporcionalidad como criterios de hermenéutica jurídica.

Por lo anterior, consideramos que no es procedente ni conveniente tratar de establecer mínimos punitivos para la violación de los derechos reconocidos en la Convención. La pena justa no surge de un análisis matemático, sino de uno que tenga por base criterios axiológicos y la perspectiva histórica. Al fin de cuentas, la solución de conflictos depende de muchas circunstancias, muchas de ellas ininteligibles para la lógica formal. La mejor forma de determinar si una pena es justa o no, y esto sin importar la gravedad del delito que se sanciona, es valerse del criterio de la proporcionalidad, desde una perspectiva de la ponderación.

C. EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO

Otros de los elementos integrantes del derecho a la justicia y de todo régimen democrático, es la garantía de acceso a la administración de justicia, por cuanto los recursos y las acciones judiciales constituyen uno de los mecanismos idóneos para proteger y garantizar los Derechos Humanos. En palabras de la Corte Interamericana existe

[...] el deber de investigar es un deber estatal imperativo que deriva del derecho internacional y no puede verse atenuado por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en casos de vulneraciones graves a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de evitar la repetición de las mismas sólo se verá satisfecha si se evita su impunidad y se cumple el derecho de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. Por ende, la obligación de investigar constituye un medio para garantizar tales derechos, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado⁵¹.

Este derecho se traduce de forma general, en la posibilidad que tienen las víctimas de acceder a la administración de justicia, para denunciar las violaciones y solicitar las investigaciones, condenas, reparaciones y demás garantías que se reclamen ante el Estado. Dentro de las obligaciones del Estado que se derivan de este derecho, están en concreto: (1) hacer publicidad sobre los recursos judiciales disponibles contra las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario; (2) adoptar en cualquier proceso todas las medidas pertinentes para que las víctimas no sean incomodadas, se proteja su intimidad y se garantice su seguridad, la de su familia y de los testigos; (3) utilizar los medios diplomáticos y jurídicos apropiados para que las víctimas puedan reclamar sus derechos ante cualquier instancia u autoridad⁵².

El derecho de acceso a la administración de justicia está garantizado en Colombia desde el tenor literal de los artículos 29 y 229 de la Constitución Política. Es, sin embargo, a través de la jurisprudencia constitucional como se han abierto otros espacios de protección de los derechos de las víctimas en los procesos judiciales, de tal forma que su participación se entiende hoy en día posible en cualquier instancia del proceso penal. En sentencia C-228 de 2002, la Corte Constitucional dio un paso significativo en aras de la garantía de los derechos de las víctimas a acceder a la administración de justicia para hacer valer sus derechos. La Corte Constitucional fue enfática en señalar que la víctima o los perjudicados tienen derecho a participar en el proceso penal, no solo para obtener la reparación pecuniaria a que hubiere lugar, sino también para hacer efectivos los derechos a la justicia y la verdad⁵³. En igual sentido, la Corte Interamericana ha establecido que:

[...] la obligación que tienen los Estados Partes en la Convención Americana de investigar los hechos violatorios de los derechos reconocidos en la misma, derivada de su obligación de garantizarlos, así como las características que deben guardar las investigaciones en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos[...]. Además, es preciso reiterar que esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables inte-

51 *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 402; *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 201; *Caso Blanco Romero y Otros*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 9 y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 171.

52 Así los principios 12 a 14 de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (BASSIOUNI, 2000).

53 Cfr. BOTERO MARINO/RESTREPO SALDARRIAGA, *¿Justicia transicional sin transición?*, p. 68.

lectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. Durante la investigación y el trámite judicial las víctimas 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, de acuerdo con la ley interna y la Convención Americana. No obstante, la investigación y el proceso deben tener un propósito y ser asumidos por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios⁵⁴ (subrayado fuera de texto).

Los anteriores planteamientos son reiterados precisamente en la sentencia C-370 de 2006, que decidió sobre la constitucionalidad de la ley de justicia y paz. La Corte hizo énfasis en la posibilidad de la víctima de participar en el proceso en cualquier fase y esto como manifestación del derecho a acceder a la administración de justicia. Igualmente, la Corte manifestó que la víctima o los perjudicados pueden acceder directamente al expediente desde su iniciación, para ejercer los derechos a la verdad, justicia y reparación. Lo anterior fue desarrollado plenamente por el artículo 8.º del decreto 3391 de 2006, posterior a la sentencia:

Se garantiza la oportunidad de participación judicial de las víctimas desde el inicio de los procesos que se surtan contra los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley en el marco de la ley 975 de 2.005, con del fin de que hagan efectivos dentro de los mismos sus derecho a la verdad, la justicia y la reparación. Para tal efecto, de conformidad con las instrucciones que para salvaguardar la participación judicial de las víctimas imparta el Procurador General de la Nación en desarrollo del artículo 118 de la Carta Política, 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 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 2898 de 2006, a fin de que participen y ejerzan sus derechos dentro de los procesos penales que se adelanten de conformidad con la Ley 975 de 2.005. 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.

54 *Caso Goiburú*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 117; *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párrs. 287-289; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 143-146; y *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 137, 219, 223, 232 y 237.

Las autoridades competentes brindarán atención adecuada a las necesidades especiales de las mujeres, niñas, niños, adolescentes, personas discapacitadas o de la tercera edad, etnias, raizales, negritudes y demás grupos poblacionales que requieran especial protección estatal de conformidad con el artículo 13 de la Carta Política que participen en el proceso de investigación y juzgamiento de los responsables de las conductas punibles a quienes se aplique la ley 975 de 2005.

La Fiscalía General de la Nación velará por la protección de la intimidad y seguridad de las víctimas, en los términos previstos por el inciso final del artículo 15 de la Ley 975 de 2005.

D. EL DEBER DE RESPETAR EN TODOS LOS PROCESOS
JUDICIALES LAS REGLAS DEL DEBIDO PROCESO.
APLICACIÓN MATERIAL DEL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM
E IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS ATROCES

El derecho a la justicia no se agota en la posibilidad de acceder a la administración de justicia. También implica el derecho al debido proceso. Por tanto, las personas que son investigadas por actos que constituyen violaciones graves a los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, tienen derecho a ser investigadas y juzgadas con las garantías del debido proceso y que son entre otras: el respeto del principio de legalidad de los delitos y de las penas, el derecho de defensa, la publicidad del juicio, la doble instancia, la presunción de inocencia, etc. En igual sentido, la Corte Interamericana ha señalado que

[...] el artículo 8.º de la Convención Americana se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos⁵⁵.

No obstante lo anterior, principalmente en el derecho internacional a la luz de la interpretación del artículo 20.3 del Estatuto de Roma entre otras normas se ha señalado que los principios de la cosa juzgada y del *non bis in idem*, pueden ser limitados cuando se

55 *Caso Claude Reyes*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 116; *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 147; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 123; *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 102; y *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69.

001766

trata de la investigación y el juzgamiento de personas que supuestamente hayan cometido delitos atroces.

Esta tendencia ha sido acogida también por la Corte Constitucional de Colombia (sentencias C-544 de 2001 y C-004 de 2003), quien ha señalado que en caso de violaciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, se pueden reabrir investigaciones y juicios que hayan terminado con sentencia absolutoria, si aparecen hechos o pruebas nuevas. Esta posibilidad también es contemplada por la Corte Constitucional, cuando un organismo internacional de derechos humanos, formalmente aceptado por Colombia, deja en evidencia el incumplimiento de las obligaciones estatales de investigar las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Caso en el cual es posible revisar las sentencias absolutorias que produjeron la situación de impunidad reprochada por el organismo internacional. La Corte Constitucional también ha adoptado el criterio según el cual las graves violaciones a los derechos humanos resultan imprescriptibles⁵⁶. Asimismo, esta Honorable Corte ha estimado:

[...] justo y razonable ordenar a[l Estado] que, en el cumplimiento de su obligación de investigar los hechos denunciados, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas, elimine todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que impidan el cumplimiento de dichas obligaciones en el [...] caso, de modo que utilice todas las medidas a su alcance, ya sea por medio del proceso penal o mediante la adopción de otras medidas idóneas⁵⁷.

Sobre este punto volveremos más adelante, cuando estudiemos la procedencia de la acción de revisión frente a la ley de justicia y paz.

IV. EL DERECHO A LA VERDAD

Otro derecho de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, es el derecho a la verdad. Este derecho tiene una manifesta-

56 Cfr. BOTERO MARINO y RESTREPO SALDARRIAGA. *¿Justicia transicional sin transición?*, cit., p. 70.

57 *Caso Montero Aranguren (Retén de Catia)*. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162, párr. 138; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 268; *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 299; *Caso de la Comunidad Moimana*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 207; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 180; y *Caso Carpio Nicolle y otros*. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117, párr. 134.

ción *individual* de la que es titular la víctima o sus parientes, para saber qué pasó en el caso concreto; pero también tiene una manifestación *colectiva* de la que es titular la sociedad, en la que las violaciones de derechos humanos tuvieron lugar y que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las violaciones se reproduzcan.

En su versión individual, el derecho a la verdad implica que en cabeza de las víctimas existe un derecho a conocer lo sucedido, a saber quiénes fueron los responsables del daño, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, las motivaciones de estos hechos, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y a que se prevenga la impunidad.

El derecho a la verdad también está en cabeza de los familiares de las víctimas, quienes igualmente deben tener la posibilidad de conocer lo que pasó, quienes fueron los responsables y, en caso de atentados contra el derecho a la vida, a saber dónde se encuentran sus restos, etc. Este derecho a la verdad se hace efectivo generalmente en el ámbito judicial, cuando se investiga, se averigua y se sanciona a los responsables materiales e intelectuales. En este sentido, la Corte Interamericana al analizar el artículo 25.1 de la Convención ha señalado que:

[...] los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley⁵⁸.

58 *Caso Acosta Calderón*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 92 *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 167; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 130; *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 194; *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 145; *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 79; *Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 59; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Amas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 135; *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle")*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 237; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 150; *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 163; *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 90; y *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 191.

001768

La sociedad también tiene un derecho a conocer la verdad, lo que constituye la dimensión colectiva de este derecho. Lo que se busca es preservar del olvido la memoria colectiva, en la medida en que la sociedad “conozca la verdad de lo ocurrido así como las razones y circunstancias en que los delitos aberrantes llegaron a cometerse a fin de evitar que estos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro⁵⁹”.

En este sentido la Corte Interamericana ha establecido el derecho a la verdad como parte inherente del deber de investigar que tiene el Estado, y es así como ha señalado lo que

[...] toda persona tiene el derecho a conocer la verdad, incluyendo los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación. Por tanto, en el [...] caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer⁶⁰.

Mientras que el derecho a la verdad individual puede hacerse efectivo a través de procesos judiciales, en su dimensión colectiva este derecho requiere de estrategias especiales que generalmente están en cabeza de los gobiernos y que cobran gran importancia en procesos de justicia transicional, pues precisamente es en éstos donde se debe prestar gran atención al esclarecimiento total de los hechos tanto en su dimensión individual como colectiva; al fin de cuentas, tanto las víctimas, como la sociedad, tienen derecho a saber qué pasó y a que no se olvide lo ocurrido, pues esto hace parte de la necesaria memoria histórica que contribuirá a que estos hechos no se repitan.

59 Comisión IDH 2004, Doc OEA/Ser. L/V/II. 120, párr. 32.

60 *Caso La Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162, párr. 254; *Caso Goiburú y otros*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 164; *Caso Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 266; *Caso Blanco Romero y otros*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 95; *Caso de la Comunidad Moimana*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 204; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párrs. 168-169; *Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Sentencia 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116 párr. 96; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 256; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 229; y *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párrs. 258-259.

A. LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ GARANTIZA EL DERECHO
A LA VERDAD EN TODAS SUS MANIFESTACIONES

001769

El derecho a la verdad no sólo se erige como objetivo y principio general de la ley de justicia y paz (art. 4.º), sino que también es desarrollado en diferentes apartes de dicha normatividad (por ejemplo, en materia procesal en el art. 15), representando así un avance con respecto a los procesos de paz llevados a cabo en Colombia en el pasado, en los cuales no se propendía por este derecho de forma explícita.

El artículo 7.º es claro en torno a que las víctimas y la sociedad en general “tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de 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”, garantizándose así las dos dimensiones mencionadas, esto es, la individual y la colectiva del derecho a la verdad. Igualmente se les reconoce este derecho a las víctimas y sus familiares, pues las autoridades judiciales que promuevan la investigación de lo sucedido deben informar a los familiares de las víctimas, en especial sobre los casos de secuestro y desapariciones.

Este mismo artículo contiene una especificación que propende porque la ocurrencia de los hechos no sea olvidada. Así, dice la norma, la aplicación de la Ley 975 no impide la práctica futura de otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad histórica. De esta forma el derecho a la verdad se convierte en un valor a alcanzar incluso por fuera del marco de la misma ley; se toma conciencia así, de que cualquier proceso de reconciliación nacional va mucho más allá de la simple normatividad y de que en estos la verdad acerca de lo ocurrido es fundamento de su éxito.

A partir del artículo 57 en el capítulo X, la ley hace especial énfasis en la necesidad de que las víctimas puedan conocer la historia de las causas, desarrollos y consecuencias de la acción de los grupos armados organizados al margen de la ley, y que este conocimiento sea mantenido mediante procedimientos adecuados, en cumplimiento del deber del Estado de preservar la memoria Histórica. De la misma forma se concretan los deberes del Estado en relación con el derecho de las víctimas a que los órganos judiciales y la Procuraduría General de la Nación, que tengan a su cargo los archivos históricos, adopten las medidas necesarias para impedir su destrucción, falsificación o sustracción. Es una medida más encaminada al mantenimiento de la verdad a través de la historia, pues está demostrado que todos los documentos que evidencian procesos importantes pueden contribuir en el futuro a la investigación de los mismos hechos desde una óptica diferente, precisamente teñida por las ganancias en verdad que el paso del tiempo puede ofrecer.

001770

Se aprecia que la ley de justicia y paz ha sido respetuosa del derecho a la verdad como principio orientador, como directriz procesal y como fundamento de la actividad del Estado en este proceso transicional. Este derecho se garantiza en toda su extensión, desde la perspectiva individual y colectiva, haciéndose un especial énfasis en la obligación del Estado de proteger y conservar la verdad histórica. A partir de la ley no puede existir un derecho a olvidar los graves atentados a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario cometido por las personas que se desmovilicen.

B. EL DERECHO A LA VERDAD SE POTENCIÓ CON EL FALLO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (C-370 DE 2006)

I. CONFESIÓN PLENA Y VERAZ

Si bien, como acabamos de ver, la Ley 975 de 2005 contiene una declaración expresa del derecho a la verdad de las víctimas y lo desarrolla a través de diferentes artículos, algunos mecanismos procesales resultaban insuficientes e inapropiados para alcanzar efectivamente la verdad material y no solamente la verdad procesal. Por ello resulta importante destacar el mencionado fallo de la Corte Constitucional, pues en éste se introducen importantes modulaciones a la ley que llevan a garantizar plenamente el derecho en cuestión.

El primero de los aspectos que vale la pena mencionar y que ya tratamos cuando analizamos la garantía del derecho a la justicia, en concreto la proporcionalidad del beneficio de la alternatividad penal, es la declaración del Tribunal Constitucional en torno a que para que el desmovilizado acceda a los beneficios y los mantenga una vez otorgada y cumplida la pena alternativa y aún en el periodo de prueba, éste debe haber confesado integralmente todo los delitos cometidos con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal. Esta confesión debe ser completa y veraz, pues es la única forma de satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas de los hechos atroces, sus familiares y de la colectividad. De modo que si se comprueba que el sujeto faltó a este requerimiento, porque ocultó un delito durante la versión libre, que le sea imputable como miembro del bloque o frente armado organizado al margen de la ley del cual hacía parte y relacionado directamente con el accionar del bloque o frente y su pertenencia al mismo, y cuya realización haya tenido lugar antes de la desmovilización, perderá el beneficio de la pena alternativa y se hará acreedor a la pena principal también impuesta en la sentencia (así el Decreto Reglamentario 3391 de 2006, arts. 2 y 12).

La modulación de la Corte y las normas reglamentarias construyen pautas de garantía efectiva del derecho a la verdad, porque los desmovilizados se verán conminados a cumplir con todos los requisitos de la ley y a no seguir delinquir, so pena de perder el

001771

beneficio, aún en la fase de libertad a prueba; esto, además de favorecer la protección del derecho a la verdad, contribuye a la garantía de no repetición de tales hechos⁶¹. Se observa una vez más, que con esta ley no se exime al Estado de la obligación de investigar y castigar a los responsables de crímenes atroces, pues al final de cuentas se está ante una condena principal que puede ser aplicada en el evento en que los requisitos de la ley para acceder a los beneficios y para mantenerlos, no se cumplan (en especial el ofrecimiento de la verdad).

Con todo lo anterior, el Estado colombiano, a través de la Corte Constitucional y el decreto reglamentario mencionado, tomó los correctivos necesarios para la eficaz garantía del derecho a la verdad de las víctimas, los familiares y la colectividad a través de la Ley 975 de 2005. Así se amplía el ámbito de protección de los derechos de las víctimas a conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de lo sucedido y de la sociedad en su conjunto⁶². Si hay plena garantía del derecho a la verdad, se tiene la condición básica para que los demás derechos, el de justicia y el de reparación, sean garantizados, pues se sabrá quienes fueron los responsables de los atroces hechos y quienes deben reparar por ello.

Aunque el derecho a la verdad se erigió como pilar fundamental de la ley desde el comienzo, con el fallo en mención se potenció su garantía, en la medida en que se excluyeron del texto algunos apartes pocos garantistas y se interpretaron algunas normas en consonancia con la doctrina y jurisprudencia nacionales e internacionales sobre la materia. Después del fallo, el derecho a la “verdad verdadera” (judicial⁶³ y material) tiene pleno reconocimiento en la ley de justicia y paz en lo sustantivo y en lo procesal.

2. LA FISCALÍA DEBE INVESTIGAR Y PARA ELLO DEBEN EXISTIR PLAZOS RAZONABLES

La Corte Constitucional de Colombia siempre ha estado presta a garantizar los derechos consagrados en la Convención en su jurisprudencia y es por eso que analizó la ley de justicia y paz frente al deber del Estado de investigar los graves atentados contra los

61 Cfr. UPRIMMY/SAFFON SANÍN, *¿Justicia Transicional sin transición?*, pp. 201 y ss., 213.

62 Es lo que en la literatura especializada se conoce como “verdad desnuda”, la cual nunca puede estar disociada de la justicia so pena del fracaso de cualquier proceso de reconciliación cfr. GÓMEZ MULLER, *Políticas de verdad y reconciliación*, en: Revista Pensamiento Jurídico, Noviembre-Diciembre de 2006, pp. 203 y ss.

63 UPRIMMY YEPES/SAFFON (Verdad judicial y verdades extrajudiciales: La búsqueda de una

derechos humanos, en especial lo que atañe a los plazos procesales previstos en la ley para la investigación y juzgamiento.

La Corte Constitucional consideró que la ley consagra plazos razonables para su implementación y la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. No obstante, en un punto concreto de la ley, hace un análisis riguroso al respecto. Al estudiar la razonabilidad del plazo de 36 horas previsto en la ley desde que el desmovilizado es puesto a disposición del magistrado para que éste realice la audiencia de formulación de imputación, la Corte hace referencia a la jurisprudencia de la H. Corte Interamericana sobre el plazo razonable y concluye que los consagrados en la ley, también este de 36 horas, se ajustan a ella. No obstante, se hace una precisión importante frente a la expresión del artículo demandado, la cual afirmaba que después de la versión libre, el desmovilizado se dejará *inmediatamente* a disposición del magistrado que ejerza la función de control de garantía, para que éste, dentro de las 36 horas, realice la audiencia de imputación. La Corte Constitucional declara esta expresión inconstitucional, pues si la Fiscalía pone “inmediatamente” la persona a disposición, como decía la norma, se hace imposible que se desarrolle a cabalidad el programa metodológico de la investigación, lo cual afecta de manera manifiestamente desproporcionada el derecho de las víctimas a la justicia y torna irrealizable el deber del Estado de investigar. El desarrollo de dicho programa metodológico de investigación debe hacerse dentro de un plazo razonable, habida cuenta de que ya se han confesado delitos y que a la luz de los propósitos de la ley, es preciso definir oportunamente la situación de cada uno de los desmovilizados.

De esta forma la ley de justicia y paz queda dotada de muchas más herramientas para realizar una correcta y cabal investigación de los hechos y para garantizar adecuadamente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Como se ha demostrado, la Ley 975 de 2005 y los decretos reglamentarios, en especial el 3391 de 2006, que recogió los postulados expuestos por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-370 de 2006, contienen todas las instituciones y los mecanismos aptos para la garantía del derecho a la verdad en su dimensión individual y colectiva, para que no se olviden los atroces atentados contra los derechos humanos y, en consecuencia, para el mantenimiento de la verdad histórica como presupuesto para que los hechos no se repitan.

V. EL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL

Como se señaló en la contestación de la demanda y del escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, la H. Corte ha señalado que el artículo 63.1 de la Convención, es un principio

de Derecho Internacional “que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁶⁴”. Sobre el particular la jurisprudencia ha explicado:

[...]las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que atienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores⁶⁵. En este sentido, las reparaciones que se establezcan deben guardar relación con las violaciones [...]”⁶⁶.

complementariedad dinámica, en *Revista Pensamiento Jurídico*, Noviembre-Diciembre de 2006, pp 59 y ss.) llaman la atención acerca de las debilidades de la verdad judicial.

- 64 *Caso La Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162, párr. 402, *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 414; *Caso Vargas Areco*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 139; *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 135; *Caso Goiburú y otros*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C. No. 153; *Caso Servellón García y otros*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C. No. 152, párr. 161; *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de setiembre de 2006, Serie C No. 151, párr. 149; *Caso Montero Aranguren (Retén de Catia)*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 116; *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 346; *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147; párr. 174; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; párr. 196; *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 294; *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 180; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140; párr. 227; *Caso Blanco Romero y otros*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005 Serie C No. 138, párr. 67; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 246; *Caso Gómez Palomino*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 112; *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 233; *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*. Sentencia de 15 septiembre de 2005. Serie C No. 134; *Caso Raxcacó Reyes*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, 114; *Caso Gutiérrez Soler*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132; *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 209; *Caso Acosta Calderón*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 145; *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 230; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 209. *En igual sentido, Caso de la Comunidad Moimana*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 170; *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párr. 122; *Caso Huilca Tecse*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 88; y *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*. Sentencia de 1.º de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 135.
- 65 *Caso La Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162, párr. 404, *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 Serie C No. 160, párr. 416; *Caso Vargas Areco*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 139; *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 137; *Caso Goiburú y otros*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C. No. 153, párr. 143; *Caso Servellón García y otros*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C. No. 152, párr. 163; *Caso Montero Aranguren (Retén*

Se acoge así, una norma del *ius cogens*, que constituye uno de los principios básicos del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de los Estados.

Este derecho a la reparación integral implica tanto medidas individuales como medidas generales y colectivas, y puede presentarse en forma de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción de alcance individual y colectivo y garantías de no repetición. La reparación busca restablecer la dignidad de la persona que ha sido objeto de una violación de sus derechos y, a su vez, que la sociedad en su conjunto sepa lo que ha ocurrido como mecanismo para que estos tan lamentables no vuelvan a ocurrir.

Teniendo en cuenta 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*” (ONU, 2004), se puede decir que la restitución busca, si es posible, devolver a la víctima a la situación anterior a la violación y comprende el restablecimiento de la libertad, los derechos legales, la situación social, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima, el regreso a su lugar de residencia, etc. En otras palabras, la Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que:

-
- de Catia*). Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 118; *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 348; *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 177; *Caso Comunidad Indígena Samhoyamaya*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 198; *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 297; *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 181; *Caso Blanco Romero y otros*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 70; *Caso Gómez Palomino*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 114; *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 235; *Caso Acosta Calderón*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 148; y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 179.
- 66 *Caso La Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 405; *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 417; *Caso Vargas Areco*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 142; *Caso Montero Aranguren (Retén de Catia)*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 117; *Caso Goiburú y otros*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 144; *Caso Servellón García y otros*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 162; *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151, párr. 152; *Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 347; *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 177; *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 297; *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 181; *Caso Blanco Romero y otros*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 70; *Caso Gómez Palomino*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 114; *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 235; y *Caso Acosta Calderón*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 148.

001775

[...]la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados⁶⁷. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el [...] caso⁶⁸.

Sobre esta base, la Corte dicta las siguientes reparaciones: por una parte, el daño material⁶⁹, es decir, todos aquellos daños que se hayan producido económicamente que tengan relación con el hecho en el cual se vulneraron los derechos convencionales (por ejemplo, entre otros, por el daño físico y mental y su rehabilitación, la pérdida de oportunidades o daño al proyecto de vida, la pérdida del ingreso y el daño emergente); y por otra parte, el daño inmaterial⁷⁰, el cual se constituye por una parte en una indemnización

67 *inter alia*, *Caso La Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 201; *Caso Goiburú y otros*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 142; *Caso Montero Aranguren y otros*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 117, y *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 209.

68 *inter alia*, *Caso La Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 201; *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 136; *Caso Goiburú y otros*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 142, y *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 176.

69 *Caso La Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 213; *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 423; *Caso Vargas Areco*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 146; *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 158; *Caso Goiburú y otros*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 150; *Caso Servellón García y otros*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 173; *Caso Montero Aranguren (Retén de Catia)*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 130; *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 188; *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 301; *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 192; *Caso Blanco Romero y otros*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 78; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 259; *Caso Ravacó Reyes*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 129; *Caso Gutiérrez Soler*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 74; *Caso Acosta Calderón*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 157; *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 242; y *Caso Fermín Ramírez*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 129.

70 *Caso La Cantuta*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 216; *Caso del Penal Miguel Castro Castro*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 430; *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 156; *Caso Vargas Areco*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155,

001776

que responde al daño moral en la legislación interna y que además se compone de las otras formas de reparación. Las otras formas de reparación son las medidas de satisfacción para la víctima y sus familiares, es decir, acciones para que su vida cobre normalidad después de las vulneraciones sufridas; y las obligaciones de no repetición, las cuales están dirigidas a que no vuelvan a darse las violaciones de los derechos de la Convención. Y finalmente, los gastos de la víctima y sus familiares en materia de asistencia jurídica ante las instituciones nacionales.

párr.149; *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 136; *Caso Montero Aranguren (Retén de Catia)*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 117; *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 176; *Caso Comunidad Indígena Samhoyamaya*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 129; *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 308; *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 199; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 254; *Caso Blanco Romero y otros*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 86; *Caso Gómez Palomino*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 130; *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 244; *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 282; *Caso Gutiérrez Soler*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 82; *Caso Acosta Calderón*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 158; *Caso de la Comunidad Moimana*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 191; *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párr. 125; *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 243; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 199; *Caso Huilca Tecse*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 96; *Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 80; *Caso De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 155; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 242; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 295; *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 204; *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 244; *Caso Molina Theissen. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párr. 65; *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrs. 161 y 171; *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrs. 255 y 268; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 211; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 168; *Caso del Caracazo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 94; *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 77; *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 56; *Caso Cantoral Benavides. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 8, párr. 53; y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84.

La obligación de reparar implica que el Estado debe responder por los daños frente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos en forma apropiada y proporcional a la violación y a las circunstancias del caso.

La rehabilitación implica, según el caso, la prestación de atención médica, jurídica, psicológica y social a la víctima directa, familiares cercanos y demás personas afectadas por la violación grave a los derechos humanos.

La satisfacción es un concepto más amplio que abarcaría, por ejemplo, verificación de los hechos y la difusión pública de la verdad, búsqueda de personas desaparecidas y de los cadáveres de las personas muertas, las disculpas públicas que reconozcan los hechos y acepten responsabilidades, conmemoración de fechas y homenajes a las víctimas, etc.

Por último, las medidas de no repetición hacen relación, entre otros, al ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; la garantía de que todos los procedimientos penales, civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; la educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; la promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos; la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; la revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.

A. LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ ES RESPETUOSA DEL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL. LA REPARACIÓN COMO DERECHO Y DEBER

Al igual que el derecho a la verdad y a la justicia, el de reparación es un *derecho* desarrollado a través de toda la ley tanto en su dimensión individual como colectiva (el art. 37 de la ley lo erige en concreto dentro del catálogo de derechos de las víctimas en relación con el derecho de acceso a la justicia). Correlativamente, la misma ley consagra el deber que se tiene de reparar; en el artículo 42 se establece que las víctimas tienen el derecho a que los miembros de los grupos armados que resulten beneficiados con las disposiciones previstas en esta ley, les reparen sobre aquellas conductas punibles por las que fueron condenados mediante sentencia judicial y, por consiguiente, aquellos el *deber* de hacerlo.

Aún en el caso en que no se conozcan los responsables en concreto y se compruebe el daño, la reparación está garantizada a través del Fondo de Reparación. Este tema será abordado con mayor amplitud posteriormente.

B. SOBRE EL INCIDENTE DE REPARACIÓN

Para la garantía del derecho a la reparación, las víctimas o perjudicados podrán participar en el incidente de reparación integral de que trata el artículo 23 de la ley, el cual se surtirá a petición de ella para la defensa de sus pretensiones. El papel de la víctima en este incidente es protagónico, pues se le escuchará acerca de la pretensión de reparación; es decir, la víctima directamente o a través de su apoderado podrá exponer libremente la forma como considera debe ser reparada (desarrollado por el art. 11.7 del Decreto Reglamentario 4760 de 2005).

C. REPARACIÓN, RESTITUCIÓN, INDEMNIZACIÓN, REHABILITACIÓN Y PROGRAMAS DE REPARACIÓN COLECTIVA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

La ley enumera las categorías integrantes del derecho a la reparación, acogiendo los estándares internacionales sobre la materia que ya mencionamos, y expone claramente que las víctimas tienen derecho a que se desarrollen acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas (art. 8.º). A partir del art. 44 y hasta el art. 49 de la ley no se ahorran esfuerzos en concretar estas categorías. Allí se consagran detalladamente cuáles actos se pueden considerar como de reparación, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no-repetición, y se consigna la necesidad y, al mismo tiempo, el mandato al Gobierno para impulsar programas de reparación colectiva.

Según la ley, son actos de *reparación integral* los siguientes: (1) la entrega al Estado de bienes obtenidos ilícita y lícitamente para la reparación de las víctimas⁷¹; (2) la declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas más vinculadas con ella; (3) el reconocimiento público de haber causado daños a las víctimas, la declara-

71 El Decreto Reglamentario 4760 de 2005 en su arts. 12, 13, 14, 15 y 16 consagra todo lo relativo al derecho de reparación, a la entrega de bienes para la reparación de las víctimas, al derecho de las víctimas a denunciar bienes no entregados, a las medidas cautelares sobre los bienes ilícitos y a la publicidad sobre los bienes entregados al fondo para la reparación de las víctimas.

ción pública de arrepentimiento, la solicitud de perdón dirigida a las víctimas y la promesa de no repetir tales conductas punibles; (4) la colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas y la localización de los cadáveres de las víctimas; (5) la búsqueda de los desaparecidos y de los restos de personas muertas, y la ayuda para identificarlos y volverlos a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias.

De lo contenido en la ley y de lo expuesto en la sentencia de la Corte Constitucional, cabe concluir que dos son los sujetos obligados a reparar o, lo que es lo mismo, la responsabilidad de reparar a las víctimas recae en dos patrimonios, así: (1) en el patrimonio de los desmovilizados que sean declarados penalmente responsables mediante sentencia judicial de las conductas punibles cometidas durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado al margen de la ley, y (2) en el patrimonio de quienes judicialmente hayan sido calificados como integrantes del bloque o frente al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo (recogido por el art. 15 del Decreto Reglamentario 3391 de 2006).

Igualmente, resulta importante destacar que según la Corte Constitucional, los miembros del grupo armado que deciden desmovilizarse, no solamente están obligados a responder con la totalidad de su patrimonio por los delitos que han cometido o en que han participado, sino que también tendrán responsabilidad *solidaria* por los daños ocasionados por otros miembros de su grupo armado. Si bien la responsabilidad penal continúa siendo individual, la responsabilidad civil derivada del hecho punible admite el elemento de la solidaridad, no solamente entre los penalmente responsables, sino respecto de quienes por decisión judicial han sido calificados como miembros del grupo armado específico. Se entiende por grupo armado específico, el frente o bloque al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, en virtud de la relación de causalidad que se estructura entre las conductas delictivas y la actividad en concreto de ese grupo específico que actúa al margen de la ley, y al cual pertenecieron los desmovilizados. Sin duda, este pronunciamiento es una herramienta más para el fortalecimiento del derecho a la reparación en la aplicación de ley de justicia y paz (así también el art. 15 del Decreto Reglamentario parcial 3391 de 2006).

En este punto, debe destacarse el pronunciamiento que sobre los bienes del desmovilizado hizo el Tribunal constitucional en la sentencia de constitucionalidad de la ley. La Corte consideró que una confesión plena, como la prevista para ser llevada a cabo en la versión libre, solo es posible, cuando además de todos los delitos cometidos, se mencionan todos los bienes en tenencia de los desmovilizados. La entrega de estos, debe entenderse como condición necesaria de la obtención de beneficios. El derecho de reparación recae, según la Corte, sobre todos los bienes del desmovilizado, esto es, aquellos propios obtenidos

lícitamente y los allegados a su patrimonio de forma ilícita. Todos pueden ser objeto incluso de medidas cautelares. Este pronunciamiento resulta de gran importancia, pues si los desmovilizados están obligados a aportar todos sus bienes, tanto los obtenidos lícita como lícitamente, se envía un mensaje verdadero de reparación que, entonces, no sólo surge de los actos delictivos, sino que también es parte de un verdadero mensaje de reconciliación y arrepentimiento del desmovilizado frente a la sociedad.

Ahora bien, la obligación de indemnizar no debe confundirse con el deber de entregar los bienes producto de la actividad ilegal de que tratan los artículos 10.º y 11 de la ley. En otras palabras, no es posible considerar la entrega de estos bienes como acto de reparación, a no ser que se haga como acto de restitución al directamente afectado. En efecto, la entrega de los bienes ilícitos es un requisito de elegibilidad que debe cumplir el desmovilizado para acceder al beneficio de la pena alternativa. Obligación que no implica afectación del patrimonio del beneficiario de la ley, pues tales bienes no se reputan de su propiedad.

Dentro de los actos de restitución, es decir, aquellos encaminados a la devolución de la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos, se incluyen el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades.

La rehabilitación, según la ley, deberá incluir la atención médica y psicológica para las víctimas o sus parientes en primer grado de consanguinidad.

La ley de justicia y paz establece expresamente una obligación al Gobierno nacional: implementar un programa institucional de reparación colectiva que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho, particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia.

El artículo 19 del Decreto Reglamentario parcial 3391 de 2006 desarrolla ampliamente uno de los fines principales de la Ley 975 de 2005: la reconstrucción del tejido social. Este artículo apunta a la reconstrucción de los vínculos sociales como fin último del proceso de reconciliación nacional, invitando al Estado a crear programas restaurativos, en donde se encuentren involucrados tanto víctimas como victimarios. Igualmente propende por el reconocimiento de la verdad histórica como deber del Estado, punto que había sido criticado a la ley⁷².

Así las cosas, la Ley 975 de 2005 y los decretos reglamentarios, consagran “*in extenso*” los elementos que según la doctrina y jurisprudencia internacionales deben conformar el derecho a la reparación de las víctimas de graves atentados contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. La ley responde a los estándares internacionales sobre la materia y crea las bases legales para que el proceso de desmovilización de los grupos armados al margen de ley se surta respetando todas las obligaciones estatales que emanan del respeto y garantía de los derechos reconocidos por la Convención. De igual forma, con todos estos instrumentos se hace posible el logro de la reconciliación nacional, uno de los fines legítimos de dicha normatividad.

D. SOBRE LA COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN Y EL FONDO PARA LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

La Ley crea igualmente una Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, como una herramienta más para garantizar los derechos de reparación de las víctimas de los hechos punibles. Aunque esta Comisión no tiene competencias propiamente judiciales, la ley le da una función fundamental: garantizar a las víctimas un recurso judicial efectivo. La práctica internacional ha mostrado lo siguiente: es importante que los Estados, en momentos transicionales, dispongan de mecanismos que garanticen a los ciudadanos, estar al corriente de las novedades importantes de los procesos por violaciones graves de los derechos humanos y entiendan lo que está pasando; solo así podrá ofrecerse una efectiva garantía de sus derechos.

Es una comisión creada para trabajar en pro de las víctimas y contribuir eficazmente al cumplimiento de la obligación estatal de materializar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Es también un organismo orientador, pues puede incidir con autoridad, en la definición de los criterios que el Estado adopte en su política de reparaciones y en su ejercicio a través del Fondo de Reparaciones. Son funciones de gran envergadura que están encaminadas a que las víctimas sean efectiva y adecuadamente reparadas, a que la sociedad se libere para siempre de una fuente de la violencia y a que las instituciones democráticas preserven su legitimidad (los arts. 51 y s. de la Ley dan cuenta de su naturaleza, composición y funciones).

72 Cfr. MÚNERA RUIZ, *Procesos de paz con actores armados ilegales y pro-sistémicos (los paramilitares y las políticas de reconciliación en Colombia)*, en *Revista Pensamiento Jurídico*, noviembre-diciembre de 2006, pp. 225 y ss

Consciente de la necesidad de garantizar económicamente el derecho de reparación en general, la ley creó (art. 54) asimismo el Fondo para la Reparación de las Víctimas. Cuenta especial de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, que administra principalmente los bienes que a cualquier título entreguen los miembros de grupos armados al margen de la ley. Esto, sin perjuicio de otros recursos que a esa cuenta lleguen (recursos provenientes del presupuesto nacional y donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras). Este Fondo está concebido para que las víctimas, una vez exista sentencia condenatoria ejecutoriada en contra de algún miembro del grupo armado al margen de ley, se dirijan allí con el fin de que se liquide y pague la indemnización judicial decretada.

Este Fondo, como se dijo, es una cuenta especial sin personería jurídica, y por consiguiente, no es sujeto de derechos ni de obligaciones ni responsable de la obligación de reparar. De acuerdo con lo señalado en el artículo 55 de la ley y el art. 18 del Decreto 3391 de 2006, el Fondo emerge como un intermediario entre el autor responsable y la víctima, para la liquidación y pago de las indemnizaciones judiciales. Este mecanismo de pago se encuentra regulado en el artículo 1630 del Código Civil Colombiano, el cual señala que “Puede pagar por el deudor cualquier persona a nombre de él, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor”.

Según el artículo 18 del Decreto 3391, la primera fuente de recursos se refiere a: (1) los bienes producto de la actividad ilegal de que tratan los artículos 10.º y 11, los que a su vez deberán ser indicados en la diligencia de versión libre, para acceder al requisito de elegibilidad; (2) los bienes vinculados a investigaciones penales y acciones de extinción del derecho de extinción del dominio en curso al momento de la desmovilización, siempre que la conducta se haya realizado con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley y con anterioridad a la vigencia de la ley de justicia y paz; y (3) los bienes o recursos lícitos sobre los cuales se haya decretado medida cautelar o se entreguen para atender las reparaciones económicas.

El Gobierno Nacional señaló en el citado artículo 18 del decreto mencionado, el orden de afectación de los rubros que integran el Fondo para la Reparación, así:

“Existiendo la sentencia judicial ejecutoriada, el pago de la indemnización deberá realizarse con observancia del siguiente orden de afectación de los rubros que integran el Fondo para la Reparación de Víctimas:

1. En primer lugar se aplicarán al efecto los bienes ilícitos de que tratan los literales a) y b) del numeral 1 del presente artículo, que correspondan o hayan sido entregados por el respectivo bloque o frente desmovilizado colectivamente. Con cargo a estos se pagarán las

001783

indemnizaciones a las que resulten judicialmente obligados los desmovilizados condenados como penalmente responsables que pertenecían al mismo. Igualmente, aquellas por las que deban responder los miembros del respectivo bloque o frente cuya pertenencia al mismo haya sido judicialmente reconocida, en los casos en que no habiendo sido posible individualizar al sujeto activo, se haya comprobado el daño y el nexo causal con las actividades del bloque o frente armado ilegal durante y con ocasión de su pertenencia al mismo.

2. En caso de no ser suficientes los recursos de origen ilícito correspondientes o entregados por el respectivo bloque o frente, para cubrir el monto de las indemnizaciones judicialmente establecidas, se procederá a su pago con los bienes o recursos de origen lícito sobre los cuales se haya decretado medida cautelar o sean entregados por los desmovilizados penalmente condenados que pertenecían al respectivo bloque o frente.

3. Si los recursos provenientes del patrimonio lícito del condenado penalmente como responsable no atienden la totalidad de la indemnización decretada, encontrándose en imposibilidad de pagarla en su integridad, la cancelación del saldo insoluto se hará con cargo a los recursos lícitos de los otros desmovilizados del bloque o frente al que pertenecía el penalmente responsable, respecto de los cuales haya sido declarada judicialmente la responsabilidad civil solidaria, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto.

4. Tratándose de desmovilización individual, cuando el desmovilizado sea declarado judicialmente responsable de las conductas punibles cometidas durante y con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley, deberá responder por las indemnizaciones establecidas en la sentencia proferida por la Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial. Para el pago de la misma, el Fondo deberá proceder con cargo a los bienes de origen ilícito entregados por el desmovilizado o que correspondan a lo dispuesto en el literal b) del numeral 1 del presente artículo, y con los recursos provenientes del patrimonio lícito que haya entregado para tales efectos.

5. Ante la eventualidad de que los recursos de los desmovilizados colectiva o individualmente de los grupos armados organizados al margen de la ley sean insuficientes, los recursos asignados del Presupuesto General de la Nación se destinarán, de manera residual, a dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial mediante la realización de otras acciones de reparación no decretadas judicialmente, orientadas a reconocer y dignificar a las víctimas de las zonas más afectadas por la violencia de los grupos armados organizados al margen de la ley, sin que ello implique la asunción de responsabilidad subsidiaria por parte del Estado. [...].

El orden de afectación de los rubros constituye un mandato para quien por ley tiene la ordenación del gasto. Es importante destacar la participación de los recursos del Estado, cuando los recursos de los desmovilizados sean insuficientes. En este caso, “los recursos asignados del Presupuesto General de la Nación se destinarán, de manera residual, a dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial mediante la realización de otras

001784

acciones de reparación no decretadas judicialmente, orientadas a reconocer y dignificar a las víctimas de las zonas más afectadas por la violencia de los grupos armados organizados al margen de la ley, sin que ello implique la asunción de responsabilidad subsidiaria por parte del Estado”. Ahora bien, ante esta eventualidad, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación señalará los criterios para la destinación de los recursos públicos.

E. EL CONCEPTO DE VÍCTIMA A PARTIR DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

En el estudio de constitucionalidad de la ley de justicia y paz, la Corte Constitucional extendió la noción de víctima, que *prima facie* estaba restringida a familiares con primer grado de consanguinidad, a otros posibles afectados por los crímenes de los paramilitares, garantizando así el derecho de reparación a todo perjudicado familiar. Se reconoce así, que la condición de víctima surge del daño y no del parentesco. Según el pronunciamiento, los familiares de las personas que han sufrido violaciones directas a sus derechos humanos, tienen derecho a presentarse ante las autoridades para que, demostrado el daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas, se les permita solicitar la garantía de los derechos que les han sido vulnerados. La ley, dice la Corte, no puede impedir el acceso de los familiares de la víctima de violaciones de derechos humanos, a las autoridades encargadas de investigar, juzgar, condenar al responsable y reparar la violación. Por lo tanto, violaría el derecho a la igualdad y los derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo, las disposiciones que excluyen del derecho de reparación a los familiares que no tienen primer grado de consanguinidad con la víctima directa. También viola tales derechos, excluir a los familiares de las víctimas directas, cuando éstas no hayan muerto o desaparecido.

Los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, así como su reglamentación, tienen gran importancia para la garantía del derecho a la reparación de las víctimas de los atroces atentados a los derechos humanos, pues no sólo permite que más personas afectadas puedan ser reparadas, sino que se garantizan también los recursos económicos para la indemnización por daños materiales y morales a que hubiere lugar. Además, todos los pronunciamientos encaminados a lograr una confesión íntegra en todos los sentidos (sobre los delitos cometidos y sobre los bienes lícitos e ilícitos y su entrega) contribuyen en gran medida a tener el marco jurídico adecuado para un desmonte efectivo del fenómeno paramilitar y que permita que no se repitan las violaciones a los derechos humanos hasta ahora acaecidas

VI. MEDIDAS DE SATISFACCIÓN Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Las medidas de satisfacción y garantías de no repetición, son aquéllas que pretenden garantizar que las violaciones a los derechos humanos no se vuelvan a repetir, es decir, son medidas que tienen carácter preventivo. Según la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 de mayo de 1996) se tendrían, entre otras, las siguientes: (1) la cesación de las violaciones existentes; (2) la verificación de los hechos y la difusión pública amplia de la verdad de lo sucedido; (3) el restablecimiento de la dignidad, la reputación y los derechos de las víctimas y de las personas que tengan vínculos con ellas; (4) la solicitud de disculpas públicas a las víctimas; (5) la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables; (6) las conmemoraciones y homenajes a las víctimas; (7) la inclusión en los manuales de enseñanza sobre derechos humanos de una versión fiel de las violaciones a los derechos humanos cometidas, etc.

Todas estas medidas son, por supuesto, sólo una enunciación de algunas posibles. Como se trata es de medidas de prevención y serán procedentes aquellas que contribuyan a evitar en el futuro, que se sigan cometiendo atentados contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Por ello, como se expresó anteriormente, resultan pertinentes todas las estrategias estatales que propendan por el fortalecimiento de la independencia y eficacia del sistema de administración de justicia, por la capacitación en derechos humanos de todos los sectores de la sociedad y, en especial, de las fuerzas armadas, de policía y de seguridad y, frente a este aspecto, por la limitación a la jurisdicción militar de los delitos estrictamente militares como ha ocurrido en Colombia desde hace algunos años. Desde una perspectiva político-administrativa, pueden tenerse como garantías de no repetición las medidas de reinserción encaminadas a la disolución de grupos armados al margen de la ley⁷³.

A. LAS MEDIDAS DE SATISFACCIÓN Y GARANTÍAS DE NO-REPETICIÓN EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

Como se ha venido exponiendo en este escrito, la creación e implementación de la ley 975 de 2005, es cumplimiento de los deberes de diligencia surgidos de injerencia, es decir, del comportamiento precedente creador de riesgos especiales, como se sostuvo en el capítulo primero. En consecuencia, implican observancia de los deberes derivados del

73 Cfr. PATIÑO GONZÁLEZ. *El derecho de la víctima a obtener la reparación*, p. 284.

artículo 2.º de la Convención. La ley de justicia y paz, se erige como una medida político-judicial en la evitación de más violaciones a los derechos humanos en Colombia y, entonces, como garantía de no repetición de dichas violaciones. Podemos decir que el Estado colombiano, a través de este instrumento jurídico, ha creado las condiciones propias para evitar que se sigan cometiendo más atentados a los derechos humanos en el país y, al mismo tiempo, para lograr que los hechos ocurridos no se repitan.

Además de todos los mecanismos expuestos y que han sido analizados en otros apartes, debemos hacer referencia a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición consagradas expresamente en la ley de justicia y paz (art. 48). Ellas son las siguientes: (1) la verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad judicial, en la medida en que no provoque más daños innecesarios a la víctima, los testigos u otras personas, ni cree un peligro para su seguridad; (2) la búsqueda de los desaparecidos o de las personas muertas y la ayuda para identificarlas y volverlas a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias; (3) la decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima y las de sus parientes en primer grado de consanguinidad; (4) la disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades; (5) la aplicación de sanciones a los responsables de las violaciones, todo lo cual estará a cargo de los órganos judiciales competentes; (6) conmemoraciones, homenajes y reconocimiento a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley; (7) la prevención de violaciones de derechos humanos; (8) procurar la asistencia a cursos de capacitación en materia de derechos humanos de los responsables de las violaciones.

Este amplio catálogo de medidas de satisfacción y garantías de no repetición, coincide en lo fundamental con las medidas ordenadas por esta Honorable Corte y por las propuestas por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que mencionamos anteriormente; en consecuencia, la ley de justicia y paz es respetuosa de los estándares internacionales en materia del respeto y garantía del derecho a la reparación de las víctimas.

B. REVOCATORIA DEL BENEFICIO DE LA ALTERNATIVIDAD PENAL

Ya en el análisis concreto de los instrumentos procesales con que cuenta la ley para garantizar que los hechos delictivos cometidos no se repitan, tenemos las normas atinentes al beneficio de alternatividad penal. Beneficio sometido a algunos condicionamientos, so pena de revocatoria.

Anteriormente explicamos que el beneficio de la alternatividad es un subrogado penal. Subrogado que se concede al desmovilizado que cumpla con unos requisitos expresos

para acceder a los beneficios y que debe mantener aún en el periodo de prueba. Es decir, aún después de cumplir la condena efectiva impuesta y por un lapso determinado en la ley. Este beneficio, consiste en otorgar una pena que nunca puede ser inferior a 5 ni superior a 8 años de prisión. La pena alternativa reemplaza la que el desmovilizado ha obtenido en la sentencia. Es decir, la pena principal ordinaria que puede ser hasta de 60 años de prisión. La ley 975 de 2005, el pronunciamiento de la Corte Constitucional y el Decreto Reglamentario parcial 3391 de 2006 (art. 12), hacen claridad acerca de la posibilidad de perder el beneficio, y de su revocatoria cuando el desmovilizado no cumpla con las obligaciones adquiridas para acceder al beneficio.

El procedimiento normal es que una vez cumplida totalmente la pena alternativa, transcurrido el período de libertad a prueba y satisfechas las obligaciones establecidas en la sentencia, se declarará extinguida la pena ordinaria inicialmente determinada en la misma. Por regla general hará tránsito a cosa juzgada, y no hay lugar al inicio de nuevos procesos judiciales originados en los hechos delictivos allí juzgados, salvo que se den los presupuestos de la acción de revisión. No obstante, el beneficio de alternatividad puede ser revocado y en su lugar se harán efectivas las penas principales y accesorias ordinarias inicialmente determinadas en la sentencia. Esto ocurre en las siguientes hipótesis: (1) Cuando durante la ejecución de la pena alternativa o del período de libertad a prueba, se establece que el beneficiario incurrió dolosamente en conductas delictivas o ha incumplido injustificadamente alguna de las obligaciones impuestas en la sentencia o previstas en la ley para el goce del beneficio; (2) cuando antes de finalizar el período de libertad a prueba, se conozca sentencia judicial en la que se establezca la comisión por parte del beneficiario de un delito ocultado por él durante la versión libre. Delito que le sea imputable como miembro del bloque o frente armado organizado al margen de la ley del cual hacía parte y relacionado directamente con el accionar del bloque o frente y su pertenencia al mismo.

La revocatoria del subrogado penal toma por base el incumplimiento de los presupuestos para acceder al beneficio y, en consecuencia, la no garantía por parte del desmovilizado de que los hechos no se vuelvan a repetir. Tal y como quedó estructurada la ley, la alternatividad procede únicamente cuando se garantiza el cumplimiento de unos obligaciones específicas, orientadas a la responsabilidad por todos los hechos cometidos, al conocimiento de toda la verdad y a que no se repitan hechos como esos en el futuro. Si se comprueba que no se cumplió con el objetivo de la desmovilización, porque por ejemplo, i) el aparato organizado de poder continuó realizando actos ilegales, ii) o que el desmovilizado no confesó íntegramente todos los delitos, iii) o que siguió cometiendo actos delictivos, no se podrá predicar la garantía de los objetivos de la ley y, entonces, será procedente la revocación. En ese sentido, el artículo 3 del Decreto Reglamentario parcial, establece que el Gobierno nacional adoptará las acciones tendientes a constatar

que las conductas de los desmovilizados reinsertados se ajustan a la ley. Se trata de un seguimiento de los beneficiados con la ley, con el fin de determinar cuál es su comportamiento y poder evitar que se vuelva a incurrir en delitos.

VII. ANOTACIÓN FINAL

Aunque la ley de justicia y paz, desde su creación fue garantista de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, el fallo de la Corte Constitucional modifica la perspectiva de su implementación, en la medida que se estudia la ley a la luz de los desarrollos constitucionales e internacionales de dichos derechos. Los derechos de las víctimas, sus familiares y la sociedad a la verdad, justicia y reparación, pueden ser totalmente garantizados con la ley y su estudio de constitucionalidad. Los mecanismos allí previstos, abren todo un abanico de posibilidades para el desmonte efectivo del fenómeno paramilitar, lo que sin duda abre caminos de reconciliación de la sociedad colombiana y garantiza verdaderamente que las atroces violaciones a los derechos humanos no se repitan⁷⁴. La garantía de los derechos que contiene la ley de justicia y paz, coincide plenamente con los niveles de garantía de estos derechos decantados por las decisiones y jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Esta ley sopesa entonces adecuadamente las emociones⁷⁵ de las víctimas y, por lo tanto, tiene la actitud necesaria para conducir a la reconciliación y a la paz. Su implementación rigurosa, tal como se ha venido haciendo a través de los decretos reglamentarios mencionados y las políticas gubernamentales en esta materia, que tenga como eje central la protección de los derechos de las víctimas, permitirá dar un paso significativo en el logro de la paz en Colombia.

La Comisión emitió un pronunciamiento acerca de “La aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia” (Doc. OEA/Ser/L/V/II. 125, 2006), en el cual hace un análisis de la sentencia de la Corte Constitucional aquí comentada. Des-

74 Así CUERVO R., *La reparación integral en la jurisprudencia de la corte interamericana*, en: *Revista Pensamiento Jurídico*, cit., pp. 131 y ss.

75 Se hace referencia a lo que algunos destacados académicos llaman el “enfoque internalista”, que refleja la sensibilidad creciente de la humanidad frente a hechos degradantes, recatando la psicología individual y colectiva para la reflexión filosófico jurídica. Este enfoque se consolida como criterio relevante para el derecho y el enjuiciamiento moral de una ley cfr. ARANGO, *La ley de justicia y paz en perspectiva iusfilosófica*, en: *Revista Pensamiento Jurídico*, cit., pp. 175 y ss.

pués de reconocer que la sentencia establece pautas para enfrentar los desafíos del juzgamiento de los crímenes cometidos por los desmovilizados (hasta ese momento más de treinta mil), es enfática afirmando:

“La decisión de la Corte Constitucional mejora de manera sustancial el balance originalmente establecido en la Ley de Justicia y Paz entre el sistema de incentivos legales para la desmovilización a través de la morigeración de penas, y los principios de verdad, justicia y reparación que hacen parte de las obligaciones internacionales del Estado. La decisión precisa los requisitos para acceder a la pena alternativa y para preservarla en el futuro sin exponerse a su revocación. Desincentiva el ocultamiento de información y promueve que las confesiones sean veraces y completas. También mejora las condiciones para que la Fiscalía pueda investigar adecuadamente los hechos, y amplía la posibilidad de que las víctimas puedan participar en los procedimientos y obtener reparación. Consecuentemente la decisión de la Corte constituye una herramienta esencial para que el marco legal pueda ser implementado en concordancia con las obligaciones internacionales del Estado”.

De esta manera, dicha autoridad del Sistema Interamericano avala los esfuerzos legislativos y de otra índole (tal como lo exige el art. 2.º de la Convención) del Estado colombiano, por tomar medidas eficaces conducentes al respeto y garantía de los derechos establecidos en la Convención. La ley 975 de 2005 es, en consecuencia, un instrumento idóneo y eficaz para la garantía de estos derechos, en especial, el de reparación en su modalidad de no repetición.

IX. LA ACCIÓN DE REVISIÓN ES PROCEDENTE AUNQUE YA SE HAYA CUMPLIDO LA PENA ALTERNATIVA Y EL PERIODO DE PRUEBA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

En este acápite, queremos plantear el problema acerca de ¿qué sucede si después de que se ha cumplido la pena alternativa impuesta y después de pasado el período de prueba, se demuestra que el desmovilizado no respetó a cabalidad las obligaciones contraídas? Piénsese en que se demuestra que la persona desmovilizada no confesó todos los delitos cometidos con ocasión de su pertenencia al grupo armado al margen de la ley, que no entregó todos los bienes, que siguió cometiendo delitos, o que no desmontó el grupo paramilitar, etc.

La respuesta que daremos a esta situación, es la procedencia de la acción de revisión. Sin embargo, ya que de nuevo estamos ante un caso de tensión de derechos Convencionales, en concreto, el derecho al debido proceso en su manifestación del derecho a la cosa juzgada y los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas de graves atenta-

dos a los derechos humanos, estudiaremos la acción de revisión y su desarrollo en la jurisprudencia constitucional, pues allí se han hecho importantes apreciaciones que nos servirán para fundamentar nuestra posición frente a la ley de justicia y paz.

A. SOBRE LA ACCIÓN DE REVISIÓN EN GENERAL

La acción de revisión es un mecanismo judicial que permite reabrir debates concluidos, sobre los cuales recae la fuerza de la cosa juzgada, cuando se tenga conocimiento de nuevos hechos o pruebas que puedan alterar en forma notable el sentido de una decisión. Tradicionalmente, ha sido considerada una herramienta excepcional a favor de quien es condenado de manera injusta, cuando con el paso del tiempo, y por diversas razones, aparecen nuevos elementos de juicio que permiten demostrar que se tomó la decisión equivocada.

En la medida en que este mecanismo supone reanudar un proceso que se tenía por concluido, pues las decisiones tomadas hasta entonces pierden su validez con la reapertura del proceso, implica una ruptura de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada. Por tal motivo su procedencia es excepcional y está sujeta a las causales taxativamente señaladas en el ordenamiento, cuyo objetivo último no es otro que superar las equivocaciones del pasado en procura de una verdadera justicia material.

Aunque en un comienzo fue concebida como garantía para el condenado, con el tiempo la evolución dogmática lleva al Legislador a extender la acción de revisión contra fallos absolutorios, pero restringida a los casos en los cuales se comprueba que la decisión fue determinada por una conducta ilícita del juez o de un tercero, o cuando el fallo se basó en pruebas falsas reconocidas como tales por alguna autoridad. Hasta el año 2003, estas eran las únicas hipótesis previstas en el ordenamiento colombiano para la revisión de sentencias absolutorias o de cesación de procedimiento y archivo de las diligencias.

B. NUEVA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

GIRO HERMENÉUTICO DE LA SENTENCIA C- 004 DE 2003

El debate sobre la acción de revisión contra sentencias absolutorias se reabrió en Colombia con motivo de una demanda presentada ante la Corte Constitucional, que finalmente dio lugar a una nueva postura jurisprudencial inaugurada con la sentencia C-004 del 20 de enero de 2003, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Como veremos más adelante, las tesis allí expuestas no sólo fueron reafirmadas en pronunciamientos posteriores, sino también acogidas por el Congreso de la República al expedir el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

En aquel entonces, un ciudadano demandó varios apartes del Código de Procedimiento Penal anterior (Ley 600 de 2000), de los cuales se interpretaba que la acción de revisión sólo procedía contra fallos de condena y excluía las providencias absolutorias. A juicio del ciudadano, algunos apartes de la norma (art. 220) debían declararse inconstitucionales, puesto que no existían razones válidas para que la acción de revisión no procediera ante hechos o pruebas nuevas que permitan establecer una mayor responsabilidad del procesado o una mayor indemnización para las víctimas de un hecho punible. Lo que se pretendía, en últimas, era permitir la acción de revisión contra sentencias absolutorias.

Luego de constatar una evidente tensión entre los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y *non bis in idem*, por un lado, frente a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y la búsqueda de un orden justo, por el otro, la Corte Constitucional consideró que si bien el Congreso contaba con cierto margen de apreciación para privilegiar uno u otro al momento de aprobar las normas, ninguno de ellos podía ser valorado en forma absoluta. Así, señaló que las decisiones del Legislador estaban sujetas al control constitucional, donde los derechos de las víctimas cobraban una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible.

Siguiendo los lineamientos anteriores, en un ejercicio de proporcionalidad en sentido estricto, la Corte Constitucional concluye que prohibir la acción de revisión contra sentencias absolutorias no plantea vicios cuando se trata de hechos punibles comunes o en general –casos en los cuales se privilegia la seguridad jurídica, la cosa juzgada, el *non bis in idem* y los derechos del procesado–. Sin embargo, la prohibición resulta problemática, cuando los hechos punibles involucran violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario. En dichas circunstancias, sostiene el alto tribunal, es necesario privilegiar los derechos de las víctimas y la prevalencia de un orden justo –antes que la seguridad jurídica y la cosa juzgada–, porque se afecta más intensamente la dignidad de las personas y se causa mayor dolor a las víctimas y a los perjudicados.

La Corte decide, entonces, que para estos delitos, la restricción a los derechos de las víctimas, en el sentido de excluir la acción de revisión contra sentencias absolutorias, es desproporcionada y por lo mismo inconstitucional. En consecuencia, declara que en presencia de nuevos hechos o pruebas, la revisión también procede contra sentencias absolutorias en caso de violaciones a derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario, sin importar que haya operado el fenómeno de la cosa juzgada.

El Tribunal Constitucional también advierte que la revisión procede *cuando la impunidad deriva de un incumplimiento del deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente estos crímenes, pues esa obligación estatal, por la particular gravedad de estos hechos, es especialmente fuerte*. De manera que, aun si no existen nuevos hechos o pruebas, puede reabrirse

una investigación que haya culminado con fallo favorable al procesado, *pues la cosa juzgada de la que gozaba la persona absuelta no era más que aparente, ya que en el fondo, debido a las omisiones protuberantes del Estado, no existió realmente proceso contra ese individuo.*

En este orden de ideas, la Corte Constitucional permite acudir a la acción de revisión contra sentencias penales absolutorias en los procesos que involucran violaciones a derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario, cuando surgen nuevos hechos o pruebas, o cuando hay una omisión del Estado del deber de investigar y sancionar debidamente los delitos. Sin embargo, para evitar una reapertura indiscriminada de procesos, el fallo hace algunas restricciones que pueden sintetizarse en los siguientes términos:

– Para las sentencias absolutorias o los casos de cesación de procedimiento y preclusión de la investigación derivados de la comisión de *hechos punibles en general*, la norma es declarada exequible –como desarrollo legítimo del *non bis in idem*–, por lo que *no es posible acudir a la acción de revisión a fin de reabrir fallos favorables al procesado.*

– Para las sentencias *absolutorias* o los casos de cesación de procedimiento y preclusión de la investigación, *donde aparecen nuevos hechos o pruebas* que involucren la violación a los derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario, puede intentarse la acción de revisión en dos eventos: (i) cuando existe una decisión en firme de autoridad judicial interna que constate la presencia de ese nuevo hecho o prueba no conocido al tiempo de los debates, o (ii) cuando existe un pronunciamiento en el mismo sentido de alguna instancia internacional a la que el Estado colombiano ha reconocido competencia (Comisión Interamericana, Corte Interamericana, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Corte Penal Internacional). Debe precisarse que en el caso de la Corte Penal Internacional los procesos no se dirigen contra los Estados, ni buscan determinar su responsabilidad directa ante la comisión de un delito, por lo que la relevancia para efectos de la revisión viene dada, particularmente, con la posibilidad de trasladar pruebas que demuestren la existencia de nuevos hechos.

– Para las sentencias *absolutorias* o los casos de cesación de procedimiento y preclusión de la investigación *derivados de la omisión del Estado para investigar un delito*, que involucre violación a los derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario, la Revisión es posible también en dos hipótesis: (i) si hay una decisión en firme de autoridad judicial interna, o (ii) si media una decisión de instancia internacional a la que el Estado colombiano haya reconocido competencia, en la cual se declare un grave incumplimiento del Estado para investigar con rigor el hecho punible.

C. REFORMA INTRODUCIDA POR EL LEGISLADOR
EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Como es sabido, con la expedición de la Ley 906 de septiembre de 2004, el Congreso aprobó un nuevo Código de Procedimiento Penal que tendrá aplicación para los delitos cometidos con posterioridad al primero de enero de 2005, según lo dispone el artículo 533 de dicho estatuto. Norma declarada constitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C-708 de 2005.

En el nuevo Código de Procedimiento Penal, la norma que regula la Revisión tuvo en cuenta las decisiones de la Corte Constitucional en la sentencia C-004 de 2003. Fue así como el artículo 192 del Código autorizó esta acción en procesos relacionados con violaciones de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario, en los siguientes términos:

Artículo 192. *Procedencia.* La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

[...] 4. *Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates.*

Posteriormente, la expresión “absolutorio” fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C-979 de 2005, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, por considerar que la acción de revisión no sólo debe tener cabida contra fallos absolutorios, siguiendo las consideraciones expuestas en la sentencia C-004 de 2003, sino que también es posible reabrir procesos penales que culminaron con sentencia condenatoria. En efecto, puede tratarse de “condenas aparentes” que, en realidad, implican una renuncia del Estado a cumplir su deber de investigar a fondo y con rigor los hechos punibles, para imponer las sanciones con la firmeza que ameritan. En este caso, procede la acción revisión contra sentencias condenatorias “por defecto”, esto es, cuando la pena impuesta es mínima.

En síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y la normativa procesal penal, en procesos relacionados con violaciones a derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario, la acción de revisión procede contra sentencias absolutorias y condenatorias. En el primer caso, porque es posible que aparezcan nuevos

001794

hechos y pruebas, o que se demuestre que la decisión absolutoria fue el producto de una conducta pasiva y negligente del Estado para sancionar los delitos; en el segundo, porque la condena pudo haber sido apenas aparente o mínima por defecto. Es decir, cuando la pena impuesta no es proporcional a la gravedad de los hechos.

D. POSIBILIDAD DE REVISAR SENTENCIAS CONDENATORIAS DICTADAS CON FUNDAMENTO EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

Según la normativa y la jurisprudencia constitucional ya analizadas, en procesos ordinarios relacionados con violaciones a derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario, la acción de revisión procede tanto contra sentencias absolutorias —y autos de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento— como contra sentencias condenatorias. En el primer caso, porque es posible que aparezcan nuevos hechos y pruebas o que se demuestre que la decisión absolutoria fue el producto de una conducta pasiva y negligente del Estado para sancionar los delitos; en el segundo, porque la condena pudo haber sido apenas aparente, una condena por pena mínima defectuosa.

Esta última posibilidad, deviene principalmente a partir del pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-979 de 2005, en la que se consideró que la acción de revisión no sólo debía tener cabida contra fallos absolutorios, sino que también frente a procesos penales que culminen con sentencia condenatoria, pues puede tratarse de “condenas aparentes” o mínimas, que se traducen en una renuncia del Estado a cumplir su deber de investigar a fondo y con rigor los hechos punibles. Así la Corte:

Nada se opone entonces a que, por virtud de la exclusión de la expresión acusada, se extienda la posibilidad de reapertura de estos procesos, por la vía de la revisión, a aquellos que han culminado con fallos condenatorios y una instancia internacional haya establecido que son el producto del incumplimiento protuberante de los deberes de investigación seria e imparcial por parte del Estado, lo que ubica tales decisiones en el terreno de las condenas aparentes, que toleran o propician espacios de impunidad en un ámbito en que tanto el orden constitucional como el internacional, repudian tal posibilidad.

Partiendo de lo anterior, volvemos a nuestro interrogante inicial: ¿qué pasa si se comprueba que los desmovilizados no desmontaron el aparato organizado de poder, que no hubo confesión plena, etc., y ya se cumplió el período de prueba? El interrogante es pertinente, por cuanto la ley de justicia y paz no previó nada al respecto. Si esa situación se diera durante el cumplimiento de la pena alternativa o durante el período de prueba no habría ningún inconveniente, pues la ley, la Corte Constitucional y el Decreto Reglamentario 3391 de 2006, fueron enfáticos en la posibilidad de la revocatoria.

Consideramos que es procedente la acción de revisión, pues se trataría de una sentencia condenatoria que no correspondía con la situación fáctica actualizada. Esto es, que el desmovilizado, por ejemplo, no confesó plenamente los hechos cometidos, lo que dejaría sin piso el beneficio de la alternatividad penal. Se estaría ante una condena aparente (por pena mínima defectuosa) que no sería proporcional respecto de la garantía y protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Como hemos sostenido, la alternatividad penal supera el “test” de razonabilidad, por cuanto garantiza los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, en virtud de que está condicionada a que los desmovilizados contribuyan eficazmente a la garantía de esos derechos. Ahora bien, si ellos no respetan esos condicionamientos y, en consecuencia, no se garantizan plenamente los derechos de las víctimas, no se puede predicar proporcionalidad alguna.

Por ello, la acción de revisión se erige como el mecanismo apropiado para solucionar esta situación no proporcional e injusta; una vez más, la ley de justicia y paz, con los derechos en tensión que contiene (derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, por un lado, y la paz y la reconciliación nacional por otro lado), sólo es proporcional si se logra una ponderación adecuada de ellos. En el caso planteado se daría una situación de desprotección manifiesta de los derechos de las víctimas, la cual plantearía de nuevo una colisión entre esos derechos: el derecho a la cosa juzgada y el deber de investigar las lesiones de los derechos humanos. Ponderación que en este caso debe inclinarse por la protección de los derechos humanos. Es decir, prevalecen los derechos de las víctimas sobre la seguridad jurídica (cosa juzgada).

Cuando después de extinguida la acción penal, aparecen pruebas demostrativas de que los beneficiados con la ley de justicia y paz, no desmontaron efectivamente sus organizaciones criminales, o en general no cumplieron con los requisitos esenciales para ser amparados con la pena alternativa, es procedente la acción de revisión.

La Corte Constitucional de Colombia analizó esta problemática y concluyó lo siguiente:

No obstante, la decidida importancia que en materia punitiva reviste el principio de la cosa juzgada, y su derivado, la prohibición de la doble incriminación fundada en un mismo hecho y respecto de un mismo sujeto, es evidente que no se trata de un derecho absoluto, particularmente cuando no se encuentra trascendido por el valor justicia. Ninguna cosa juzgada puede ser oponible válidamente en un asunto que envuelve un acto de intolerable injusticia.

Es aquí donde cobra importancia la acción extraordinaria de revisión prevista en los sistemas jurídicos con el propósito de enfrentar situaciones en las que no obstante haber operado el fenómeno de la cosa juzgada, que en situaciones normales activaría la fuerza protectora del *non bis in idem*, en las circunstancias excepcionales en las que ella opera se

genera una ruptura de ese principio, cuando hechos o circunstancias sobrevivientes develan que ella entraña una injusticia”.

Esto es potenciado por tratarse de graves atentados a los derechos humanos y la obligación de los Estados de investigar, castigar, etc., a los autores de dichos atentados. Por esto, la acción de revisión resulta procedente también en el caso de la ley de justicia y paz, cuando después de agotada la oportunidad para revocar el beneficio de la alternatividad, se tenga certeza de que el desmovilizado no cumplió a cabalidad con las obligaciones impuestas. En ese caso, se constatará el no cumplimiento del deber del Estado de investigar, juzgar e imponer penas proporcionales y, por ende, habrá lugar a la acción de revisión, ya que la pena impuesta al desmovilizado no es proporcional, es mínima por defecto.

X. SOBRE LA SUPUESTA INOCUIDAD DE LA SENTENCIA C-370 DE 2006 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Contra la citada sentencia de la Corte Constitucional, se han hecho observaciones muy respetables, en el sentido de que hubo un período de varios meses entre la promulgación de la ley de justicia y paz y la sentencia de la Corte. Período en el cual, muchos miembros de grupos armados al margen de ley se desmovilizaron y se dirigieron a las zonas de concentración previstas. En consecuencia, no se podrían aplicar retroactivamente las consecuencias jurídicas menos favorables a ellos contenidas en el fallo, en virtud del principio de favorabilidad penal.

El planteamiento en concreto es el siguiente: si se aplica el principio de favorabilidad penal, las consecuencias jurídicas de la sentencia no serían aplicables a los grupos al margen de la ley que ya se han desmovilizado y que permanecen en las zonas de concentración, pues se estaría ante situaciones consolidadas, generadoras de los derechos, que se derivan de la ley de justicia y paz antes del pronunciamiento de la Corte. Situaciones que son menos restrictivas de derechos, desde la óptica de los desmovilizados.

Esta tesis es seguida por el perito Prof. Dr. RODOLFO ARANGO RIVADENERIA, quien en su respetable concepto pericial, propone la tesis de la “inocuidad del control de constitucionalidad por vía de la aplicación del principio de favorabilidad”. Así, en concreto, el perito:

“La interpretación de los efectos del fallo de la Corte que se ha impuesto a partir de la decisión de la Corte lleva en la práctica a la inocuidad del control de constitucionalidad en importantes aspectos que tocan los derechos de las víctimas. Ello por lo menos en lo que

concierno al descuento del tiempo de desmovilización en Ralito de la pena alternativa a cumplir [...]”.

Ante este planteamiento, el Estado colombiano debe hacer unas precisiones importantes:

1. Evidentemente es una interpretación posible acerca de tal situación, pues la Corte Constitucional no otorgó efectos retroactivos a su decisión. Sin embargo, hay otra posible, que en criterio del Estado colombiano garantizaría los derechos aquí involucrados. Posición que fue expuesta por el mismo perito Prof. Dr. ARANGO RIVADENEIRA en su dictamen. En efecto, el perito dice que para “*conciliar la decisión de fondo de la Corte sobre la ley con los efectos de su no retroactividad, debería acogerse otra interpretación diferente, a saber, la de entender el principio de favorabilidad penal no como regla, sino como un principio constitucional que debe ser ponderado con otros principios constitucionales, en este caso los derechos fundamentales de las víctimas*”.

La favorabilidad penal es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política, y como derecho, es un principio que debe ser optimizado e interpretado con base en la técnica de la ponderación. La favorabilidad debe ser ponderada con otros principios, como los derechos de las víctimas. La consecuencia de ponderar el principio de favorabilidad penal es que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, no pueden sacrificarse para garantizar absolutamente el derecho al debido proceso. Desde luego, que *en materia de favorabilidad hay núcleos intangibles que no pueden ser ponderados*. Por ejemplo, la legalidad de los delitos y de las penas. Nunca podría aplicarse retroactivamente una descripción típica o una pena que no existían al momento de los hechos.

Entonces, la solución es clara y completamente acorde con todas las herramientas del principio de proporcionalidad. Si se interpreta la favorabilidad como un principio, éste puede ser objeto de ponderación. Entonces, el fallo de la Corte podrá aplicarse retroactivamente, en aquellos casos en que sea imprescindible para salvaguardar los derechos de las víctimas. Esto, por supuesto, no implica, ni puede implicar, que el principio de favorabilidad penal se anule por completo; más bien, se debe lograr un equilibrio entre los derechos del imputado y de las víctimas, teniendo en cuenta las situaciones concretas.

Por ello, se puede pensar en aplicar el fallo retroactivamente, en todas aquellas consideraciones que están directamente orientadas a la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Por ejemplo, lo concerniente a la necesidad de confesión plena y veraz de los delitos cometidos con ocasión de pertenencia al grupo, o lo que tiene que ver con la entrega de los bienes ilícitos y lícitos, etc. Y, por el contrario, no

001798

aplicar retroactivamente consideraciones de la Corte como la referente al artículo 31 y que tiene que ver con el no cómputo de los 18 meses correspondientes al tiempo de concentración en Ralito. Monto que según la sentencia de la Corte Constitucional, no puede descartarse de la pena alternativa de 5 a 8 años de prisión.

Es decir: el carácter de principio del derecho a la favorabilidad penal, abre un abanico de posibilidades de ponderación, que concilia las discrepancias de la ley de justicia y paz y el fallo de la Corte Constitucional.

Se afirma que el Decreto Reglamentario parcial 3391 de 2006, busca “restaurar los beneficios perdidos por los paramilitares por efectos del fallo de la Corte Constitucional”, al consagrar en el parágrafo del art. 11, que el tiempo que los desmovilizados permanezcan en los sitios de concentración, debe ser computado al cumplimiento de la pena alternativa. Ante este responsable planteamiento, el Estado colombiano quiere dejar claro lo siguiente: de lo que se trató en este punto fue de un ejercicio de ponderación, realizado por el Gobierno colombiano. Es decir, ante la dificultad jurídica que se presentaba con la coexistencia de “dos leyes” (una antes del fallo de la Corte y otra después), el Gobierno tomó la decisión de ponderar la favorabilidad penal frente a los demás derechos. En este ejercicio de ponderación, llegó a la siguiente conclusión: para no anular el derecho a la favorabilidad y respetar al mismo tiempo los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, se dejaron irretroactivos los efectos del fallo en materia de cómputo de pena durante el período de concentración y los demás efectos con aplicación inmediata (retroactiva) a situaciones surgidas con anterioridad o en curso. Es decir, se aplica a situaciones no consolidadas.

XI. SOBRE EL INDULTO, LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA, LA CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO, LA PRECLUSIÓN DE LA INSTRUCCIÓN O LA RESOLUCIÓN INHIBITORIA A PARTIR DEL DECRETO 128 DE 2003

En este acápite, el Estado colombiano pretende explicar el alcance del Decreto 128 de 2003⁷⁶, pues con éste y con la ley de justicia y paz, el Gobierno de Colombia ha querido desarticular el aparato delincucional de las organizaciones al margen de la ley. Estas dos

78 Por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 que regulan todo lo concerniente a la reincorporación a la sociedad civil de miembros de organizaciones armadas al margen de la ley o en forma individual.

normatividades deben entenderse en relación de complemento, pues como veremos tienen finalidades y herramientas distintas que, sin embargo, convergen en lo atinente al respeto de los derechos de las víctimas de los graves atentados a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Con estas normas, se han dado enormes pasos en la consolidación de un sistema jurídico garantista de los derechos humanos en general y apto como el más, para poner fin a las violaciones a estos derechos por los diferentes grupos armados al margen de la ley en particular.

En el escrito de contestación de la Demanda, se expresó que el Decreto 128 de 2003, en el cual se establecen beneficios socioeconómicos y de otra índole para las organizaciones armadas al margen de la ley que se sometan al programa de desmovilización, es respetuoso de la Constitución colombiana y de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Este decreto, otorga además beneficios jurídicos a las personas que hubieren formado parte de organizaciones armadas al margen de la ley y que se hubieren desmovilizado (art. 13). Los beneficios son los siguientes: reconocimiento del derecho de indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, dependiendo del estado del proceso. Estos beneficios operan solamente frente a los delitos considerados en la doctrina como políticos, a la pertenencia a dichos grupos armados al margen de la ley (concierto para delinquir) y otros de menor entidad, ante los cuales el Estado renuncia a su interés de persecución penal. Bajo ningunas circunstancias, estos beneficios se extienden a delitos constitutivos de lesiones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. El artículo 21 del decreto suprime los beneficios, cuando los procesados o condenados hayan cometido “*delitos que de acuerdo con la Constitución Política, la ley o los tratados internacionales suscrito y ratificados por Colombia no puedan recibir esta clase de beneficios*”.

Por lo tanto, no se puede pensar que con este decreto se están colocando obstáculos al respeto de los derechos humanos y a la garantía de los derechos de las víctimas, pues lo que allí está contenido es precisamente todo lo contrario: se están concediendo unos beneficios, siempre y cuando no se atente contra las normas y los estándares internacionales. La norma es explícita entonces, en la necesidad de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos cometidas por dichas organizaciones.

El siguiente cuadro ilustra claramente la forma como se ha aplicado la normatividad frente a solicitudes de indulto de septiembre de 2005 a febrero de 2007. Si se observa con detenimiento, se concluye que los beneficios solo han sido concedidos frente a delitos políticos, al concierto para delinquir y otros delitos menores en los que no hay graves violaciones a los derechos humanos ni al derecho internacional humanitario, pues en casos de estos la solicitud ha sido denegada.

001800

APELLIDOS Y NOMBRES	GRUPO-BLOQUE	DECISIÓN	DELITOS
Álvarez Montero Carlos Arturo	Auc	Denegada-Res 234-26/09/06	Concierto para Delinquir-Art 7° Dec 180/88
Acevedo Muñoz Juan José	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Agudelo Cañón Diana Milena	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Álvarez García Wilson	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Anzola González IIMI	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Álvaro Agudelo Medina	Farc	Concedida-Res	
Abril Cárdenas Colmes	Auc	Denegada-Res 010-17/01/06	Tráfico de armas y municiones- Utilización Ilegal de uniformes
Alzate Alfonso	Crs/98	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Aguilar Morales Fredy Antonio	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Altamar Pueblo Julio Alberto	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Alzate Muñoz Rigoberto	Farc	Pendiente resolución	Rebelión
Arboleda Campos Jhon Faber	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Aristizabal Castro Fernel A	Auc	Denegada-Res 016-24/01/06	Extorsión agravada
Ardila Hoyos Manuel S	Auc	Denegada-Res 013-17/01/07	Concierto para Delinquir-amenazas- Hurto calificado y agravado
Ardila Hoyos Ricardo B	Auc	Denegada-Res 014-17/01/07	Concierto para Delinquir-amenazas- Hurto calificado y agravado
Arroyave Gómez Alexander	Auc	Denegada-Res 314-18/11/05	Porte de Estupefacientes
Barrera Ortiz José María - Miembro representante	Auc	Concedida-Res 235-26/09/06	Sedición-Concierto para Delinquir
Barbosa León Hugo Hernando	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Bahamon Cespedes Fernando	Auc	Denegada-Res 236-26/09/06	Estafa en concurso con documento pub falso y usurpación de func P.
Bolaños José Leiber	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Caicedo Ramos Delfin	Auc	Denegada-Res 294-24/10/05	Tráfico de Estupefacientes
Camargo Pulgarín Huber Harry	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Calle Restrepo Wilson D.	Auc	Denegada-Res 291-24/10/05	Hurto Calificado y agravado
Cárdenas Colorado Fair	Farc	Denegada-Res 011/17/01/06	Homicidio Agravado-Porte Ilegal de armas
Carmona Orozco Wilmer José	Auc	Denegada-Res 282-02/11/06	Concierto xra delinquir
Carvajalino Contreras Ruben Dario	Auc	Denegada-Res 175-03/08/06	Hurto Calificado y agravado
Chacón Javier B	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Cansimanse Otero Guillermo Esau	Farc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Castillo Hernández Fredy G	Farc	Conceder-Res 229-21/09/06	Rebelión
Contreras Estevez Fredy	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Díaz Tamara Humberto	Farc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Coneo Wilmer Manuel	Auc	Denegada-Res 307-16/11/05	Concierto para Delinquir
Escobar Londoño Jhon Jairo	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Fernández Galván Oscar Edgardo	Auc	Denegada-Res 164-14Jul/06	Porte Ilegal de Armas
Flórez Candamil Walter	Farc	Concedida-Res	
García Arguelles Luis Omar	Eln	Denegada-Res 283-02/11/06	Extorsión
Gómez Hernández Romilio	Farc- 32 indultados	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial

001801

Gómez Castro José Alberto	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Gómez Martínez Pablo Javier	Auc	Denegada-Res 347-29/12/05	Concierto para Delinquir-Porte Ilegal de armas
González Díaz José Alfredo	Auc	Concedida-Res.00159-12/07/06	Porte Ilegal de armas
Gutiérrez Lombana Janeth	Farc	Concedida-Res	
Hincapie Wilson	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Lara Miranda Henry	Farc	Concedida-Res 181-8/08/06	Rebelión
Larrahondo Fredy	Auc	Denegada-Res 184-10/08/06	Hurto calificado y agravado
Madrigal Quintero Fair	Auc	Denegada-Res 033-10/02/06	Concierto xra delinquir
Martínez Orozco Efraín	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Martínez Sarmiento Edil Alberto	Auc	Denegada-Res 069-29/03/06	Homicidio
Mazo Serna Angela P.	Farc	Denegada-Res 313-18/11/06	Rebelión
Ojeda Omar de Jesús	Auc	Denegada-concedida Res 284-02/11/06	Concierto xra delinquir-Porte Ilegal de armas
Ortiz Gualdrón José Ramón	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Ospina Oscar Dario	Auc	Denegada-Res 281-10/10/05	Hurto Cal y Agravado-Secuestro simple
Oviedo Campos Isaac	Auc	Denegada-Res 124-26/05/06	Hurto calificado y A-Porte Ilegal de armas
Oviedo Urrea Rodrigo	Auc	Denegada-Res 316-18Nov/05	Concierto para Delinquir
Padilla Murillo José Raúl	Auc	Denegada-Res 237-26/09/06	Porte Ilegal de armas
Pérez José Ignacio	Farc- 32 indultados	Concedida-Res 183-8/08/06	Rebelión y Falsedad material en documento público
Pineda Rojas José Fernando	Auc	Denegada-Res 281-02/11/06	Concierto para delinquir inciso 2°
Polanía Molano Rafael	Farc	Denegada-Res 299-27/10/05	Homicidio, Conc, Secuestro, daño en bien ajeno
Ramírez Cabrera Carlos A.	Farc	Denegada-Res 095-26/04/06	Empleo de objetos peligrosos-Rebelión
Ramírez Medina Manuel F	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Rengifo Castañeda Freddy Enrique	Farc	Denegada-Res 009-17/01/06	Secuestro extorsivo agravado
Ramos Velásquez Jhonis	Eln	Denegada-Res 071-29/03/06	Hurto Cal y Agravado
Restrepo B. Edilson Alexis	Auc	Denegada-Res 233-26/09/06	Homicidio simple y Hurto Calificado y agravado
Rusique Useche Prisciliano	Farc	Denegada-Res 298-7/10/05	Rebelión-Homicidio con fines terroristas
Salas Quintero Javier de J	Auc	Denegada-Res 070-29/03/06	Fuga de presos
Sarmiento Calderón Yeison	Auc-Privado de la libertad	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Saldarriaga Salazar Alexander	Auc	Denegada-Res 013-17/01/06	Hurto Cal- Porte Ilegal de armas
Torres Chacón Juan Alberto	Farc	Concedida-Res 230-21/09/06	Rebelión
Tuberquia Tuberquia Elkin Dario	Farc	Concedida-Res 182-8/08/06	Rebelión
Vargas G Aldemaro	Farc	Denegada-Res 293-24/10/05	Tentativa de Homicidio
Vergara Solano Mario Alfonso	Auc	Pendiente resolución	Por confirmar en providencia judicial
Pablo César Díaz Castaño	Auc	Pendiente resolución	Hurto Cal , Secuestro simple y Fabr y porte de armas de fuego y munic
José David Velandía Ramírez	Auc	Pendiente resolución	Conc Para delinquir y hurto de combustible -Sedición.
Iván Roberto Báez	Auc	Pendiente resolución	Conc Para delinquir y Homicidio

001802

Ahora bien: las conductas constitutivas de atentados graves a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario realizadas por las personas beneficiarias del Decreto 128 de 2003, deben seguir siendo investigadas normalmente, pues éstas escapan al objeto del citado decreto. No obstante, ellas pueden acceder a los beneficios de la ley 975 de 2005 y someterse a los estrictos requisitos que ya hemos expuesto para la concesión del beneficio de la alternatividad penal. De todas formas, debe quedar claro que las dos normatividades aplican a casos y requisitos diversos aunque las dos persigan la obtención de la paz y la reconciliación nacional. Mientras que el Decreto 128 de 2003 sólo otorga beneficios jurídicos frente a delitos políticos y la pertenencia al grupo armado al margen de la ley, la ley de justicia y paz aplica a toda clase de delitos, por lo que es mucho más estricta y exigente frente a las garantías de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; de formas más clara, en ella se garantizan plenamente estos derechos como lo hemos demostrado en este escrito.

A continuación, presentamos un cuadro acerca de las personas indultadas y que luego pretenden acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005.

APELLIDOS Y NOMBRES	D. DE IDENT.	ALIAS	BLOQUE	OBSERVACIONES
Alvarez Aguirre Gerardo	7 255 223			Figura como integrante de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio. A la fecha fue postulado por el Gobierno Nacional ante la Fiscalía General de la Nación, con el fin de acceder a los beneficios jurídicos de la Ley 975 de 2005
Contrera Contrera Gilberto	12 684 905		Chimila	Está en la actualidad activo en el programa de la Alta Consejería de Reintegración social y económica de la Presidencia de la República
Duque Gaviria Iván Roberto	10 241 940	Ernesto Báez		Figura como integrante del Bloque Nordeste Antioqueño de las "AUC" A la fecha fue postulado por el Gobierno Nacional ante la Fiscalía General de la Nación, con el fin de acceder a los beneficios jurídicos de la Ley 975 de 2005
Isaza Arango Ramon Maria	5 812 993		Bloque Héroes de Granada	Figura como integrante y Miembro Representante de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio A la fecha fue postulado por el Gobierno Nacional ante la Fiscalía General de la Nación, con el fin de acceder a los beneficios jurídicos de la Ley 975 de 2005
Martinez Bernal Jose Anselmo	13 890 443	La Peste	AUC de	Está en la actualidad activo en el progra-

Mosquera Gomez Jorge Hugo	10 346 281		Puerto Boyaca	ma de la Alta Consejería de Reintegración social y económica de la Presidencia de la República.
Mosquera M Jorge Eliecer	1 133 164 019		Bloque Vencedores de Arauca	Se encuentra relacionado en el Listado de Privados de la Libertad que expidió el Alto Comisionado para la Paz como integrante del Bloque V de Arauca
Rios Avendaño Ricardo A	13 866 115		Bloque Central Bolívar de las "AUC"	Figura como integrante de los Frentes Héroes del Caguan Héroes de los Andaquíes y Héroes de Florencia del Bloque Central Bolívar de las "AUC" A la fecha fue postulado por el Gobierno Nacional ante la Fiscalía General de la Nación, con el fin de acceder a los beneficios jurídicos de la Ley 975 de 2005
Rivera Correa Faber Alejandro	7 225 374		Bloques Cacique Nutibara y Bloque Ortega	Se encuentra relacionado en el Listado de Privados de la Libertad que expidió el Alto Comisionado para la Paz como integrante del Bloque Central Bolívar de las "AUC"
Zuñiga Larrial Victor Jose	8 853 710		Montes de Maria	Está en la actualidad activo en el programa de la Alta Consejería de Reintegración social y económica de la Presidencia de la República

De lo dicho en este acápite se concluye lo siguiente: la política de desmovilización de miembros de grupos armados al margen de ley, implementada por el Estado colombiano, ha sido respetuosa de los derechos de las víctimas. Las conductas constitutivas de atentados a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, no pueden ser, ni han sido consideradas, a partir del Decreto 128 de 2003. Estos delitos atroces deben ser investigados corrientemente y las penas previstas para estas conductas deben ser efectivamente impuestas. Cabe la posibilidad de que se acuda al beneficio de la alternatividad; no obstante, en este caso tendrán que cumplirse a cabalidad los presupuestos de aplicación de la ley de justicia y paz.

XI. SOBRE EL CUESTIONARIO REMITIDO
POR LA H. CORTE INTERAMERICANA

a. La Corte solicita “información sobre la vigencia y alcance de la normativa sobre desmovilización y concesión de beneficios”.

El Estado colombiano se esforzó en este escrito de audiencia, por explicar la normatividad aplicable a los casos de desmovilización de grupos armados al margen de la ley, haciendo énfasis en la ley 975 de 2005. Esta ley quiere orientar un proceso de transición, en la búsqueda de un fin legítimo: lograr la paz y la reconciliación nacional. Para esto se consagraron una serie de beneficios que explicamos en concreto en la *cuarta parte* de este escrito y se sometió su concesión al cumplimiento de unas obligaciones concretas, todas ellas garantistas de los derechos de las víctimas.

b. La Corte solicita “información sobre las posibilidades jurídicas y fácticas de revertir dicha aplicación. Según lo afirmado por el Ilustrado Estado, existen diversas posibilidades como el recurso de revisión. Se solicitó información sobre las dificultades o facilidades para interponer el recurso de revisión y para que este sea efectivo en orden a revertir la concesión de beneficios que no correspondan”.

Sobre este punto concreto se han elaborado en este escrito unas consideraciones en el *numeral IX de la cuarta parte*. La posibilidad de revisar las sentencias condenatorias, cuando las penas impuestas sean mínimas y no ajustadas a la gravedad de los hechos, ha sido reconocida por la jurisprudencia Constitucional colombiana. Es el resultado de una evolución jurisprudencial, en la que se ha afirmado la posibilidad de ponderar el derecho a la cosa juzgada, siempre y cuando se busque la garantía de otros derechos que resulten más importantes (esta jurisprudencia fue acogida por la Ley 906 de 2004).

En el caso de que el Estado se percate del incumplimiento de las obligaciones por parte del desmovilizado después de cumplido el periodo de prueba, esto es, cuando ya no hay lugar a la revocatoria del beneficio de la alternatividad, se estaría ante una sentencia condenatoria con pena mínima no proporcional. La acción de revisión es procedente para valorar las nuevas circunstancias, que modificarían incluso la sentencia efectivamente impuesta antes de la concesión del beneficio. Esta acción de revisión se sujetaría a los requisitos ordinarios que el Código de procedimiento penal consagra.

c. Esta H. Corte, solicita “información sobre las garantías con que cuentan las víctimas en los casos en los que ha sido aplicado el Decreto 128 de 2003, la Ley 782 de 2002 y el Decreto 3391 de 2006 o otra normatividad sobre desmovilización que sea distinta de la Ley de Justicia y Paz. Información sobre cuáles derechos de las víctimas que operan en

relación con la ley de justicia y paz no operan en relación con la demás normativa relacionada con la desmovilización de los paramilitares”.

Todas las normas atinentes a la desmovilización de miembros de grupos armados al margen de la ley, son respetuosas de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Como expusimos en el *numeral XI de la cuarta parte* de este escrito, las personas que sean beneficiadas por el Decreto 128 de 2003, seguirán siendo investigadas respecto de aquellas conductas constitutivas de lesiones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario. Estas conductas no pueden ser comprendidas por los beneficios de dicho decreto. Estas personas podrán acceder, por estas conductas, a los beneficios de la ley de justicia y paz. Normatividad en la cual los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, están plenamente garantizados.

En el caso de que estas conductas sigan siendo investigadas en un proceso penal ordinario, las víctimas tendrán toda la posibilidad de hacer valer sus derechos, no solo patrimoniales, sino también de verdad y justicia. La corte Constitucional de Colombia, acogiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, estableció que las víctimas en el proceso penal, no sólo actuaban en busca de reparaciones patrimoniales, sino que también tenían derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral (C-228 del 3 de abril de 2002 M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA). La Corte Constitucional, modificó la jurisprudencia tradicional, al precisar que los derechos de las víctimas o perjudicados por un delito han sufrido una sustancial transformación en el ámbito internacional y también en el espíritu de la Constitución Política colombiana de 1991. En consecuencia, no se agotan en el resarcimiento pecuniario

Es decir: en un proceso penal, las víctimas y perjudicados por una conducta delictiva, están legitimados para buscar tres objetivos:

En primer lugar, la indemnización pecuniaria, con miras a reparar los perjuicios causados. Como segundo tópico, se requiere que el proceso penal sea efectivo en el descubrimiento de la verdad acerca de la ocurrencia de los hechos. Y el tercer aspecto, consiste en lograr que a través de ese conjunto de procedimientos y actuaciones, se haga justicia.

Señala la Corte Constitucional al respecto:

[...] los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica reconocidos a las víctimas o perjudicados por un hecho punible, pueden tener como fundamento constitucional otros derechos, en especial el derecho al buen nombre y a la honra de las personas [...] puesto que el proceso penal puede ser la única ocasión para que las víctimas y los perjudicados puedan controvertir versiones sobre los hechos que pueden ser manifiesta-

mente lesivas de estos derechos constitucionales, como cuando durante el proceso penal se hacen afirmaciones que puedan afectar la honra o el buen nombre de la víctima o los perjudicados.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se observa que el fundamento del ejercicio de la acción civil dentro de todo proceso penal consiste, precisamente, en que su finalidad va más allá de la mera pretensión patrimonial

Las víctimas pueden, en consecuencia, participar con total autonomía en el proceso penal para ejercer allí sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, con independencia del interés solo pecuniario de su participación. Entonces, tanto en los procesos de desmovilización amparados en normatividad especial como en los procesos ordinarios de responsabilidad penal, se cuenta con todos los mecanismos para la efectiva protección de los derechos de las víctimas.

d. La H. Corte solicita “información sobre si existen casos donde el principio de favorabilidad se haya aplicado o dejado de aplicar respecto de la posible prevalencia de otros decretos y normas sobre la versión de la ley 975 posterior a la sentencia de la Corte Constitucional”.

En el *numeral X de la cuarta parte* de este escrito, se hizo referencia a esta problemática al estudiar la supuesta inocuidad del fallo de de la Corte Constitucional sobre la ley de justicia y paz. Allí se dijo que, en virtud del carácter de principio del derecho a la favorabilidad penal, éste puede ser limitado y ponderado, cuando con ello se quieran salvaguardar derechos de las víctimas de graves atentados a los derechos humanos. Pero también se dijo que este planteamiento no implica que el derecho a la favorabilidad penal se anule por completo. Para conciliar esta situación, se debe limitar ese derecho aplicando retroactivamente el fallo en la mayoría de los eventos que protegen los derechos de las víctimas. Sin embargo, para no anular el principio de favorabilidad, debe interpretarse que hay aspectos de la sentencia que no se pueden aplicar retroactivamente. El ejemplo que se tiene en el Decreto 3391 de 2006 es claro: en el párrafo del artículo 11 se consagra la posibilidad de computar el tiempo de reclusión de los desmovilizados en Ralito a la pena alternativa impuesta. Como se observa, la regulación es un claro ejemplo de la ponderación que hizo el Gobierno de Colombia. A pesar de que la Corte estimó que este tiempo no debía computarse, el decreto dispuso la aplicación de la favorabilidad en este caso. Una interpretación distinta, implicaría una afectación desproporcionada del principio de favorabilidad. Derecho garantizado en la Convención.

e. La H. Corte solicita “información sobre si la normativa sobre desmovilización y concesión de beneficios implica restricciones al derecho a la verdad en relación con el derecho de participación de las víctimas en la investigación penal”.

No existe ninguna restricción. Para responder a este interrogante en detalle remitimos a los *numerales IV y V de la cuarta parte* de este escrito, donde se analizaron los derechos a la verdad y la reparación integral y se expusieron todos los mecanismos con que cuenta la ley de justicia y paz para garantizarlos, confesión plena y veraz, el incidente de reparación, etc.

f. La H. corte solicita “información sobre si la normativa de desmovilización dispone normas para la protección de funcionarios de la administración de justicia, de víctimas y sus familiares, en particular bajo los casos investigados bajo la Ley 975”.

Sobre la protección de funcionarios de la administración de justicia, la normativa sobre desmovilización no dispone nada específico y directo. No obstante, se debe tener en cuenta que en el nuevo Plan Nacional de Desarrollo (actualmente en trámite ante el Congreso) se encuentra un acápite especial de normas presupuestales, que refuerzan la protección de los funcionarios judiciales y de la administración de justicia. En relación con la protección de víctimas y familiares y su plena garantía, remitimos a lo expuesto en el *numeral V literal E*.

j) La H. Corte solicita “información sobre cómo funciona la reparación a las víctimas en el marco normativo del proceso de desmovilización, y se responda en particular a las siguientes preguntas: ¿las víctimas deben imponer demandas judiciales o deben hacer una solicitud directamente al Estado? ¿Con cuál patrimonio se repara a las víctimas? y ¿en qué medida esa reparación es efectuada por el Estado?; y ¿es subsidiaria la intervención del Estado en la reparación?”

Las respuestas a estos interrogantes están contenidas en el *numeral V literales B, C y D* del aparte cuarto. Resumiendo: podemos decir que las víctimas pueden acceder al proceso surtido contra el desmovilizado en el incidente de reparación. Durante esta actuación, podrán exponer ampliamente sus pretensiones indemnizatorias. La reparación se dará con los recursos del Fondo de Reparación de Víctimas, cuyo patrimonio está conformado por los bienes lícitos e ilícitos que el desmovilizado o grupo entreguen y, si estos no fueren suficiente, los destinados por Estado para tal fin. También podrá contarse con otros recursos como donaciones, etc. Además, en busca de verdad y justicia, las víctimas pueden intervenir activamente durante todo el trámite del proceso de la ley de justicia y paz.

XII. CUADROS ESTADÍSTICOS QUE DEMUESTRAN
LA EFECTIVIDAD DE LA LEY 975 DE 2005 EN LA
CONSOLIDACIÓN DE LA PAZ EN COLOMBIA

Resumen estadístico de la aplicación de Ley de Justicia y Paz, según las pruebas testimoniales aportadas en el caso Masacre de La Rochela.

A. ESTADÍSTICAS DE LA NEGOCIACIÓN
CON LOS LLAMADOS GRUPOS PARAMILITARES.

Estadísticas de desmovilizaciones de grupos armados al margen de la ley⁷⁷:

Total desmovilizados (individuales + colectivos)	42.707
Desmovilizados colectivos Auc (38 eventos)	31.671
Desmovilizados individuales (Farc, Eln, otros)	Más de 11 mil
Desmovilizados postulados a los procesos judiciales de "Justicia y Paz"	2.716
Total armas entregadas Auc	18.051
Relación hombre-arma	0,5 (1x2 combatientes)
Presupuesto asignado a la desmovilización de adultos y menores 2003-2006	\$464 mil millones (185 millones de dólares) Entre 1990-2002: \$200 mil millones

Relación combatientes desmovilizados-armas entregadas en Colombia⁷⁸:

RELACIÓN COMBATIENTES DESMOVILIZADOS-ARMAS ENTREGADAS EN COLOMBIA

Grupo	Hombres	Armas	Relación hombre/arma
Proceso de paz con las Auc			
Todos los bloques y frentes (38)	31.689	18.051	0,5
Procesos de paz de los años 90			
M-19	900	280	0,31
Ejército Popular de Liberación EPL	2.520	600	0,24
Movimiento Armado "Quintín Lame"	157	50	0,32
Corriente de Renovación Socialista	747	500	0,67
Frente Francisco Garnica	300	15	0,05

77 Peritazgo rendido por EDUARDO PIZARRO LEÓN GÓMEZ, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Audiencia Pública del caso La Rochela.

78 Peritazgo rendido por EDUARDO PIZARRO LEÓN GÓMEZ, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Audiencia Pública del caso La Rochela.

Estadística de desmovilizaciones de grupos paramilitares:

<p>COMISIONADO DE PAZ⁷⁹ 38 actos de desmovilización colectiva a 17 de agosto de 2006 31.671 hombres y mujeres desmovilizados colectivamente a 17 de agosto de 2006. 18.051 armas entregadas, de las cuales 14.003 son largas, 2.782 cortas y 1.266 de acompañamiento, a las que se unen 13.117 granadas y 2'716 401 unidades de munición de diferente calibre. 159 automotores, 03 aeronaves, 01 cabeza de fuerza para motor 200, 08 canoas de madera, 59 inmuebles, 04 lanchas de fibra de vidrio, 04 maquinas de coser, 01 motor 115, 01 motor 200, 02 motores 40, 15 motores fuera de borda y 45 semovientes</p>	<p>FISCALÍA⁸⁰ 31.693 personas 2.695 personas desmovilizadas postuladas ante la Fiscalía por el Ministerio del Interior y de Justicia.</p>
--	--

Menores miembros de asuntos de autodefensa entregado a raíz de los diálogos con las autodefensas: 69 entre el 03 de junio y el 27 de junio de 2003⁸¹.

B. ESTADÍSTICAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

Internos en centros carcelarios dentro del proceso de Justicia y Paz (fuente Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC)

Lugar de reclusión	Número de internos
Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bogotá	8
ER JP Tierra Alta (URRA)	40
Establecimiento Carcelario de Barranquilla	1
Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Itagüi	55
TOTAL (18 de enero de 2006)	104

Búsqueda, hallazgos e identificación de víctimas de desaparecimiento

Búsqueda y hallazgo de desaparecidos, realizados por la Fiscalía General de la Nación - Unidad de Justicia y Paz⁸².

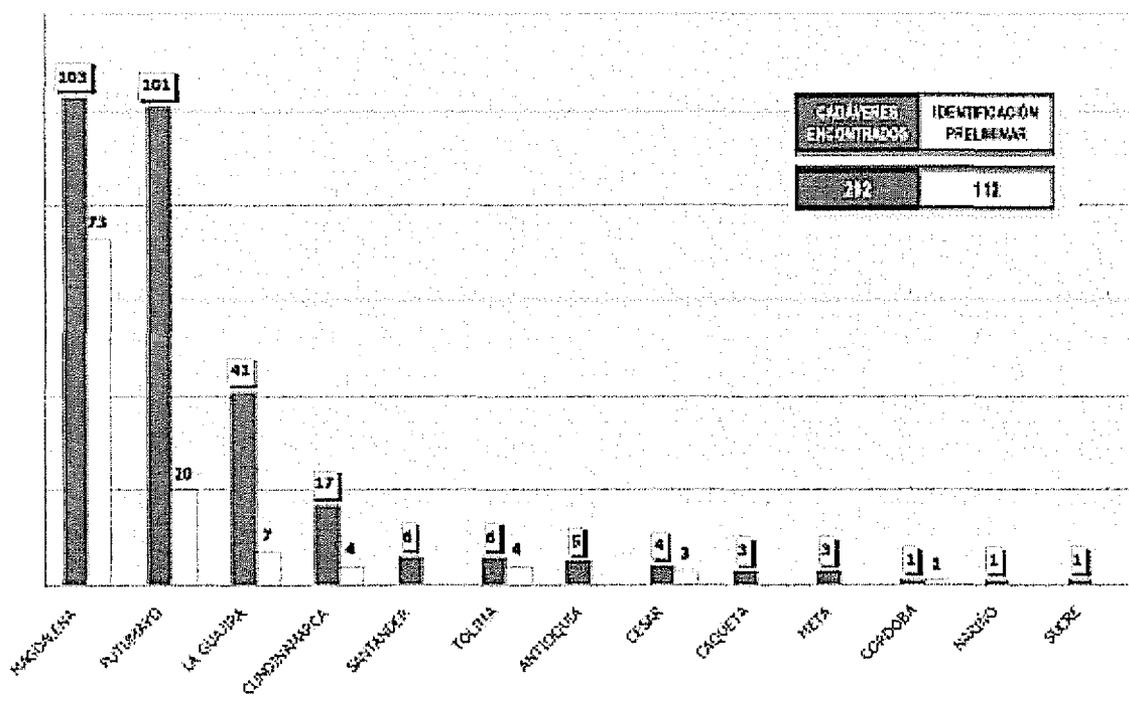
79 Declaración jurada de LUÍS CARLOS RESTREPO. p. 4.

80 Declaración jurada de GUILLERMO MENDOZA DIAGO. p. 3.

81 Declaración jurada de LUÍS CARLOS RESTREPO. p. 2.

82 Declaración jurada de GUILLERMO MENDOZA DIAGO. Anexo 2.

LUGAR	HALLAZGOS DE CUERPOS	IDENTIFICADOS PRELIMINARMENTE
Putumayo	101	20
Magdalena	79	46
Guajira	39	6
Cundinamarca	17	4
Santander	6	0
Tolima	6	4
Antioquia	4	0
Cesar	4	3
Meta	2	0
Córdoba	1	1
Nariño	1	0
Sucre	1	0
TOTAL	274	88



Exhumaciones proyectadas para realizar según la información recogida dentro de la aplicación de la LEY DE JUSTICIA Y PAZ, por parte de la Fiscalía General de la Nación - de la Unidad de Justicia y Paz⁸³:

83 Declaración jurada de GUILLERMO MENDOZA DIAGO. Anexo 2. Los apartes entre comillas y las imágenes son reproducciones exactas de las incorporadas en la mencionada declaración.

LUGAR	NUMERO
Atlántico	589
Antioquia	440
Norte de Santander	436
Putumayo	396
Caquetá	250
Córdoba	221
Bolívar	120
Casanare	92
Guajira	87
Santander	76
Arauca	53
Valle	46
Cundinamarca	37
Cesar	27
Cauca	19
Nariño	10
Choco	8
Meta	3
Vichada	3
TOTAL	2916

“Como herramienta de apoyo a la comunidad y con el fin de que los familiares de las víctimas cuenten con información que les permita ubicar a su desaparecido, se ha diseñado una base de datos en donde se registra la siguiente información, la cual estará a disposición de la comunidad en la página web de la Fiscalía General de la Nación⁸⁴:

1. Información ante mortem: fracturas, carta dental, edad, sexo, etc.
2. Ubicación de la fosa.
3. Relato del Hecho.
4. Fotografía y descripción de las prendas y objetos personales.
5. Información post mortem”.

84 Declaración jurada de GUILLERMO MENDOZA DIAGO. Anexo 2.

UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍAS PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ
PROGRAMA PARA LA BÚSQUEDA, HALLAZGO E IDENTIFICACIÓN DE DESAPARECIDOS

CERRAR ESTA VISTA **SIGUIENTES**

IR A FOTOS Y DESARROLLADOS IR A PREGUNTAS IR A PREGUNTAS Y OBJETOS

TIPO: FECHA: DPTO: TULUMAYO CIUDAD: CORREGIMIENTO: **VER**

ACCIONES: CODIGO: FOSA: 3 CUORPO: 9 ACTA: **VER**

ORGANISMO: FISCALÍA: FISCALÍA ESTELA CHAVEZ NIÑO

PARROQUIA: DPTO: TULUMAYO CIUDAD: LA CHANALAHUA CORREGIMIENTO: REBOJARDO

DIRECCIÓN: FINCA EL CEISO

COORDENADAS: CADAVÉRES: 1 IDENTIFICACION/PREFINIMAR SI

MEDIO/MENTE: SIGNOS DE VIOLENCIA SI

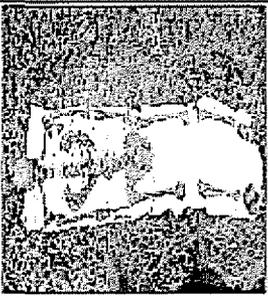
TIPO DE SIGNOS: FOTOGRAFIA

OBSERVACIONES: FOTOS FOTOGRAFIAS

JUDICIALIZACION

JUDICIALIZACION: [] RADICADO: [] INDICIO: [] ITINERARIO: []

AUTORIDAD: RADICADO POSTERIOR: LOCALIZACIÓN: **VER**



UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍAS PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ
PROGRAMA PARA LA BÚSQUEDA, HALLAZGO E IDENTIFICACIÓN DE DESAPARECIDOS

CERRAR ESTA VISTA **SIGUIENTES**

IR A FOTOS Y DESAPARECIDOS IR A PREGUNTAS IR A EXHIBICIONES

TIPO: CADAVÉRES FECHA: DPTO: TULUMAYO CIUDAD: LA CHANALAHUA CORREGIMIENTO: REBOJARDO

ORGANISMO: FISCALÍA: FISCALÍA ESTELA CHAVEZ NIÑO

PARROQUIA: DPTO: TULUMAYO CIUDAD: LA CHANALAHUA CORREGIMIENTO: REBOJARDO

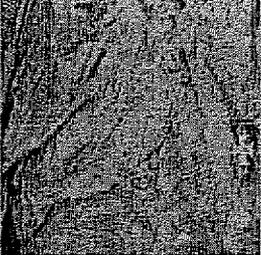
DIRECCIÓN: FINCA EL CEISO

IDENTIFICACION/PREFINIMAR SI: MEDIO/MENTE: SIGNOS DE VIOLENCIA SI: **VER**

PRENDAS: **VER** MATERIAL: JERSEY

COLOR: ANARILLO MARCA: TALLA: **VER**

DESCRIPCIÓN: CAMISETA DE COLOR ANARILLO, VERDE Y AZUL CON DISEÑO DE ESTRELLAS EN EL PECHO. CON BOTONES DE PLASTICO EN LA PARTE SUPERIOR DEL PECHO. EN LA PARTE INFERIOR DEL PECHO HAY UN DISEÑO DE UN AVION. EN LA PARTE INFERIOR DEL PECHO HAY UN DISEÑO DE UN AVION.



Participación de las víctimas en el marco de las investigaciones de la LEY DE JUSTICIA Y PAZ, por parte de la Fiscalía General de la Nación - de la Unidad de Justicia y Paz⁸⁵

“Con el fin de garantizar el acceso a la administración de justicia y la participación de las víctimas en el procedimiento de la Ley 975 de 2005, la Unidad Nacional de Fiscalías

para la Justicia y la Paz ha buscado mecanismos integrales que suministren información completa que permita a la víctima ubicarse en un contexto real y determinado, así como relacionar información sobre el hecho que la victimizó y el grupo organizado al margen de la ley responsable de éste, es por ello que hemos establecido las siguientes estrategias de trabajo:

1. Publicación de edictos emplazatorios a víctimas indeterminadas de Grupos organizados al margen de la ley en diarios de amplia circulación nacional y regional, así como la radiodifusión de estos en las localidades del área de influencia de la persona postulada.
2. Registro y publicación de información de interés para las víctimas y el público en general en la página web de la Fiscalía General de la Nación. La información de las personas que han ratificado su voluntad de acogimiento al procedimiento y beneficios de la ley incluye la fotografía, los datos personales y el bloque en el que se desmovilizó.
3. Establecimiento de las áreas de influencia de los grupos organizados al margen de la ley y desplazamiento a los epicentros de estas áreas para la atención a las víctimas.
4. Diseño del formato de registro de hechos atribuibles a grupos organizados al margen de la ley.
5. Definición del procedimiento interno para la atención a víctimas.
6. Implementación de la línea gratuita 018000.
7. Conformación de álbum fotográfico con datos personales y alias de cada desmovilizado, con el fin de que las víctimas o testigos puedan ubicarlos y relacionarlos con los hechos en los cuales presuntamente participó”.
8. Acuerdos Interinstitucionales para la atención a víctimas (Defensoría del Pueblo, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Acción Social, Procuraduría General de la Nación).

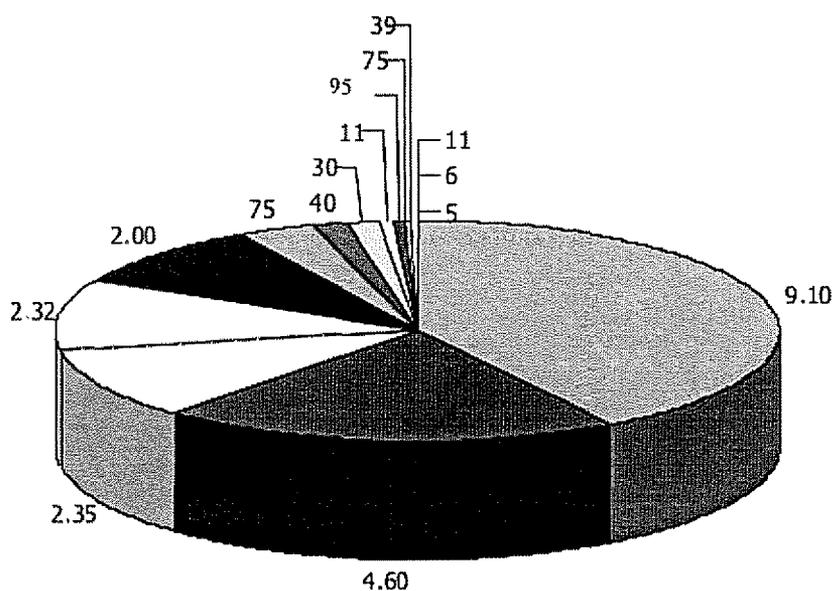
85 Declaración jurada de GUILLERMO MENDOZA DIAGO. Anexo 2. Los apartes entre comillas y las imágenes son reproducciones exactas de las incorporadas en la mencionada declaración.

9. Atención y orientación a víctimas en las sedes de la Unidad y los Grupos Satélite de Policía Judicial.

10. Construcción y consolidación de la base de datos.

Número de víctimas atendidas en las diferentes seccionales dentro de investigaciones de la Unidad de Ley de Justicia y Paz⁸⁶: 14.529.

VÍCTIMAS REGISTRADAS POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
– UNIDAD DE JUSTICIA Y PAZ



- Medellín
- Bogotá
- Barranquilla
- Montería
- Valledupar
- Sincelejo
- Santa Marta
- Riohacha
- Cúcuta
- Popayán
- Bucaramanga
- Cartagena
- Cali
- Pereira
- Villavicencio

TOTAL VÍCTIMAS REGISTRADAS	22.212
-----------------------------------	---------------

86 Declaración jurada de GUILLERMO MENDOZA DIAGO. Anexo 2.

001815

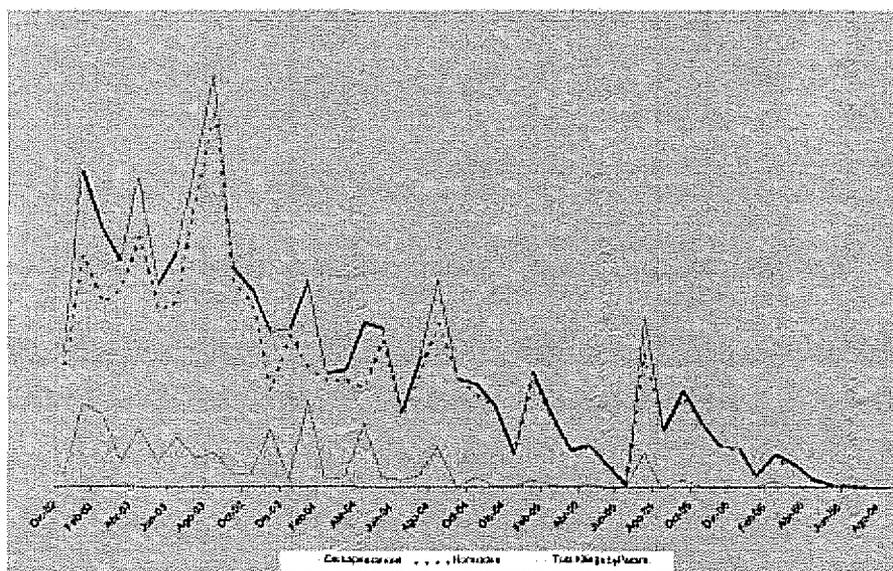
C. ESTADÍSTICAS DE LA DISMINUCIÓN DE LA CRIMINALIDAD COMO EFECTO DE LA ESTRATEGIA DEL ESTADO PARA ENFRENTAR EL FENÓMENO PARAMILITAR, EN ESPECIAL EN EL MARCO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

Año	Homicidios
1990	24.303
1991	28.804
1992	28.224
1993	28.173
1994	26.828
1995	25.398
1996	26.624
1997	25.379
1998	23.096
1999	24.358
2000	26.540
2001	27.841
2002	28.837
2003	23.523
2004	20.210
2005	18.111
2006	15.623

Año	Tasa de homicidio
1990	63,9
1991	74,4
1992	74,2
1993	75,4
1994	71,8
1995	66,5
1996	68,5
1997	64,1
1998	57,3
1999	59,2
2000	63,4
2001	65,3
2002	66,2
2003	52,9
2004	44,7
2005	39,4

Año	Homicidios paramilitares
2003	1.686
2004	1.686
2005	805
2006	413
	49

Relación homicidios absolutos con homicidios de los paramilitares (1990-2005)⁸⁷:



87 Peritazgo rendido por EDUARDO PIZARRO LEÓN GÓMEZ, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Audiencia Pública del caso La Rochela.

Reducción de homicidios y desapariciones luego de la desmovilización de las Auc (1990-2006)⁸⁸:

Disminución de homicidios contra poblaciones específicas⁸⁹:

POBLACIÓN	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Sindicalistas	°	°	ND	86	123	99	47	42	14	23
Desplazamiento forzado	15.260	35.708	31.594	331.621	375.458	424.556	221.208	162.625	143.630	109.327
Indígenas	°	°	75	142	181	196	163	85	48	44
Maestros sindicalizados	°	°	27	69	82	97	54	47	23	29
Maestros sin sindicalizar		°	ND	ND	ND	ND	ND	20	17	19
Periodistas	°	°			9	11	7	3	2	3
Víctimas de masacres	571	677	929	1.403	1.044	680	504	263	239	189
Casos de masacres	116	113	168	236	186	115	94	46	45	36

Lo anterior concuerda con lo afirmado por JORGE DANIEL CASTRO CASTRO en su declaración, según la cual, para los delitos históricamente atribuidos a los grupos paramilitares:

En relación con los homicidios comunes:

“Aunque el homicidio mostró una curva ascendente desde 1998 con 23.096 casos hasta 2002 en donde alcanza el punto más alto con 28.837 sucesos, la estadística evidencia un nuevo descenso a partir de 2003. Este decremento coincide con la aplicación de la Política de Seguridad y Defensa Democrática en donde se hace un mayor énfasis a la lucha contra este fenómeno delictivo. La reducción fue de 23.523 en 2003 a 20.210 homicidios en 2004, lo que implica un decremento del 14% y una tasa de 45 homicidios por cada 100 mil habitantes. La reducción para el año 2005 fue mucho más significativa si se compara con el total de homicidios en el año 2002, cuando hubo 28.837 hechos, es decir, la diferencia es de 10.726 casos menos lo que equivale a una reducción del 37%. En 2006 se registraron 16.924 homicidios”⁹⁰.

En relación con los homicidios colectivos:

88 Peritazgo rendido por EDUARDO PIZARRO LEÓN GÓMEZ, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Audiencia Pública del caso La Rochela.

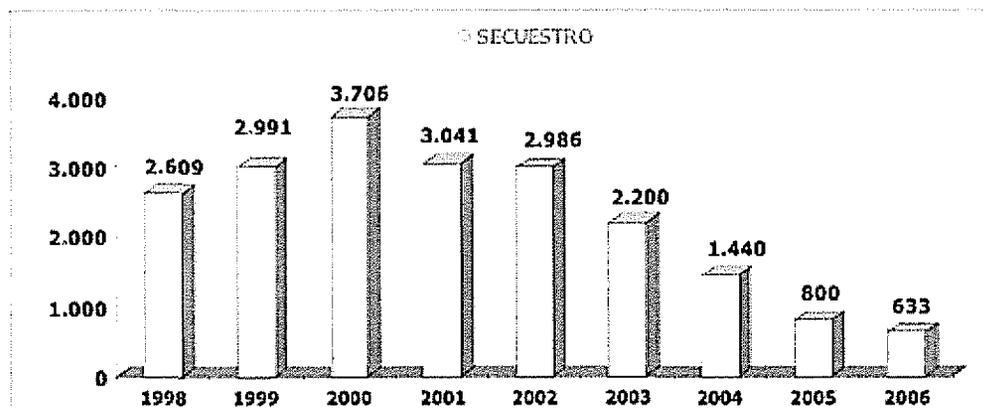
89 Peritazgo rendido por EDUARDO PIZARRO LEÓN GÓMEZ, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Audiencia Pública del caso La Rochela.

90 Declaración jurada de JORGE DANIEL CASTRO CASTRO, p. 20.

“De igual manera, los homicidios colectivos reportan un incremento inicial en el periodo 1998-2000 y a partir de este punto, se observa una tendencia descendente. De 1.403 hechos reportados en 2000 se llega a 189 hechos en 2006. Esto implica una reducción del 87% en los últimos seis años”⁹¹.

Respecto del secuestro:

“Se reporta un incremento a partir de 1998 donde se conocieron 2.609 casos hasta 2000 con 3.706 hechos, el punto máximo en los últimos años. A partir de este momento la tendencia de este delito ha sido descendente, siendo el nivel más bajo el correspondiente al año 2005 con 800 casos de secuestro en el país. En términos generales, las cifras de secuestro total muestran una disminución, tanto en los promedios mensuales como en las tasas por 100.000 habitantes. Mientras que para el 2003, esta cifra se redujo a 2.200 hechos durante el 2004 alcanzó 1.440 casos. De esta manera, la tasa por 100.000 habitantes tuvo una reducción de 7 casos en los años 2001 y 2002, a 6 casos en el 2003 y 3 en el 2004. Durante el 2005, se contabilizaron 800 hechos en todo el país. En 2006 se registraron 633 hechos en todo el país”.



En relación con el delito de extorsión:

“La extorsión es uno de los problemas de seguridad ciudadana que más impacto tiene sobre la población residente en Colombia. Se observa una tendencia ascendente en los últimos años, mucho más significativa desde 1998 hasta el 2002, en el que se produce el punto más alto con 2.512 hechos. A partir de este año se observa una reducción en la frecuencia del delito y una disminución del 10% en el 2003. Durante el 2004, se presentó un aumento del 3% con 77 casos en adición al año anterior. Posteriormente se observa un descenso de la conducta. Durante el 2005 se contabilizaron 1.739 casos con una variación

91 Declaración jurada de JORGE DANIEL CASTRO CASTRO, p. 20.

del 26% con respecto al año anterior. En 2006, se registraron 1.459 casos lo que implica un descenso del 16% con respecto al año anterior”⁹².

4. Cifras en relación con el combate de los grupos paramilitares que se encuentra por fuera de los diálogos y de la Ley de Justicia Y Paz.

Actividad Operativa de la Policía Nacional⁹³:

ACTIVIDAD OPERATIVA POLICIAL CONTRA LOS GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY

ACTIVIDAD OPERATIVA		1998	1999	2000	2001	2002	TOTAL
SUBVERSIVOS	CAPTURADOS	553	457	468	339	1.057	2.874
	DADOS DE BAJA	89	57	33	12	64	255
INTEGRANTES	CAPTURADOS	217	170	160	499	515	1.561
	AUTODEFENSAS DADOS DE BAJA	7	9	14	21	14	65
ACTIVIDAD OPERATIVA			2003	2004	2005	2006 *	TOTAL **
SUBVERSIVOS	CAPTURADOS		3.227	2.864	2.520	2.228	13.713
	DADOS DE BAJA		23	39	63	49	429
INTEGRANTES	CAPTURADOS	1.459	2.532	1.914	742	8.208	
	AUTODEFENSAS DADOS DE BAJA		19	29	26	7	146

*Estadística del año 2006 hasta el 25 de diciembre. ** De 1998 a 2006.

Por su parte, según la declaración de EDGAR CEBALLOS MENDOZA, la actividad del ejército en contra de las autodefensas reporta los siguientes resultados:

- “Durantes el año 2001, se registraron 91 neutralizaciones y 473 capturas de miembros de las Autodefensas Ilegales
- Entre los años 2002 y 2006, se reportaron 1551 neutralizaciones, 6359 capturas y 1077 entregas voluntarias de miembros de estos grupos legales.
- Igualmente se incautó armamento así: 3.303 armas de largo alcance; 3.581 armas de corto alcance; 435 armas de apoyo; 6.509 granadas; 1'649.965 en municiones varias; 2.898 equipos de comunicación; 2.095 equipos de transporte (aeronaves, vehículos, motos, lanchas, botes); material explosivo en una cantidad de 43.075 entre equipos

92 Declaración jurada de JORGE DANIEL CASTRO CASTRO, p. 25.

93 Declaración jurada de JORGE DANIEL CASTRO CASTRO, pp. 2 y 4.

minados, carro bomba, cilindros explosivos, cordón detonante, estopines, mecha lenta, entre otros, y decomiso de dinero colombiano y en dólares”⁹³.

Lo anterior con base en las distintas disposiciones legales, órdenes y directivas operacionales que se listan en el *affidavit* de CEBALLOS MENDOZA, según las cuales se dispone el combate frontal por parte de la Fuerza Pública a los grupos de autodefensa ilegal.

93 Declaración jurada de EDGAR CEBALLOS MENDOZA, p. 6

001820

CAPITULO QUINTO
REPARACIONES

I. CONSIDERACIONES GENERALES

RECAPITULACIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. Como ya se argumentó en la contestación a la demanda, la doctrina de la Corte Interamericana señala que es un principio de Derecho Internacional “que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”¹. Tal deber no puede ser eludido por un Estado responsable apelando a disposiciones de derecho interno, toda vez que el Derecho Internacional compele a los Estados a reparar los perjuicios causados. En la contestación de la demanda se buscó establecer ante la Corte Interamericana, que el Estado colombiano efectuó una reparación integral a las víctimas que acudieron a la jurisdicción contencioso-administrativo, según los cánones y patrones definidos por la misma Corte Interamericana.

2. En la contestación de la demanda se estableció que, en efecto, el Estado colombiano reparó integralmente a un buen número de víctimas del caso bajo estudio, no sólo a través de la cancelación de indemnizaciones de daños materiales e inmateriales, sino por medio de otras formas de reparación simbólicas como las representadas por las obligaciones de no repetición.

El Estado colombiano reitera que en los procesos adelantados en el derecho interno, más específicamente en la jurisdicción Contencioso administrativa, ya se suplieron las obligaciones de reparaciones debidas a las víctimas que acudieron a ella y a varios de sus familiares cercanos. También reiteramos que, los factores y criterios usados para liquidar

1 *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros). Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C n.º 77.

001821

las reparaciones en la época en que se emitieron las sentencias en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana en el caso “La Rochela” (1995–1996), son aquellos que tenía previstos en ese momento la Corte Interamericana. Por esta razón, al ajustarse el valor de las compensaciones pagadas a las víctimas con los criterios de la Corte Interamericana al momento de producirse las sentencias, lo conducente es declarar –como se planteó en la contestación– que la reparación económica fue atendida en su totalidad y, en caso contrario, el Estado colombiano sólo estaría en la obligación de cubrir los faltantes.

3. En la contestación de la demanda se argumentó que son varias las razones que permiten sostener que los criterios a tener en cuenta para liquidar las indemnizaciones deben ser los utilizados por la Corte Interamericana hacia los años 1995 y 1996, cuando se produjeron los pronunciamientos de la jurisdicción contencioso administrativa sobre el caso “La Rochela”, y no los criterios utilizados actualmente por la Corte.

En *primer lugar*, se sostuvo que la Corte es la intérprete autorizada de la Convención, por lo que sus decisiones constituyen una guía muy relevante para saber cuáles son las obligaciones internacionales de los Estados signatarios. En esta medida, la jurisprudencia de la Corte es un parámetro hermenéutico relevante para determinar cuáles eran las obligaciones de reparación del Estado colombiano para el periodo 1995 y 1996.

En *segundo lugar*, al cimentarse las relaciones internacionales en el principio de la buena fe, resultaría contraintuitivo que si un Estado como Colombia obra de acuerdo a las reglas jurisprudenciales vigentes del órgano internacional, que es el criterio hermenéutico relevante para definir tales obligaciones, luego sea sorprendido con cambios intempestivos e injustificados en la interpretación de las normas.

En *tercera instancia*, si no se otorga relevancia a la jurisprudencia vigente al momento de liquidar el Estado sus obligaciones económicas con las víctimas, se estaría atentando contra el principio de confianza legítima, el cual exige el respeto de las expectativas de comportamiento general con motivo de sus propios precedentes judiciales.

En *cuarto lugar*, el principio de seguridad jurídica se vería seriamente afectado al aplicarse retroactivamente la Convención. Como bien se sabe, la Corte², interpretando la Convención Interamericana y la Convención de Viena, consagró el principio de la irretroactividad³ de las normas internacionales.

2 *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C n.º 113, párr. 85.

A continuación se encontrarán desarrollados algunas de las razones por las cuales resultaría contradictorio exigir criterios de reparación distintos a los fijados por la Corte durante el periodo 1995-1996, en el cual se emitieron los pronunciamientos de la jurisdicción contencioso administrativa.

A. LAS DECISIONES JUDICIALES COMO FUENTE DE DERECHO INTERNACIONAL

En primera instancia, nuestra argumentación busca mostrar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos era un criterio hermenéutico “orientador” para el establecimiento de las obligaciones del Estado a nivel internacional. La tesis de Colombia, es que la jurisprudencia de la Corte constituye un parámetro autorizado para determinar, de acuerdo a la Convención, la reparación debida a las víctimas del caso concreto. Para ilustrar este punto, es preciso referirse a las decisiones judiciales de tribunales internacionales como fuente de derecho internacional. Por esta vía se mostrará que la jurisprudencia de la Corte es fuente legítima de obligaciones internacionales del Estado colombiano.

El teórico realista del derecho ROSCOE POUND define las fuentes del derecho del siguiente modo: “¿Qué se quiere decir con ‘fuentes del derecho’? La expresión es mayoritariamente utilizada para significar las formas literarias, oficiales o no, en las cuales se encuentran los materiales obligatorios del derecho. Existe una jerarquía de estos órganos, y una gradación reconocida de estas influencias modeladoras y una secuencia prescrita de las autoridades de estas formas literarias”⁴.

Cuando se habla de “fuentes” del derecho internacional se busca responder a la pregunta sobre las diferentes formas en que “nace” el derecho internacional⁵. La lista tradicio-

3 En una sección de la contestación de la demanda, se defendió la posición de que la sentencia de la Corte Constitucional sobre Justicia y Paz, sí se podía aplicar retroactivamente en la mayoría de sus aspectos. Sin embargo, esto no resulta contradictorio con el principio general de la irretroactividad de las normas, bajo el entendido de que es posible aplicar retroactivamente y de manera excepcional apartes de una norma cuando no hay pronunciamientos judiciales en firme—como en el caso de la Ley de Justicia y Paz—, pero en el caso concreto que nos ocupa, al existir decisiones judiciales en firme, tal aplicación retroactiva es inconducente.

4 ROSCOE POUND, “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, en 7 *Tulane Law Review* 477, 1933.

5 STEVEN R. RATNER—JASON S. ABRAMS, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford University Press, 2001, p. 17.

nal de fuentes del derecho internacional está incluida en el artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual identifica el derecho a ser aplicado por esa Corte. Las siguientes son las fuentes:

1. Tratados Internacionales;
2. Costumbre internacional, en tanto evidencia de una práctica generalizada aceptada como derecho;
3. Principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
4. Decisiones judiciales y las enseñanzas de los más connotados publicistas, como criterios auxiliares o subsidiarios para determinar las reglas del derecho internacional.

Respecto al concepto de las decisiones judiciales como fuente auxiliar o subsidiaria ha mediado un álgido debate. Como lo argumenta BROWNLIE, parece haberse llegado a un punto intermedio en la doctrina: las decisiones judiciales, pese a no ser en sentido estricto una fuente “formal” como los tratados, en ciertas instancias pueden considerarse como evidencia, prueba autoritativa o criterio orientador de las obligaciones internacionales de los Estados⁶. Esto está en consonancia con lo dicho por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el particular, esto es, que su jurisprudencia es criterio orientador, más no criterio unívoco para determinar las obligaciones de los Estados Parte de acuerdo a la Convención⁷.

Es posible, pues, plantearse una visión formalista y antiformalista de las fuentes jurídicas en derecho internacional. No es sorprendente entonces que en el debate de derecho internacional se reproduzcan las controversias sobre fuentes que se han presentado en teoría jurídica. De acuerdo a la visión formalista, o al “tradicionalismo de fuentes”⁸, hay un monopolio de los Estados en la creación del derecho internacional, lo que lleva a que se considere únicamente como fuentes los tratados entre Estados y la práctica generalizada por parte de los Estados. Desde una visión antiformalista, no sólo los productos de los acuerdos entre Estados (tratados) y la práctica de los mismos son fuentes legítimas de derecho internacional, sino que también lo son las decisiones judiciales.

6 IAN BROWNLIE, *Public International Law*, Oxford University Press, 1992, p. 19.

7 *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1.º de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 181.

8 Ver sobre el tradicionalismo de fuentes, el libro de DIEGO E. LÓPEZ, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 264 y ss.

Desde finales del Siglo XIX autores antiformalistas como F. VON IHERING, FRANÇOIS GÉNY, ROSCOE POUND y ALF ROSS, buscaron de manera exitosa romper con el formalismo o el “tradicionalismo de fuentes”, insertando a la jurisprudencia en el mismo *locus* que la legislación en tanto fuente legítima de creación del derecho⁹. En derecho internacional se ha dado un proceso paralelo. Como lo señala RODRÍGUEZ CARRIÓN, “los tribunales internacionales no legislan, no elaboran y crean derecho, sino que su esencial función es, al determinar el derecho aplicable, aclarar el contenido y sentido de la norma, especificación que en muchos momentos presenta caracteres comunes con el proceso de creación jurídica”¹⁰.

Por estas razones es preciso concluir que la jurisprudencia de la Corte era criterio “orientador” legítimo para determinar las obligaciones del Estado Colombiano de acuerdo a la Convención.

B. LA BUENA FE EN DERECHO INTERNACIONAL

La buena fe es un principio fundamental no sólo de los derechos nacionales, sino del derecho internacional. Como lo muestra O’CONNOR, la buena fe en el derecho internacional es un principio fundamental del cual hacen parte reglas como la de *pacta sunt servanda*, así como otras relacionadas con la equidad y la razonabilidad¹¹.

El concepto legal del derecho romano, *bona fides*, es el progenitor del principio de la buena fe en derecho internacional. En un inicio aplicable sólo a las obligaciones entre privados, el concepto romano de *bona fides* se extendió a los asuntos públicos (*fides publica*), y de ahí a las relaciones internacionales entre Estados¹². GROCIO, en el siglo XVII, ya reconocía la buena fe como un principio obligatorio en las relaciones entre pueblos, llegando a afirmar que “aún la guerra debe ser conducida dentro de los cauces de la buena fe”¹³.

De acuerdo al artículo 2 (2) de la Carta de las Naciones Unidas, respaldado por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, todas las obligaciones de los Estados deriva-

9 Ibid., p. 269.

10 ALEJANDRO RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 200.

11 J. F. O’CONNOR, *Good Faith in International Law*, Dartmouth, 1991, p. 124.

12 Gabe Shawn Vargas, “Good faith in international law”, en *The American Society of International Law Newsletter* 841, Octubre 1992.

13 O’CONNOR, Ob. cit., p. 56.

das de la Carta deben ser interpretadas de acuerdo al principio de la buena fe. El principio de buena fe también se encuentra incluido de manera clara en los artículos 26 y 31 (1) de la Convención de Viena, específicamente en la exigencia de que los tratados sean interpretados de acuerdo a la buena fe. Siguiendo los lineamientos de la Convención de Viena, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) desarrolló en los casos *North Sea Continental Shelf* el principio de buena fe, al sostener que de acuerdo a la doctrina de *estoppel* los Estados partes se encontraban bajo la obligación de “negociar de acuerdo a la buena fe” la división del área geográfica en disputa¹⁴. En otra serie de pronunciamientos —*Pruebas Nucleares*, 1974— la Corte Internacional de Justicia (CIJ) proclamó que “uno de los principios básicos que gobiernan la creación y ejecución de obligaciones legales, sin importar la fuente, es el principio de la buena fe”.

Nuestro argumento es que se violaría el principio de la buena fe si al Estado colombiano se le obligara a cambiar intempestivamente y *ex post facto* el criterio “orientador” legítimo al momento de determinar sus obligaciones de acuerdo a la Convención. Cambiar intempestivamente los parámetros a través de los cuales el Estado colombiano fijó la reparación de las víctimas utilizando un mecanismo de aplicación retroactiva de las normas aplicables al caso —esto es, las que se desprenden de la jurisprudencia de la Corte— equivaldría, como ya lo hemos argumentado, a quebrantar el principio de la buena fe.

C. LA PROHIBICIÓN DE REPARACIONES RETROACTIVAS

Los Estados están obligados a proveer reparaciones por violaciones a sus obligaciones internacionales, las cuales se pueden desprender de tratados o de los principios generales de la responsabilidad estatal¹⁵. De acuerdo al derecho internacional y doméstico, y teniendo en cuenta las circunstancias particulares, las víctimas de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, deben ser proveídas con las siguientes formas de reparación, las cuales deben ser proporcionales a la violación y a las circunstancias de cada caso: restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no-repetición¹⁶.

Es una máxima básica del derecho que todos los perjuicios deben ser reparados. El derecho internacional de los derechos humanos no es una excepción. La Carta internacional

14 *Ibid.*, p. 93.

15 NAOMI ROTH, “Reparations, Decisions and Dilemmas”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, Winter, 2004, 27 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 157.

16 *Ibidem.*

de derechos¹⁷ declara en varios apartes la existencia de reparaciones y remedios para la violación de derechos humanos. A partir de 1989, La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como su Sub-Comisión, han formulado los Principios y Lineamientos Básicos sobre el Derecho a Remedios y Reparaciones para las Víctimas de Violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario¹⁸, los cuales consideran la restitución, rehabilitación, compensación y satisfacción como obligaciones estatales interconectadas aunque diferenciables.

I. ALGUNAS PARADOJAS DE LA REPARACIÓN

Hay una paradoja al interior del concepto de reparación que ha sido tratado por numerosos analistas: las reparaciones pretenden reubicar a la víctima en la posición en la que hubiera estado de no haber ocurrido la violación, lo cual resulta imposible¹⁹. ¿Qué podría reemplazar o remediar la pérdida de la salud y la serenidad, la pérdida de una persona amada o de la familia, de toda una generación de amigos, del hogar, la cultura o la comunidad? Sin embargo, y pese a sus paradojas, las reparaciones desarrolladas por el derecho internacional son las mejores herramientas con las que contamos. Éstas pueden ser materiales o morales, individuales o colectivas. Las reparaciones materiales para un individuo pueden incluir la restitución del acceso a una propiedad arrebatada, o el título de la misma, así como la restitución de un empleo o de una pensión. Las reparaciones materiales también pueden incluir tratamiento médico, psiquiátrico u ocupacional orientado a la rehabilitación. También las reparaciones pueden presentarse como compensaciones monetarias en la forma de una suma neta de dinero, una pensión, un paquete de servicios, tanto para la víctima o para los sobrevivientes de la víctima.

17 La Carta Internacional de derechos está compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Véase DAVID WEISSBRODT et al., *International Human Rights Law, Policy and Process*, 3.ª ed., 2002.

18 Véase, Draft Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law, U.N. ESCOR, 56th Sess., Annex at 6-7, U.N. Doc. E/CN.4/2000/62 (2000) Disponible en: [[www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/42bd1bd544910ae3802568a20060e21f/\\$FILE/G0010236.pdf](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/42bd1bd544910ae3802568a20060e21f/$FILE/G0010236.pdf)].

19 NAOMI ROTH, ob. cit.

2. PRINCIPALES REPARACIONES MORALES

Las reparaciones morales son tan importantes –o en ocasiones más importantes– que las materiales. Éstas cubren una amplia gama de medidas, la mayoría de las cuales tienen que ver con la necesidad de contar la historia, de encontrar justicia y de llevar a cabo procesos que garanticen la no repetición de las violaciones. Este tipo de reparaciones muchas veces se agrupan bajo el título de “satisfacciones”. Estas pueden incluir un reconocimiento oficial por parte del Estado de que funcionarios suyos atentaron contra las víctimas, así como una presentación de excusas formal por parte de representantes del Estado. Este tipo de reparaciones también pueden incluir medidas judiciales (penales, civiles o administrativas) contra aquellos responsables de las violaciones.

3. IMPOSIBILIDAD DE PREVER CRITERIOS FUTUROS DE REPARACIÓN

Como hemos visto anteriormente, el Estado colombiano reparó material y moralmente a las víctimas del caso señaladas en la contestación de la demanda. Al fijar su responsabilidad, así como los criterios para la reparación de las víctimas, el Estado colombiano no podía tener como estándar sino la jurisprudencia de la Corte al momento de asumir su responsabilidad. Como se muestra en esta argumentación, la reparación ofrecida por el Estado colombiano a las víctimas en el momento en el cual se asume la responsabilidad por la violación de las obligaciones internacionales del Estado, concuerda con los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte para ese momento. En este sentido, el Estado colombiano se ciñó estrictamente, al fijar los estándares de reparación, a los parámetros establecidos por el horizonte normativo con el que contaba en ese momento, que no es otro que la jurisprudencia de la Corte.

En esta medida, exigirle al Estado que previera cuáles iban a ser los parámetros de reparación fijados por la Corte a la vuelta de varios años, configuraría una violación al principio de no-retroactividad de la ley, así como una afectación a los principios de la buena fe y de la confianza legítima. Si al día de hoy, un Estado parte del Sistema Interamericano reconociera su responsabilidad por la violación de una serie de derechos humanos, tendría que reparar a las víctimas con base en el horizonte normativo del momento, esto es, con base en los desarrollos y estándares jurisprudenciales de la Corte en materia de reparación para 2006–2007. Se trataría de una violación al principio de no-retroactividad de las normas, al de la buena fe y al de la confianza legítima, exigirle a este Estado que reparara a las víctimas con base en los parámetros que eventualmente fijaría la corte para –supongamos– 2016. Para este Estado resultaría imposible prever cuáles serán tales parámetros, por lo que se trataría de una exigencia desmedida e injustificada, la cual no

encuentra respaldo ni en los derechos internos ni en el derecho internacional. Además, se trataría de una “exigencia de lo imposible” para este Estado. Por lo tanto, al Estado sólo se le puede exigir que repare con base en el horizonte normativo actual —el del 2007— y no con base en uno eventual que ocurrirá en el futuro. Precisamente, al Estado colombiano no se le puede obligar a que repare con base en parámetros futuros inexistentes. Por esta razón, nuestro argumento es que si la Corte determina que la reparación ofrecida por el Estado colombiano a las víctimas no concuerda con los parámetros fijados por la Corte, se haga con base en los criterios fijados por el tribunal al momento en que Colombia reconoció indemnizaciones en la jurisdicción contencioso-administrativa (1996-1997), y no con base en unos parámetros que era imposible prever por el Estado colombiano en la medida en que todavía no existían en el panorama normativo con el que contaba el Estado, que no es otro que la jurisprudencia de la Corte.

II. CRITERIOS DE REPARACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO Y COINCIDENCIA CON LOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL PERÍODO 1996-1997

A. CRITERIOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el período comprendido entre 1996 y 1997, durante el cual se indemnizaron algunas víctimas de la masacre de La Rochela, la CIDH profirió básicamente tres decisiones de reparación: *El Amparo vs. Venezuela* (sentencia de reparaciones del 14 de septiembre de 1996), *Neira Alegría y otros vs. Perú* (sentencia de reparaciones del 19 de septiembre de 1996), y *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia* (sentencia de reparaciones del 29 de enero de 1997).

En primer lugar, la Corte Interamericana adoptó, a partir del artículo 63.1 de la Convención²⁰, el concepto de “*restitutio in integrum*”, exigiendo una reparación de los perjuicios que dejara a las víctimas en la misma situación en la que se encontraban antes de la violación de sus derechos humanos o las más cerca de ella que fuera posible. En aquellos

20 Artículo 63.1 de la Convención “1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

casos en los que se trataba de violaciones al derecho a la vida, para la Corte Interamericana este derecho debía traducirse en una indemnización pecuniaria a los familiares de las víctimas, ya que la restitución resultaba inexigible materialmente. Ahora bien, para esa Corporación, la indemnización debía ser tasada con base en dos grandes componentes: los daños materiales y los daños moral sufridos por las víctimas.

Dicha consideración se reiteró en los tres casos señalados, ya que en ninguno era posible la restitución: “Por no ser posible la *“restitutio in integrum”* en caso de violación del derecho a la vida, resulta necesario buscar formas sustitutivas de reparación en favor de los familiares y dependientes de las víctimas, como la indemnización pecuniaria. Esta indemnización se refiere primeramente a los perjuicios sufridos y como esta Corte ha expresado anteriormente, éstos comprenden tanto el daño material como el moral (*cf. Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, supra* 14, párrs. 47 y 49)”²¹.

Ahora miremos cuál fue el contenido que le dio la Corte Interamericana a cada uno de estos elementos:

I. DAÑO MATERIAL.

Según la jurisprudencia interamericana, el daño material “supone la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”²².

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *El Amparo vs. Venezuela* (sentencia de reparaciones del 14 de septiembre de 1996), párrafo 16. Reiterado en *Neira Alegría y otros vs. Perú* (sentencia de reparaciones del 19 de septiembre de 1996) “38. Por no ser posible la *“restitutio in integrum”* en caso de violación del derecho a la vida, resulta necesario buscar formas sustitutivas de reparación en favor de los familiares y dependientes de las víctimas, como la indemnización pecuniaria. Esta indemnización se refiere primeramente a los perjuicios sufridos y como esta Corte ha expresado anteriormente, éstos comprenden tanto el daño material como el moral (*Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones, supra* 9, párrs. 47 y 49 y *Caso El Amparo. Reparaciones, supra* 36, párr. 15).”, y *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia* (sentencia de reparaciones del 29 de enero de 1997) “17. Por no ser posible en este caso la *restitutio in integrum* pues se trata de la violación del derecho a la vida, resulta necesario buscar formas sustitutivas de reparación como la indemnización pecuniaria en favor de los familiares y dependientes de las víctimas. Esta indemnización se refiere primeramente a los perjuicios sufridos que, como esta Corte ha expresado anteriormente, comprende tanto el daño material como el moral (*Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, supra* 15, párrs. 47 y 49; *Caso El Amparo, Reparaciones, supra* 15, párr. 15 y *Caso Neira Alegría y otros. Reparaciones, supra* 15, párr. 38).”

22 *Caso López Álvarez, (...)*, párr. 192; *Caso Blanco Romero y otros, (...)*, párr. 78; *Caso García Asto y Ramírez Rojas, (...)*, párr. 259; *Caso Ravcaco Reyes, (...)*, párr. 129; *Caso Gutiérrez Soler, (...)*, párr.;

Durante ese período, 1996 a 1997, la Corte tenía en cuenta dos criterios relevantes: el daño emergente y el lucro cesante.

a. DAÑO EMERGENTE

Aunque la jurisprudencia no lo definía en términos conceptuales, en este rubro se incluían los gastos directos efectuados por las víctimas o sus familiares con ocasión de los hechos u omisiones generadores del daño.

En el caso *El Amparo* (1996) los alegatos de la Comisión solicitaban que en el daño emergente se tuvieran en cuenta los gastos efectuados por los familiares de las víctimas para obtener informaciones acerca de ellas, así como los realizados para buscar sus cadáveres y efectuar gestiones ante las autoridades²³. Sin embargo, al tasar los perjuicios por este concepto, la Corte simplemente indicó que consistían en una “(...) compensación por los gastos incurridos en sus distintas gestiones en el país”²⁴.

En el caso *Neira Alegría* (1996) la Comisión solicitó adicionalmente el reembolso de los gastos en que pudieran haber incurridos los familiares de las víctimas en sus gestiones ante los tribunales nacionales, incluyendo viajes a nivel interno²⁵ y los gastos generados por las gestiones adelantadas ante la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana. Con todo, de nuevo la Corte al tasar el daño emergente, simplemente señaló que correspondía a la “(...) compensación por los gastos incurridos en sus distintas gestiones en el país”²⁶.

Con estos criterios, la Corte fijaba el valor de la indemnización dependiendo de los gastos probados. En dichas decisiones esa Corporación encontró que no era posible acreditar los gastos efectuados por las víctimas. Por esa razón las indemnizaciones fueron fijadas invariablemente en cuantía máxima de dos mil dólares (US\$2.000,00) por familia o víctima sobreviviente, como compensación *en equidad* por los gastos incurridos.

Así ocurrió en el caso de *El Amparo* (1996), donde sostuvo²⁷:

Caso de las Niñas Yean y Bosico, (...), párr. ; *Caso Acosta Calderón*, (...), párr. 157; *Caso Yatama*, (...), párr. 242; y *Caso Fermín Ramírez*, (...), párr. 129.

23 *El Amparo*, párr.17.

24 *El Amparo*, párr.21

25 *Neira*, párr.39.

26 *Neira*, párr.42

27 *Amparo*, párr.21.

“21. Aún cuando no se ha presentado prueba alguna sobre el monto de los gastos, la Corte considera equitativo conceder a cada una de las familias de las víctimas fallecidas y a cada uno de los sobrevivientes, una indemnización de US\$ 2.000,00 como compensación por los gastos incurridos en sus distintas gestiones en el país”.

En el caso, *Neira Alegría (1996)* señaló²⁸:

“42. Aún cuando no se ha presentado prueba alguna sobre el monto de los gastos, la Corte considera equitativo conceder a cada una de las familias de las víctimas fallecidas una indemnización de US\$2.000,00 como compensación por los gastos incurridos en sus distintas gestiones en el país”.

De igual forma, en el caso *Caballero Delgado y Santana (1997)* la Corte concluyó:

“47. Luego de un examen detallado de los documentos relativos a esos gastos, la Corte observa que una parte importante de ellos corresponden a gastos de viaje y llamadas telefónicas fuera de Colombia, a publicaciones periodísticas y elaboración de afiches y pancartas realizados por el Sindicato de Educadores de Santander y la Comisión Andina de Juristas y no por la señora MARÍA NODELIA PARRA RODRÍGUEZ, por lo cual no pueden ser incluidos en los gastos reembolsables conforme al punto resolutivo número 6 de la sentencia de fondo dictada por esta Corte, la que sólo reconoce los gastos relacionados con gestiones de los familiares de las víctimas ante las autoridades colombianas. La Corte, sin embargo, entiende que la señora MARÍA NODELIA PARRA RODRÍGUEZ debió haber incurrido en algunos gastos ante las autoridades colombianas y los fija en la suma de US\$ 2.000,00 (dos mil dólares estadounidenses) que deberán pagársele directamente a ella”.

En conclusión, el daño emergente correspondía a los gastos en los que hubiera incurrido la víctima o sus familiares por sus gestiones en el país y que fueran probados. En aquellos casos en los que no era posible probar el daño, la Corte fijaba un tope de dos mil dólares por familia (US\$ 2.000,00.).

b. LUCRO CESANTE

El lucro cesante por su parte, hace referencia al ingreso que las víctimas o los familiares dependientes podrían haber percibido de aquélla durante los años de vida restantes. En palabras de la Corte, corresponde al “valor presente de una renta de sus ingresos mensuales durante el resto de la vida probable de la víctima que, naturalmente es inferior a la suma simple de sus ingresos”²⁹.

²⁸ *Neira Alegría*, párr.42.

001832

Los criterios utilizados por esa corporación en ese período para liquidar el lucro cesante eran:

- Edad de la víctima. Elemento objetivo para determinar cuántos años de vida laboral podría haber tenido la persona con base en la expectativa de vida.
- Expectativa de vida. Factor variable de acuerdo con las condiciones de cada país que alude a la longevidad probable de las personas en el mismo.
- Tiempo durante el cual dejó de laborar como consecuencia de las agresiones. Era relevante cuando la persona no había fallecido.
- Ingreso percibido al momento de la muerte o la lesión. En caso de que el mismo no pudiera ser demostrado, la Corte utilizaba criterios de equidad de acuerdo con la situación económica y social latinoamericana, lo que generalmente se asociaba al salario mínimo vigente en cada país. De ser necesario se hacía la conversión a dólares estadounidenses.
- Con base en lo anterior se calculaba el valor del ingreso dejado de percibir por la víctima, y sobre el mismo se aplicaba una deducción del 25% por concepto de gastos personales.
- Al valor obtenido se sumaban los intereses corrientes desde la fecha de los acontecimientos hasta la liquidación. Para el caso colombiano dichos intereses ascendían al 6% anual (*caso Caballero Delgado y Santana*, 1997).

Estos criterios fueron utilizados reiteradamente, en efecto, para el cálculo del lucro cesante en los casos *El Amparo* (1996), *Neira Alegría* (1996), *Caballero Delgado y Santana* (1997).

En el asunto de *El Amparo* (1996), la Corte Interamericana razonó en los siguientes términos:

“28. Con base en la información recibida y los cálculos efectuados por el actuario designado *ad effectum*, la Corte calculó que la indemnización que corresponde otorgar a cada una de las víctimas o sus familias, se basa en la edad que tenían aquéllas al momento de la muerte y los años que les faltaban para llegar a la edad en que se calcula la cifra de la

29 *Neira Alegría*, párr.46. *Caballero Delgado y Santana*, p. 39.

001833

expectativa normal de vida en Venezuela o el tiempo que permanecieron sin trabajar en el caso de los dos sobrevivientes. La Corte basó sus cálculos tomando como salario base un monto no menor al costo de la canasta alimentaria básica por ser una cantidad superior al salario básico rural al momento de los hechos. Una vez efectuado dicho cálculo, se le aplicó una deducción del 25% por gastos personales, como lo ha hecho en otros casos. A ese monto se le sumaron los intereses corrientes desde la fecha de los hechos hasta el presente.

(...) 30. Respecto a los dos sobrevivientes, WOLMER GREGORIO PINILLA y JOSÉ AUGUSTO ARIAS, la Corte ha acordado conceder una indemnización de US\$4.566,41 a cada uno de ellos como compensación por no haber podido trabajar durante dos años”.

Utilizando estos mismos factores, en el caso *Neira Alegría (1996)* dijo al respecto:

“49.- La Corte considera que la indemnización correspondiente a cada una de las familias de las víctimas debe fundamentarse tanto en la edad de estas al momento de su muerte y los años que les faltaban para completar la expectativa de vida como el ingreso que obtenían, calculado con base en su salario real (*Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, supra* 36, párr. 46 y *Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, supra* 36, párr. 44) o, a falta de la información respectiva, en el salario mínimo mensual vigente en el país (*Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones, supra* 9, párrs. 88 y 89).

50. En este caso, respecto al primero de los factores antes señalados, la Comisión indicó que la expectativa de vida en el Perú es de sesenta y siete años, y esta afirmación aunque objetada por el Gobierno, no quedó desvirtuada en autos. En relación con el cálculo del salario mínimo mensual, que sería lo aplicable en este caso, observa la Corte que no aparecen ni en la alegación de la Comisión, ni en los datos suministrados por el Gobierno, suficientes elementos de convicción para determinar el monto del salario mínimo. Por este motivo, la Corte, teniendo en cuenta razones de equidad y la situación real económica y social latinoamericana, fija la cantidad de US\$125,00 como probable ingreso de las víctimas y por tanto, como base mensual para calcular la indemnización respectiva (*Caso El Amparo. Reparaciones, supra* 36, párr. 28) Una vez efectuado dicho cálculo, se le aplicará una deducción del 25% por gastos personales (*ibid.*, párr. 28). A ese monto se le sumarán los intereses corrientes desde la fecha de los hechos hasta el presente”.

Finalmente, con idénticos criterios, en el caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia (1997)*, la Corte concluyó lo siguiente:

“43. De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta el salario que hubiera obtenido Caballero Delgado desde la fecha de su desaparición el 7 de febrero de 1989, hasta el término de su vida probable, su edad al momento de su muerte que era de 32 años y la expectativa de vida en Colombia, deduciendo un 25% por gastos personales y agregando los intereses al 6% anual desde la fecha de su desaparición hasta la de la presente senten-

001834

cia, la Corte llega a la cantidad de US\$ 59.500,00 (cincuenta y nueve mil quinientos dólares estadounidenses) que es la que corresponde a los familiares de Isidro Caballero Delgado en compensación por los daños materiales sufridos por su muerte”.

Al igual que con el daño emergente, la jurisprudencia manejaba por aquél entonces criterios uniformes para calcular la indemnización por lucro cesante. Y si bien es cierto que no utilizaba un valor fijo o constante, también lo es que éste era claramente determinable porque su cálculo tomaba en consideración factores objetivos como la edad de la víctima, su ingreso real o presunto, la expectativa de vida, etc.

2. DAÑO MORAL

En la jurisprudencia interamericana el daño inmaterial se asimila al daño moral infligido a las víctimas como consecuencia de las agresiones injustamente causadas. Para la Corte, la sentencia condenatoria constituía de suyo una reparación del daño moral; con todo, dijo la Corte Interamericana “(...) esta Corte considera que aún cuando una sentencia condenatoria, puede constituir en sí misma una forma de reparación y satisfacción moral, haya habido o no reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, en el presente caso, ésta no sería suficiente dada la específica gravedad de la violación al derecho a la vida y al sufrimiento moral causado a las víctimas y sus familias, las cuales deben ser indemnizadas conforme a la equidad”³⁰.

Ahora bien, para la Corte, la prueba del daño inmaterial resultaba innecesaria ya que se consideraba como una característica propia de la naturaleza humana ante las agresiones y vejámenes:

“36. Como esta Corte ya lo ha establecido, “[e]l daño moral infligido a las víctimas... resulta evidente pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión.” (Caso *Aloeboetoe y otros. Reparaciones*, supra 14, párr. 52)”.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *El Amparo vs. Venezuela* (sentencia de reparaciones del 14 de septiembre de 1996), párrafo 35. Reiterado en *Neira Alegria y otros vs. Perú* (sentencia de reparaciones del 19 de septiembre de 1996) “56. (...) esta Corte considera que aún cuando una sentencia condenatoria, puede constituir en sí misma una forma de reparación y satisfacción moral, en el presente caso, ésta no sería suficiente dada la específica gravedad de la violación al derecho a la vida y al sufrimiento moral causado a las víctimas y sus familias, las cuales deben ser indemnizadas conforme a la equidad”.

Apelando a la equidad, durante los años 1996 y 1997 la Corte Interamericana fue constante en reconocer, por concepto de daño moral, una indemnización integral a cada una de las familias de las víctimas en cuantía de veinte mil dólares (US \$20.000,00), suma ésta que debía distribuirse entre los familiares dependiendo de su vínculo por razón de parentesco.

En el asunto de *El Amparo (1996)* la Corte señaló:

37. De acuerdo con lo anterior la Corte, tomando en cuenta todas las circunstancias peculiares del caso, ha llegado a la conclusión que es de justicia conceder a cada una de las familias de los fallecidos y a cada uno de los sobrevivientes una indemnización de US \$20.000,00”.

En el caso *Neira Alegría (1996)* también ordenó pagar una suma igual por concepto de daño moral. Dijo en su sentencia:

58. De acuerdo con lo anterior la Corte, tomando en cuenta todas las circunstancias peculiares del caso, ha llegado a la conclusión que es de justicia conceder a cada una de las familias de los fallecidos una indemnización de US \$20.000,00”.

Lo propio ocurrió en el caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia (1997)*, donde se dispuso el pago de US \$20.000,00 para los familiares de la víctima fallecida y de US \$10.000,00 para la víctima sobreviviente:

“49. Por su parte el Gobierno aceptó la existencia del daño moral pero impugnó su monto y alegó que en jurisprudencia reciente de la Corte se establece que tal estimación debe basarse en principios de equidad y no en parámetros rígidos.

50. La Corte, teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares del caso y lo decidido por ella en otros similares (*Caso El Amparo. Reparaciones, supra 15* y *Neira Alegría y otros. Reparaciones, supra 15*), estima equitativo conceder a los familiares de Isidro Caballero Delgado una indemnización por daño moral de US\$ 20.000,00 (veinte mil dólares estadounidenses).

51. En lo que se refiere al daño moral por la muerte de María de Carmen Santana la Corte estima equitativo conceder a su más próximo pariente una indemnización por daño moral de US\$ 10.000,00 (diez mil dólares estadounidenses) de acuerdo con lo indicado en los párrafos 45 y 52.b) de esta sentencia”.

En este orden de ideas, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentada para los años 1996 y 1997, el valor máximo del daño moral que se reconocía por violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

era de veinte mil dólares estadounidenses (US \$20.000,00) cuando la víctima fallecía, o de diez mil dólares (US \$10.000,00) si las lesiones no causaban la muerte. Dicha suma se cancelaba directamente a la víctima, en caso de que hubiera sobrevivido, o de lo contrario se distribuía entre sus familiares según el grado de parentesco.

El monto de la indemnización por el daño moral, al igual que el del “daño emergente” fue siempre el mismo y por lo tanto ninguna variación se daba por el hecho de que la víctima tuviese más o menos familiares.

Para concluir, antes de revisar los criterios de reparación utilizados por el Consejo de Estado para el mismo período, se pueden sintetizar los criterios de la Corte para reparar entre 1996 y 1997 así: *(i)* daño material que se compone a su vez de *a)* daño emergente (correspondiente a dos mil dólares, salvo cuando se pruebe rigurosamente un daño mayor) y *b)* lucro cesante (que depende de la edad de la víctima, la expectativa de vida del país y el salario percibido, entre otros) y; *(ii)* daño moral (correspondiente a una suma fija de veinte mil dólares cuando la víctima había fallecido y la mitad si se encontraba viva).

B. CRITERIOS DEL CONSEJO DE ESTADO PARA REPARAR DAÑOS PATRIMONIALES EN EL PERÍODO 1996-1997

El carácter integral de la reparación ha sido la regla general en el resarcimiento por la responsabilidad del Estado. Actualmente, la misma se recoge en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

En relación con la importancia de este principio en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, el dictamen pericial rendido por el H. Consejero de Estado RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, afirma que “(...) una indemnización por debajo de la realidad del daño generaría para la víctima un empobrecimiento sin justa causa y, la finalidad de dejar a la víctima indemne, como si el daño nunca hubiera ocurrido o en la situación más próxima a la que existía antes del suceso, sería nugatoria. Ahora bien, una indemnización superior al monto real del daño traería como consecuencia un enriquecimiento sin justa causa por parte del dañado, asunto proscrito en el ordenamiento jurídico colombiano a manera de un principio general del derecho”³¹.

31 RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Parámetros utilizados por el Consejo de Estado colombiano en mate-

Con base en este principio, el Consejo de Estado también ha venido definiendo una estructura de reparación del daño altamente similar al de la Corte Interamericana descrito arriba, compuesto de la siguiente manera: *(i)* perjuicio material, que abarca tanto el *a)* daño emergente como *b)* el lucro cesante y, por otra parte; *(ii)* el daño inmaterial, en el que distingue *a)* el daño moral y *b)* el daño a la vida de relación o a las condiciones de existencia.

I. DAÑO MATERIAL

Los perjuicios materiales son aquellos que deben indemnizarse “(...) cuando se ven menoscabados bienes o intereses de naturaleza económica, mensurables por su propia naturaleza en dinero”³². También esta Corporación reconoce dos elementos del daño material, el daño emergente (presente y futuro) y el lucro cesante en relación directamente con la víctima (presente o ausente), y en beneficio de ella y/o de sus familiares.

a. DAÑO EMERGENTE

El Consejo de Estado ha reconocido la indemnización del daño emergente, mediante el pago de todos los gastos efectuados por las víctimas y causados en el hecho que ha vulnerado sus derechos. Al respecto, el peritaje de SAAVEDRA BECERRA indica: “(...) la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha indemnizado los perjuicios originados en los distintos gastos que los afectados debieron hacer por causa de ese hecho, tales como: costos de ambulancia, hospitalización, tratamientos médicos y quirúrgicos, medicamentos, terapias, gastos funerarios, incluidos en éstos los servicios inherentes al sepelio (Ej. féretro, velación, ceremonia religiosa, cremación, inhumación, entre otros), siempre y cuando los reclamantes acrediten en forma idónea y suficiente la causación y cancelación de tales erogaciones u obligaciones contraídas por tal concepto”³³.

El Consejo de Estado ha reconocido la indemnización por daño emergente por conceptos como el pago de exequias funerarias, gastos de novenario³⁴ y, en general, las erogaciones que se explican en el daño³⁵.

ria de reparación de daños. Dictamen pericial rendido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

32 Ibid., p. 19.

33 Ibid., p. 20.

34 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de

b. LUCRO CESANTE

En cuanto al lucro cesante, el mismo dictamen citado señaló, que consiste en “(...) la ganancia frustrada, los intereses no percibidos o a la utilidad esperada y no obtenida³⁶. Cuando la persona sufre lesiones como resultado de una actuación administrativa, el lucro cesante estará representado por los dineros que deja de recibir dicha persona como efecto del daño, en la medida en que éste destruye o aminora su capacidad laboral. Aunque la pretensión indemnizatoria interesa por lo general a la propia víctima, es frecuente que cuando el lesionado es el cabeza de familia, éstas repercutan sobre las personas que de él dependen, quienes podrán reclamar la reparación del perjuicio correspondiente, previa demostración adecuada del mismo.” Además, agregó lo siguiente: “Es posible que la incapacidad resultante del daño sea total³⁷, parcial³⁸, o temporal³⁹ y, la indemnización a otorgarse dependerá de la clase de incapacidad laboral que se haya producido. Si la persona queda con una incapacidad total y definitiva para laborar, se habrá de suponer que quedó hasta el final de sus días sin posibilidad de desempeñarse. Pero puede ocurrir también el caso de que siendo la lesión definitiva, ella no implique que la persona que la sufre pierda su capacidad laboral; se estará entonces frente a una incapacidad definitiva pero parcial. Por último, puede ocurrir que la persona haya perdido la capacidad de trabajo, pero por un tiempo limitado, luego del cual se recuperara total, o parcialmente”⁴⁰.

abril de 2002, exp. 68001, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS. “Se dijo en la demanda que la señora FLORA DE MARIA GARCIA viuda de BALLESTEROS debió cancelar \$300.000 por gastos funerarios y \$450.000 por gastos del novenario, acostumbrado en esa región. Para lo primero, aportó factura expedida por JOSÉ MELGAREJO APONTE (fl. 17) y para lo segundo, factura cambiaria expedida por CIRO EDUARDO ESTUPIÑÁN (fl. 18). En todo caso, algunos de los testimonios dan fe de tal circunstancia (testimonio de JOSÉ GIL NAUZA G., fl. 129 vto.; de ISIDRO HERRERA SUSANA, fl. 131 vto. y de JUSTINIANO DUARTE, fl. 132 vto., entre otros). Entonces se reconocerá a favor de la demandante FLOR DE MARIA GARCIA viuda de BALLESTEROS la suma de \$750.000 a título de daño emergente, suma ésta que se actualizará desde la fecha de su erogación (11 de octubre de 1992) hasta la de esta sentencia

- 35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de abril de 1992, exp. 6854. “Las fuentes de perjuicio material susceptibles de expresión pecuniaria mediante un proceso de liquidación establecidas en el proceso que hacen relación a un “daño emergente”, próximo, inmediatamente derivado de la lesión padecida que hubo de demandar la atención de erogaciones tales como gastos de entierro, etc.”
- 36 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 11 de noviembre de 1990, exp. 5759, C. P.: GUSTAVO DE GREIFF.
- 37 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de mayo de 1996, exp. 10084, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.
- 38 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1996, exp. 10826, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.
- 39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 1993, exp. 8008, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

En este aspecto el Consejo de Estado, desde sentencias anteriores a 1996, ya había utilizado los mismos criterios de la Corte Interamericana para liquidar el lucro cesante: ingreso percibido por la víctima, la expectativa de vida en el país, el índice de precios al consumidor, entre otros⁴¹.

Como se demostró con el dictamen rendido, los criterios de indemnización económica que se reconocen desde hace décadas por el Consejo de Estado, se correspondían con las categorías de reparación de la Corte Interamericana de Derechos, con algunas variaciones menores de montos o de fórmulas matemáticas, y comprenden el universo de daños que la República de Colombia está obligada a reconocer a las víctimas de violaciones a los derechos humanos en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana.

2. DAÑO MORAL

Tal y como se señala en el informe rendido por el perito, múltiples veces citado antes, el Consejo de Estado ha señalado que, el perjuicio moral “(...) es aquel en el que se indemniza el dolor y la amargura del sujeto que sufre el daño, la ira, la depresión y la afectación psicológica que el daño causó”⁴².

El Consejo de Estado reconocía la existencia del daño moral como una consecuencia de la naturaleza humana y su indemnización mediante una retribución económica: “Si también es cierto que, cuando se afecta la esfera personal del sujeto, surge el denominado daño moral, en el entendido de que este concepto comporta aflicción, dolor, angustia y en general, padecimientos varios, o como ha solido decirse, dichas consecuencias “son

40 SAAVEDRA BECERRA. Ob. cit., p. 21.

41 Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de abril de 1992, exp. 6854 “PRIMERO: Se tiene como salario el mínimo vigente para el año de 1985, que acorde con lo establecido por el Decreto 0001 de 1985, ascendía a la suma de \$13.557.60.

SEGUNDO: Del anterior mensual se decreta que veinticinco por ciento (25%), que es el monto que se presume que la víctima destinaba para atender a sus propias necesidades. El setenta y cinco por ciento (75%) restante, que corresponde a la suma de \$10.168.20, se repartirá el cincuenta por ciento (50%) para la cónyuge sobreviviente, y el restante cincuenta por ciento (50%) para los tres hijos. Para los menores la liquidación va hasta el momento en que cumplan dieciocho (18) años.

TERCERA: Se actualizan los ingresos, tal como se pidió en la demanda, de acuerdo a los I.P.C. certificados por el Dane, de 50.94 para el mes de septiembre de 1985, como índice inicial; y de 226.46, para febrero del 992, como índice final”.

42 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 1996, exp. 10728, C. P: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y cada cual siente o experimenta a su modo”, no lo es menos que, ocurrido el evento dañoso, en el entendido de que éste es el comportamiento humano que trae de consecuencia la vulneración o puesta en peligro de interés jurídico protegido, el ordenamiento jurídico reacciona por la vía del derecho de daños y considera dicho comportamiento relevante a efectos indemnizatorios, lo cual coloca las cosas, por lo menos a la luz de los principios informadores de la teoría del daño resarcible, en el plano del derecho al resarcimiento o a la reparación, que como sabido se tiene, implica la existencia de una obligación indemnizatoria de carácter patrimonial económico, así el hecho causante del perjuicio vulnera un bien jurídico de naturaleza extrapatrimonial (...).”⁴³.

Incluso perfilaba desde ese entonces una teoría de las presunciones del daño moral para algunos de los familiares de las víctimas que mas adelante se consolidaría, por ejemplo en una providencia proferida en el año 1997. En esta se afirmó: “Con relación al daño moral, que como lo ha sostenido la jurisprudencia de la sala se presume respecto de padres y hermanos, se accederá a lo pedido por los demandantes acreditado como se encuentra el parentesco existente entre ellos y la víctima. En consecuencia, se condenará al Hospital Militar Central a pagar a los esposos CARLOS JULIO OVALLE y ALBERTINA ESCANDÓN el equivalente a mil gramos oro para cada uno y quinientos gramos de oro para los hermanos CARLOS HERNÁN y DIANA ROCÍO OVALLE ESCANDÓN”⁴⁴.

Por otra parte, la Corte ha reconocía otro componente del daño moral, el daño a la vida en relación (perjuicio fisiológico). Por ejemplo, en una providencia de 1997 el Consejo de Estado señaló: “La Sala considera que en el presente caso puede hablarse de la existencia de perjuicios fisiológico ya que se encuentra plenamente acreditada la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de que la lesión sufrida afectó el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria, la práctica de actividades recreativas, culturales, deportivas, el deseo sexual y la capacidad para la realización del mismo”⁴⁵.

En este punto, el dictamen pericial afirma que “(...) al inicio de los años 90s, la jurisprudencia del Consejo de Estado abordó el reconocimiento de un rubro adicional a la tradicional división de perjuicios patrimoniales y perjuicios morales, aquel llamado *perjuicio*

43 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 1998, exp 12009, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

44 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. Sentencia del 4 de septiembre de 1997, M. P: RICARDO HOYOS DUQUE, exp. 10251.

45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. M.P: Ricardo Hoyos Duque, exp. 10421.

fisiológico, el cual hacía referencia a la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de haber sufrido una lesión que afectara el desarrollo de actividades recreativas, culturales deportivas, el deseo sexual y la capacidad para la realización del mismo⁴⁶. Sin embargo, en el año 1993⁴⁷ se acuñó el término de *perjuicio a la vida en relación*, como sinónimo del perjuicio fisiológico, entendido como la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia”.

C. CORRESPONDENCIA ACTUAL ENTRE LOS CRITERIOS DE REPARACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL CONSEJO DE ESTADO

A partir del año 2002, la incorporación de conceptos y definiciones extraídas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la jurisprudencia del Consejo de Estado *ha sido explícita*. Por ejemplo, la presunción del daño moral en los casos de graves violaciones a los derechos humanos ha sido adoptada tal y como la Corte Interamericana la ha elaborado; esto, aun cuando de tiempo atrás, en aplicación de la teoría de presunciones, se liberaba al demandante, en ciertos eventos, de la necesidad de probar su dolor, facilitando su derecho a la reparación. La sentencia del 7 de febrero de 2002⁴⁸ es un ejemplo de la línea consolidada del Consejo de Estado sobre la presunción del daño moral en casos de graves violaciones a los derechos humanos:

“(El) daño moral sufrido como consecuencia de la vulneración de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha sostenido que dicho daño se presume, dada la naturaleza misma de las violaciones, así como el hecho que es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes experimente un sufrimiento moral. Se ha entendió también que en la medida en que las víctimas hayan sufrido, sufrirán también sus familiares, de allí que la gravedad e intensidad del sufrimiento causado a las víctimas, constituyen criterios determinantes para valorar el perjuicio sufrido por aquellos”⁴⁹.

46 Tribunal Contencioso administrativo de Antioquia. Sentencia del 3 de julio de 1992, M. P.: HUMBERTO CÁRDENAS GÓMEZ (...)

47 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 6 de mayo de 1993, M. P.: JULIO CESAR URIBE ACOSTA, exp. 742.

48 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 7 de febrero de 2002, M. P.: EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, exp. 21266

49 En la sentencia a la que se hace alusión, se observa que en la cita que se hace *supra* se nombra el caso

De la misma manera, el Consejo de Estado, atendiendo a pronunciamientos de la Corte Interamericana, ha reconocido como beneficiarios de la reparación por el daño moral sufrido tanto a los esposos y compañeros permanentes, a los padres y los hijos, como a los hermanos⁵⁰, e incluso, en casos especiales, a otros familiares como los cuñados y sobrinos, con la sola prueba de su relación de parentesco. Sin embargo, ello no equivale a relevarlos de toda actividad procesal, pues es un deber de los ciudadanos colaborar eficazmente para la recta administración de justicia, tal y como está contenido en nuestra Carta Política.

En ese sentido, cuando la compañera permanente reclama una indemnización por concepto de lucro cesante por la muerte de su compañero, deberá acreditar, a través de los medios de prueba establecidos por el Código de Procedimiento Civil, la existencia de una sociedad patrimonial de hecho, o por lo menos la prueba de que la víctima la auxiliaba económicamente. No basta, como no podría hacerlo un sistema jurídico justo, la simple manifestación de quien solicita la indemnización.

III. LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS EN EL CASO CONCRETO

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, se puede concluir que salvo algunas pequeñas diferencias en las fórmulas y en los nombres, la estructura de la reparación del Consejo de Estado y de La Corte Interamericana de Derechos Humanos era coincidente en el período 1996-1997.

La Corte interamericana reparaba conforme a los siguientes criterios: *(i)* daño material que se compone a su vez de *a)* daño emergente (correspondiente a dos mil dólares, salvo cuando se pruebe rigurosamente un daño mayor) y *b)* lucro cesante (que depende de la edad de la víctima, la expectativa de vida del país y el salario percibido, entre otros) y; *(ii)* daño moral (correspondiente a una suma fija de veinte mil dólares cuando la víctima había fallecido y la mitad si se encontraba viva).

Y, a su vez, el Consejo de Estado lo hacía conforme a los propios: *(i)* perjuicio material, que abarca tanto el *a)* daño emergente como *b)* el lucro cesante y, por otra parte; *(ii)* el

Velásquez Rodríguez, Sentencia de Reparaciones, párr. 50. *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de Reparaciones, párr. 48. *Caso Aloeboetoe y Otros*, Sentencia de Reparaciones, párr. 52. *Caso El Amparo*, Sentencia de Reparaciones, párr. *Caso Neyra Alegría*, Sentencia de Reparaciones, párr. 59

50 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de abril de 2004, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, radicación 14.240 (R-0357); Sentencia del 28 de mayo de 1992, M.P.: JULIO CESAR ACOSTA, rad. 6557.

daño inmaterial, en el que distingue *a*) el daño moral y *b*) el daño a la vida de relación o a las condiciones de existencia.

Por esta razón, la reparación efectuada por el Consejo de Estado de algunas víctimas de La Rochela en el período 1996-1997, se efectuó conforme a los criterios de la Corte Interamericana vigentes en ese momento, tal y como se muestra de manera detallada en la contestación de la demanda. En la contestación se señaló respecto de las víctimas que acudieron a la jurisdicción contencioso administrativa buscando la declaratoria de responsabilidad del Estado y la correspondiente indemnización, lo siguiente: “Interesa poner de presente que el daño material por concepto de daño emergente y lucro cesante fue liquidado de acuerdo con las fórmulas financieras aceptadas por la jurisprudencia, y propio de un procedimiento contencioso administrativo, por lo cual el Estado considera que el daño material fue suficiente y adecuadamente satisfecho⁵¹. Por su parte, el daño inmaterial, por concepto de perjuicio moral respecto de las víctimas y familiares fue liquidado conforme a la jurisprudencia”⁵².

De manera similar, en cuanto a las víctimas que transaron la indemnización con el Estado mediante acuerdo conciliatorio, la contestación de la demanda indicó que “(...) luego de superar muchos obstáculos, el 26 de febrero de 2006, dos de las víctimas sobrevivientes y sus familiares suscribieron un acuerdo de conciliación con el Estado respecto de las indemnizaciones por daños materiales y morales (...)”. Acuerdo en que adicionalmente se incluyó una cláusula de desistimiento firmada por las partes.

De hecho, en la Contestación de la demanda se explicaron una serie de puntos para demostrar la existencia de una indemnización integral en el presente caso, en razón de la aplicación en las instancias internas de los criterios de la jurisprudencia internacional. Dichos puntos fueron: “(i) se utilizó un caso que estuvo bajo conocimiento de la Corte y se comparó lo fijado en éste con lo que hubiese fijado el Consejo de Estado; (ii) luego se compararon los rubros y alcances que utilizaba la Corte respecto de los que tenía el Consejo de Estado al momento de las cancelaciones de las indemnizaciones en el caso en análisis como producto de las sentencias internas de 1995 a 1997; (iii) de seguido, se hace una relación entre los conceptos del Tribunal Interamericano y los criterios utilizados para la cancelación de las indemnizaciones por daño material (lucro cesante y daño emergente) y por el entonces conocido daño moral en el caso de La Rochela; y finalmente, (iv) se aporta la conversión de pesos colombianos a dólares de los Estados Unidos de Améri-

51 Informe de 13 de enero de 2006, sección 3.

52 Contestación de la demanda, p. 80.

001844

ca haciendo el cálculo al tipo de cambio vigente al momento de la cancelación de las indemnizaciones”⁵³.

El desarrollo de estos puntos demuestra que, en efecto, la reparación conforme a los criterios de la Corte Interamericana en el período 1996-1997 ya ha sido satisfecha con la reparación efectuada por el Consejo de Estado, y en los acuerdos de conciliación suscritos por algunas víctimas con el Estado, en el mismo período, tal y como se mencionó arriba. De hecho, en la contestación, como conclusión al punto (i) se señaló: “En conclusión, mientras que los perjuicios materiales liquidados por parte del Consejo de Estado hubieran arrojado la suma de US\$52.848,87, la Corte reconoció US\$59.000,00. En cuanto a los perjuicios morales, el Consejo de Estado hubiera condenado a pagar US \$11.257,57, para cada uno de los tres miembros de la familia (...), es decir, US\$33.772,71 para todo el grupo familiar, suma que es superior a los US \$20.000,00 que reconoció la Corte a todos los miembros de la familia del difunto”⁵⁴.

IV. MEDIDAS NO PECUNIARIAS CONSIDERADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Las medidas no pecuniarias de reparación consideradas en las sentencias de reparaciones proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante el período 1996-1997 fueron las siguientes: (i) reconocimiento de responsabilidad por parte de los perpetradores de las violaciones de derechos humanos, (ii) sentencia condenatoria en firme, (iii) sentencia de reparación de la Corte Interamericana (iv) localización e identificación los restos de las víctimas y entrega a los familiares de las mismas.

En efecto, en la sentencia de *El Amparo (1996)* la Corte Interamericana ordenó:

“62. En cuanto a las otras reparaciones no pecuniarias que solicitó la Comisión, la Corte estima que el reconocimiento de responsabilidad que ha hecho Venezuela, la sentencia sobre el fondo de este caso de 18 de enero de 1995 (*cf. Caso El Amparo, supra* 5) y la presente sentencia dictada por esta misma Corte, constituyen, *per se*, una adecuada reparación”.

Por su parte en el caso *Neira Alegria (1996)* el alto tribunal sostuvo lo siguiente:

53 *Ibid.*, p. 84.

54 *Ibid.*, p. 89.

001845

“69. Como una reparación de carácter moral, el Gobierno está en la obligación de hacer todo esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares”.

Finalmente, en el caso *Caballero Delgado y Santana (1997)*, la Corte concluyó:

“58. Para finalizar, la Comisión ha pedido que el Gobierno acepte públicamente su responsabilidad, presente disculpas a los familiares de las víctimas y a la sociedad, otorgue especial atención y aporte económico al colegio que lleva el nombre de Caballero Delgado y desarrolle un programa de promoción y difusión de los derechos humanos. Sobre esas solicitudes esta Corte considera que la sentencia de fondo que dictó en el presente caso y en que se decide que Colombia es responsable de la violación de derechos humanos, y el reconocimiento de responsabilidad reiterado por la agente en el curso de la audiencia pública (*supra* 23) constituyen una adecuada reparación y no procede decretar otras más (*Caso El Amparo. Reparaciones, supra* 15, párr. 62), sin perjuicio de ordenar al Gobierno que continúe los esfuerzos para localizar los restos de las víctimas y entregarlos a los familiares”.

En el presente caso, también se constata que el Estado Colombiano ha adoptado medidas como estas y, en muchas oportunidades las ha excedido, tal y como puede verificarse en la argumentación presentada en la contestación de la demanda. En ella se describen las formas de reparación no pecuniaria llevadas a cabo por el Estado, como el acto público de reconocimiento de responsabilidad, la realización de una exposición fotográfica, la construcción de un monumento y el desarrollo de un encuentro privado y un acto religioso para las víctimas y sus familiares. Pero en ese documento, además, se estudiaron las medidas adoptadas por el Estado para cumplir con el deber de prevención y la obligación de no repetición entre las que estaban las actuaciones estatales contra los grupos al margen de la ley, de orden judicial, legislativo y gubernamental, y las medidas contra la impunidad a cargo de autoridades como la Fiscalía y la Procuraduría, entre otras.

V. CONCLUSIÓN

En este texto hemos mostrado, que i) la jurisdicción contencioso administrativa colombiana aplicó los criterios fijados por la Corte Interamericana al momento de proferir sus pronunciamientos sobre las reparaciones del caso “La Rochela”. ii) En consecuencia, el Estado colombiano cumplió con sus obligaciones internacionales referidas a la reparación de las víctimas por los fatídicos hechos de “La Rochela”. iii) También mostramos que, las obligaciones del Estado colombiano en cuanto a las reparaciones derivadas del caso “La Rochela”, deben calcularse de acuerdo a los criterios considerados por la Corte Interamericana para los años 1995-1996, y no los actuales. iv) En cuanto a las víctimas

que no acudieron al derecho interno colombiano, el Estado reitera que no pueden acudir ahora a la Corte Interamericana, y deben acudir a los mecanismos que ofrece el ordenamiento colombiano.

Por lo anterior, concluimos que la Corte Interamericana debe valorar positivamente el precedente de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana y, a menos que existan valoraciones irrazonables (que no existen) en la tasación de las reparaciones hechas por el Consejo de Estado en 1995-1996, aceptar los pronunciamientos judiciales de esta alta Corporación. Como hemos probado en este escrito, los criterios de reparación del Consejo de Estado durante este periodo, se ajustaban a los de la Corte Interamericana, por lo que resulta inconducente afirmar que tal tasación es irrazonable. Por tal motivo, reiteramos la necesidad de deferencia por parte de la Corte Interamericana, ante el precedente emitido por el Consejo de Estado respecto a las reparaciones derivadas por los hechos de “La Rochela”.

001847

ANEXOS

Anexos al presente escrito, se adjuntan los siguientes documentos, según lo solicitado por la H. Corte Interamericana en la audiencia pública del caso, celebrada los pasados 31 de enero y 01 de febrero de 2007, y detallados en la comunicación de la H. Secretaria de la Corte Interamericana CDH-11.995/140, del 19 de febrero de la presente anualidad:

A. Respecto de la solicitud identificada con la primera letra b), se aporta:

1. Copia simple de la Ley 975 de 2006, con el detalle del texto original según expedición del Congreso de la República, y del texto resultado del control de constitucionalidad a través de la Sentencia C-370 de 2007.
2. Copia simple del Decreto 4760 de 30 de diciembre de 2005, por el cual se reglamenta la Ley 975 de 2005.
3. Copia simple del Decreto 2898 de 29 de agosto de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 975 de 2005.
4. Copia simple del Decreto 3391 de 29 de septiembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 975 de 2005.
5. Copia simple del Decreto 4417 del 07 de diciembre de 2006, por el cual se modifica el Decreto 2898 de 2006.
6. Copia simple del Decreto 315 del 07 de febrero de 2007, por medio del cual se reglamenta la intervención de las víctimas durante la etapa de investigación en los procesos de Justicia y Paz de acuerdo con lo previsto por la Ley 975 de 2005.

7. Copia simple de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997, por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. (*Diario Oficial* n.º 43.201, de 26 de diciembre de 1997).
8. Copia simple de la Ley 548 del 23 de diciembre 1999, por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997 y se dictan otras disposiciones. (*Diario Oficial* n.º 43.827, de 23 de diciembre de 1999).
9. Copia simple de la Ley 782 del 23 de diciembre 2002, por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones. (*Diario Oficial* n.º 45.043, de 23 de diciembre de 2002).
10. Decreto 128 del 22 de enero de 2003, por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil.
11. Decreto 3360 del 24 de noviembre de 2003, por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002.
12. Decreto 2767 del 31 de agosto de 2004, por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación.
13. Decreto 4436 del 11 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 782 de 2002.
14. Resolución 513 del 31 de marzo de 2005, por la cual se establecen las condiciones para el otorgamiento, suspensión y pérdida de beneficios que otorga el Programa para la Reincorporación a la Vida Civil de Personas y Grupos Alzados en Armas.
15. Resolución n.º 281 de 2 de noviembre de 2006, por la cual se decide sobre una petición de Indulto, en virtud de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002.
16. Resolución n.º 284 de 2 de noviembre de 2006, por la cual se decide sobre una petición de Indulto, en virtud de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002.

17. Resolución de 30 de enero de 2007, por la cual se decide sobre una petición de Indulto, en virtud de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002.

18. Informe Personas Postuladas a la Ley 975 de 2005 y beneficiarias del Decreto 128 de 2003.

19. Informe del trámite de solicitudes de Indulto, en virtud de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002, entre septiembre de 2005 a febrero de 2007.

B. Respecto de la solicitud identificada con la segunda letra a), se aporta:

1. Certificación de la Secretaria de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en relación con el estado del proceso de nulidad en contra del Decreto 321 de 2003.

C. Respecto de la solicitud identificada con la segunda letra b), se aporta:

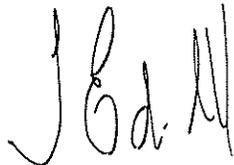
1. Oficio 36 del 22 de febrero de 2007, mediante el cual el Fiscal de caso de “La Rochela” actualiza el estado actual de las investigaciones del presente caso.

D. Documentos varios:

1. Resolución del 19 de enero de 2007, en la cual se determina que la acción penal en contra del imputado LUIS ENRIQUE ANDRADE ORTIZ no se encuentra prescrita, en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos, y que por lo tanto se continua con la investigación en su contra.

2. Informe de la Procuraduría General de la Nación, sobre su actuación en la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.

3. Otros documentos.



EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Agente del Estado de Colombia