

**El derecho de las víctimas
a la reparación integral.
Balance y perspectivas**



CONTENIDO

Director.

Germán Palacio Castañeda

Comité Editorial.

Jairo Estrada Álvarez
Mario Aguilera
Germán Burgos
Jorge Carvajal
Andrea Becerra

Comité Científico Internacional.

Laura Pautassi (Argentina)
Carlos Federico Mares. (Brasil)
Víctor Manuel Moncayo. (Colombia)
Manuel Jacques. (Chile)
Felipe Gómez Isa (España)
Magdalena Gómez. (México)

Junta Directiva ILSA.

Manuel Jacques, presidente de ILSA. (Chile)
Carlos Federico Mares. (Brasil)
Debra Evenson. (Estados Unidos)
Germán Palacio. (Colombia)
Héctor-León Moncayo Salcedo. (Colombia)
Magdalena Gómez. (México)
Ramón Custodio López. (Honduras)
Víctor Manuel Moncayo. (Colombia)

Dirección Ejecutiva ILSA.

Jairo Estrada Álvarez - Director
Sergio Moreno Rubio - Asistente dirección

Equipo de investigación ILSA

Ana Lucía Maya Aguirre
Andrea Becerra
Angel Libardo Herreño Hernández
Carolina Salazar Leal
Fabián Enrique Oyaga Martínez
Germán Burgos Silva
Héctor-León Moncayo
Ismael Díaz Barbosa
Jorge Carvajal Martínez
Jesús Aníbal Suárez Montoya
María Eugenia Ramírez Brizneda
Margarita Flórez Alonso

© ILSA- Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos
Calle 38 N° 16-45, Bogotá, Colombia
Tels.: 2880416, 2884772, 2884437
Correo electrónico: ilsa@ilsa.org.co, ilsa@etb.net.co
Página web: www.ilsa.org.co

ISSN colección: 0122225-2
ISSN este número: 9770122225001 00037

Ilustración de cubierta: Thania López
Corrección de textos: María José Díaz Granados
Traducción: Jurg Schiess
Coordinación Editorial: Publicaciones ILSA
Impresión: Gente Nueva Editorial
Bogotá, diciembre de 2007.

El contenido de esta publicación es responsabilidad de los autores y no compromete la opinión del Instituto de Estudios Colombianos de la Universidad de la Florida

Presentación	7
EL derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos. FELIPE GÓMEZ ISA	11
Contribuciones hacia la reivindicación social de un derecho a la memoria. JOSE DARÍO ANTEQUERA GUZMÁN	65
Derecho a la reparación y género en los conflictos armados. GABY ORÉ AGUILAR.....	97
Estándares internacionales en materia del derecho a la reparación integral. Balance de su aplicación frente a las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia. CARMEN ANDREA BECERRA BECERRA	127
Marco jurisprudencial de aplicación e interpretación de la Ley 975 de 2005. Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006 MARGARITA ZEA	163
¿Desmonte del Narcoparaestatismo? CAMILO GONZÁLEZ POSSO.....	199
El Efecto de la implementación de la ley de justicia y paz y de la desmovilización de los grupos paramilitares en los derechos humanos de las mujeres en Colombia CORPORACIÓN SISMA MUJER - COLOMBIA.....	215

PRESENTACIÓN

La adopción por parte de los Estados de estándares internacionales en materia de los derechos de las víctimas, impone la obligación de reconocer, proteger y garantizar los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, persistiendo esta obligación en todo momento: en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, en tiempos de paz e incluso en contextos de conflicto armado.

Existe un consenso desarrollado a través de las normas que integran los principios y tratados internacionales, en virtud del cual no es legítimo desconocer ni limitar los derechos de las víctimas en nombre de la paz, ni en nombre de la guerra, ni de la transición, ni de la democracia; teniendo en cuenta que la adopción de versiones limitadas o fragmentadas de los derechos de las víctimas, o la imposibilidad en la aplicación de garantías y mecanismos concretos para lograr la exigibilidad de sus derechos, tienen implicaciones profundas para el restablecimiento de la democracia y para la búsqueda de la paz.

Partiendo del reconocimiento de ese consenso, e indagando acerca de las fuentes del mismo, de las dificultades en su aplicación y de las perspectivas en cuanto a los mecanismos que garanticen la realización de los derechos de las víctimas, el presente número de la revista *El otro derecho. "El derecho de las víctimas a la reparación integral. Balance y perspectivas"*, reúne una serie de trabajos que permiten analizar estos aspectos a través del registro y la valoración de experiencias comparadas, y abordar un balance de la aplicación de los derechos de las víctimas en la legislación nacional e internacional vigente en Colombia.

En el artículo titulado "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos", Felipe Gómez Isa, profesor titular de derecho internacional público de la Universidad de Deusto, investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, y director del European Master in Human Rights and Democratisation, analiza y destaca la inclusión de la perspectiva de las

víctimas en el ámbito nacional e internacional como un proceso reciente de posicionamiento que se presenta al abordar las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos durante la segunda mitad del siglo XX, proceso que a su vez ha dado lugar al surgimiento de la llamada *cultura de las víctimas* y, paralelamente, al reconocimiento de una *cultura de la memoria* como elemento indispensable para la comprensión de los derechos de las víctimas desde un enfoque integral, así como para la construcción de un futuro en el que se verifique el cumplimiento de las garantías de no repetición.

El tema de la memoria es retomado en el artículo “Contribuciones para la reivindicación social de un derecho a la memoria” de José Darío Antequera Guzmán, abogado de la Universidad Externado de Colombia e integrante del Movimiento de Hijos e Hijas por la memoria y contra la impunidad; partiendo de la articulación de elementos conceptuales, jurídicos y políticos, el autor plantea la reivindicación social del derecho a la memoria, abordando este derecho a partir de la comprensión de la naturaleza del problema de la construcción de la(s) memoria(s) en sociedades que aún se encuentran en conflicto. Uno de los aportes del texto mencionado radica precisamente en evidenciar la insuficiencia del enfoque exclusivamente jurídico e individual de los derechos de las víctimas, avanzando hacia la propuesta de criterios de regulación de una política de la memoria de carácter pedagógico, público, participativo, dotada de mecanismos que garanticen su exigibilidad. El abordaje de la reparación integral desde perspectivas diferenciadas y complementarias a las estrategias jurídicas vincula el artículo anterior y el que se describirá a continuación en cuanto a la necesidad de entreverar y desarrollar respuestas jurídicas con otras respuestas y marcos de acción desde el Estado. Bajo el título: “Derecho a la reparación y género en los conflictos armados”, Gaby Oré Aguilar aborda un análisis de los conceptos y las interpretaciones de la normatividad y la jurisprudencia internacional en materia de los derechos de las víctimas, haciendo especial énfasis en el derecho a obtener recursos y el derecho a la reparación, especificando el análisis del impacto que este marco legal tiene en cuanto a la reparación de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres, y destacando que la legislación penal internacional continúa siendo insuficiente e inadecuada para dar respuesta a las demandas de reparación de las mujeres, siendo necesaria la articulación de respuestas jurídicas con otras respuestas y marcos de acción desde el Estado y los agentes privados, que contribuyan a garantizar el derecho de las mujeres a la reparación integral durante el conflicto.

El artículo “Estándares internacionales en materia del derecho a la reparación integral. Balance de su aplicación frente a las víctimas

del desplazamiento forzado en Colombia”, escrito por Carmen Andrea Becerra Becerra, investigadora del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), da continuidad al análisis de los estándares internacionales en materia de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, formulando una propuesta de balance del marco normativo promulgado en Colombia con la finalidad de desarrollar un modelo de justicia transicional impuesto por el gobierno en un contexto en el que sólo de manera ilusoria podría afirmarse la proximidad del posconflicto ante la inminencia de la crisis humanitaria resultante del conjunto de derechos vulnerados, y al verificarse el abandono forzado y el despojo de tierras de un número cada vez mayor de población. El énfasis del análisis que se propone recae sobre las víctimas del desplazamiento forzado, a partir de las dificultades en la adopción de un modelo de justicia transicional, la continuidad del desplazamiento forzado bajo el modelo de justicia transicional a la colombiana y, finalmente, el margen de impunidad frente al delito de desplazamiento forzado.

El análisis del alcance y la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación se encuentra presente en el artículo “Marco jurisprudencial de aplicación e interpretación de la Ley 975 de 2005 Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional”, escrito por Margarita Zea, abogada especializada en derecho constitucional, partiendo del estudio y sistematización de los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad de la Ley 975 de 2005, especificando cada uno de los aspectos que examinó la Corte en la sentencia C-370 de 2006, particularmente en lo relacionado con los derechos de las víctimas, frente a tres aspectos: los cargos que fundamentaron las demandas de inconstitucionalidad que dieron origen a la referida sentencia, el precedente que la Corporación ha sentado al respecto, y los estándares internacionales que regulan la materia, valorando el alcance de la sentencia y sus repercusiones para la aplicación de la Ley 975 de 2005. El análisis del contexto de aplicación de esta ley, es abordado en el artículo “¿Desmonte del Narcoparaestatismo?”, de Camilo González Posso, presidente de Indepaz, tomando como punto de partida el impacto de las desmovilizaciones y la emergencia de los denominados por el gobierno *grupos armados ilegales*.

Un análisis detallado de las dificultades en la aplicación de los derechos de las mujeres a la verdad, justicia, reparación y las garantías de no repetición es abordado en el artículo “*El efecto de la implementación de la ley de justicia y paz y de la desmovilización de los grupos paramilitares en los derechos humanos de las mujeres en Colombia*” de la Corporación Sisma Mujer - Colombia, a partir del desarrollo del tema de la violencia sexual contra las mujeres cometida por los grupos paramilitares; reconociendo de antemano que todos

los actores armados, incluidas las guerrillas y agentes del Estado, han victimizado a la mujer, han ejercido en su contra violencia sexual como una estrategia de guerra y, al igual que en el caso de los paramilitares, esta violencia ha sido invisibilizada.

Este artículo coincide con los demás en el reconocimiento del legado histórico de las experiencias encaminadas hacia la búsqueda de la paz, reiterando que no es posible abordar el camino hacia la credibilidad institucional y el restablecimiento del Estado de Derecho si las víctimas han sido ignoradas y excluidas del debate y de la adopción de las medidas encaminadas a la reparación integral; en este sentido, la participación de las víctimas resulta fundamental para la adopción de un marco jurídico que posibilite el ejercicio y la garantía plena de los estándares internacionales de protección de sus derechos.

El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos*

FELIPE GÓMEZ ISA**

“*Que no es venganza, es justicia*”
En memoria de Simon Wiesenthal



Este artículo analiza y destaca el énfasis creciente de la inclusión de la perspectiva de las víctimas en el ámbito nacional e internacional al abordar las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos durante la segunda mitad del siglo XX. Este proceso apenas reciente ha dado lugar, a su vez, al surgimiento de la llamada *cultura de las víctimas*, y a la necesidad de continuar cimentando una *cultura de la memoria* como elemento indispensable para construir un futuro en el que el pasado no se repita. El derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos han contribuido también al posicionamiento de la comprensión de los derechos de las víctimas desde un enfoque integral que va más allá del plano jurídico, llegando incluso al reconocimiento de las políticas de memoria en el marco de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

Palabras clave: Derechos de las víctimas, políticas de memoria, reparación, derechos humanos



The victims' right to reparation for grave and systematic violations of human rights

This article analyzes and stresses the increasing emphasis given, on a national and international level, to the inclusion of the victims' perspective when it comes to discuss the grave and systematic violations of human rights during the second half of the 20th century. This recently started process has led to the coming up of the so called *culture of the victims* as well as to the necessity

* Publicado en Felipe Gómez Isa (2006). Este artículo es una versión actualizada de la introducción que figura en el libro de Gomez Isa (2006).

** Profesor titular de derecho internacional público de la Universidad de Deusto, investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, director del European Master in Human Rights and Democratisation.

to continue strengthening a *culture of memory* as an essential element for the construction of a future in which the past will not be repeated. The international law of human rights and the jurisprudence of international human rights courts have also contributed to highlight the understanding of the victims' rights from an integral point of view. This focus goes beyond mere legal aspects and includes the politics of memory within the framework of the rights to truth, justice, reparation and guarantees of non-repetition.

Key words: Victim's right, politics of memory, reparation, human rights

INTRODUCCIÓN

El objetivo básico de este artículo es demostrar cómo, en primer lugar, la mirada y la perspectiva de las víctimas se han convertido en un elemento esencial a la hora de abordar las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos¹. Si tradicionalmente los protagonistas han sido el Estado y el victimario, normalmente un funcionario o un agente del Estado, ahora se observa un énfasis creciente en las víctimas y en todo lo que las rodea, lo que ha hecho que estén comenzando a dejar de estar situadas “en la periferia de la agenda política tanto a nivel interno como en la esfera internacional” (Bottigliero, 2004, p. 2). Este novedoso proceso ha hecho que esté emergiendo cada vez con más fuerza una auténtica *cultura de las víctimas* (Barkan, 2003, p. 409), lo que, según algunas opiniones autorizadas, está conduciendo a la “necesidad de construir una *cultura de la memoria* que permita a las generaciones presentes construir un futuro en el que el pasado no se repita” (Mate, 2003, p. 10). Así mismo, y en parte como consecuencia de este nuevo horizonte hermenéutico, se ha ido afirmando progresivamente en el derecho internacional de los derechos humanos y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos el *derecho* de las víctimas de violaciones de derechos humanos a obtener *reparación*.

Esta reparación es entendida en un sentido amplio, incluyendo, además de la tradicional compensación económica, aspectos simbólicos que pretenden una satisfacción plena y equitativa y aspectos médicos y psicosociales que tienen como objetivo la rehabilitación de las personas que han sufrido las consecuencias de las violaciones de los derechos humanos. Es en el marco de esta concepción integral de la reparación² donde cobran sentido las *políticas de memoria*, ya que la memoria y el

¹ Ver al respecto el sugerente enfoque de Martínez de Bringas (2004).

² Un ámbito en el cual se está discutiendo mucho sobre las políticas de reparación es el de las denominadas “injusticias históricas”, que tienen que ver fundamentalmente con los siglos de colonialismo, la esclavitud o la discriminación secular de los pueblos indígenas, en Barkan (2000).

En este artículo no me voy a centrar en ese ámbito de las reparaciones. Mi aportación se centrará fundamentalmente en el derecho a la reparación tras graves violaciones de derechos humanos en contextos de transición política de un sistema autoritario a un sistema democrático o en procesos de superación de periodos de violencia extrema, lo que ha dado lugar a la aparición de diferentes

recuerdo se convierten en un ingrediente esencial de la reparación que se debe a las víctimas.

Tradicionalmente, ni el derecho penal ni el derecho internacional de los derechos humanos han reservado un papel destacado a las víctimas de los abusos, sino que se han centrado en el Estado y en el perpetrador (Nowak, 2003, p. 277). Esta situación ha comenzado a cambiar y en 1985, en el marco del séptimo Congreso de las Naciones

Unidas sobre Prevención del Crimen, se adoptó la Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos Y Del Abuso De Poder,³ el primer acercamiento global y sistemático a la situación y los derechos de las víctimas. Tras una definición relativamente amplia de lo que se puede considerar como “víctima”,⁴ la Declaración aborda el acceso a la justicia y el trato justo que deben recibir dichas víctimas, la indemnización y asistencia... Esta iniciativa, junto con otras similares en otras Organizaciones Internacionales de carácter regional, como el Consejo de Europa⁵ o la Unión Europea⁶, han contribuido a la emergencia de una nueva concepción de la justicia, pasando de una concepción retributiva de la justicia a una *justicia restauradora* (Strang, 2002).⁷ En esta nueva aproximación, más que centrarse en el castigo al culpable, algo que evidentemente no se excluye, se pone el acento en situar al ofensor, a la víctima y a la comunidad en una situación de relativa simetría para así poder buscar la justicia, la reparación, y, en último término, si es que es posible, la reconciliación (Rigby, 2001). Desde esta nueva óptica, los derechos de la víctima y el afrontamiento de su situación de victimización y sus consecuencias pasan a ocupar un lugar privilegiado.

Una buena muestra de que el enfoque orientado hacia las víctimas ha adquirido carta de naturaleza en el panorama jurídico

³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

⁴ A la luz de la Declaración se entenderá por víctimas “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder... En la expresión víctima se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización” (A. 1 y 2).

⁵ Ver al respecto la Convención Europea sobre la Compensación a las Víctimas de Crímenes Violentos, abierta a la firma y ratificación el 24 de noviembre de 1983, ha entrado en vigor el 1 de febrero de 1988.

⁶ Decisión Marco sobre la situación de las víctimas en los procesos penales, adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 15 de marzo de 2001.

⁷ En los últimos tiempos está surgiendo un debate muy interesante sobre los diferentes modelos de justicia y sobre el papel que desempeñan la reparación, la reconstrucción social, la reconciliación. Ello ha dado lugar a referencias a una *justicia restauradora*, que es el término clásico, *justicia reparadora* o *justicia transformadora*, matices que serán analizados cuando abordemos el tema de las reparaciones. Ver al respecto Mani (2002).

internacional actual es el importante rol que desempeñan dichas víctimas en el Estatuto de Roma para la creación del Tribunal Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 y que ha entrado en vigor en julio de 2002. Además de la creación de una Dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría del Tribunal (artículo 43.6) y de diferentes medidas para la protección de la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas (artículos 57.3c) y 68), el Estatuto de Roma contempla la reparación a las víctimas, incluyendo la restitución, la indemnización y la rehabilitación (Jorda y De Hemptinne, 2002, pp. 1387-1419). Para ello, en virtud del artículo 79 del Estatuto, se establece la creación de un “Fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia del Tribunal y de sus familias”.⁸

Un último hito en toda esta evolución que plasma una creciente atención a las víctimas y a las reparaciones ha sido la reciente aprobación en diciembre de 2005 por la Asamblea General de las Naciones Unidas 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*.⁹ Lo cierto es que desde principios de los noventa las Naciones Unidas han liderado un proceso de precisión tanto jurídica como conceptual del derecho a la reparación que pueda servir para aportar un marco general que aporte luces a la hora de elaborar una política de reparaciones por parte de un Estado. En 1989 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías¹⁰ encomendó al jurista holandés Theo Van Boven la tarea de elaborar un estudio sobre el derecho a la reparación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos. El informe final fue presentado en 1993,¹¹ pasando a ser estudiado y comentado por los diferentes Gobiernos, Organizaciones Internacionales, ONG. En 1998 la Comisión de Derechos Humanos¹² confió al experto Cherif Bassiouni la revisión de los Principios y Directrices básicos elaborados por Van Boven, presentando su informe definitivo en enero de 2000.¹³ Tras este informe y tras varias reuniones

⁸ Las posibilidades y las limitaciones de este fondo fiduciario se analizan con detalle en De Greiff y Wierda, (2005, pp. 225-243).

⁹ Resolución 60/147, del 16 de diciembre de 2005. Por la extrema importancia que revisten estos Principios los reproducimos como Anexo a este artículo.

¹⁰ Resolución 1989/13.

¹¹ Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993.

¹² Resolución 198/43.

¹³ El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe final del relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 19/33 de la Comisión, E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000.

consultivas con los principales agentes implicados en la elaboración de los Principios sobre el derecho a la reparación, finalmente la Comisión de Derechos Humanos los aprobó en abril de 2005 tras 15 años de trabajos y de discusiones,¹⁴ siendo posteriormente aprobados tanto por el ECOSOC como por, finalmente, la Asamblea General de las Naciones Unidas. Como no podía ser de otra forma, estos Principios sitúan a la víctima en el epicentro del derecho a la reparación. Ya en el propio preámbulo, el texto señala que la comunidad internacional al aprobar estos Principios “hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas”, adoptando como eje transversal un “enfoque orientado a las víctimas”. En coherencia con este planteamiento, los Principios optan por una noción bastante amplia de víctima, ya que, según el principio octavo, “se entenderá por víctima toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”. Por otro lado, los Principios establecen que “las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias”, debiendo velar el Estado “por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencias o traumas gocen de una consideración y atención especiales, para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma”.¹⁵

Una vez analizado el contexto general en el que se enmarca el creciente interés por las víctimas de las violaciones de los derechos humanos y por la correspondiente reparación que se les debe, a continuación nos vamos a detener en el estudio de la obligación de reparar en el derecho internacional contemporáneo.

¹⁴ Desgraciadamente, a pesar de todos los esfuerzos desplegados para tratar de alcanzar un consenso sobre los Principios, la resolución fue aprobada por 40 votos a favor y ninguno en contra, aunque con las abstenciones de 13 países, entre los que se encuentran miembros tan destacados de la Comisión de Derechos Humanos como Alemania, India o Estados Unidos.

¹⁵ Principio 10.

LA OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO CAUSADO

Uno de los principios fundamentales del derecho internacional es la obligación de reparar el daño cuando se comete un hecho ilícito internacional. Nos encontramos ante un deber de carácter *secundario*, ya que el deber *primario* que tiene todo Estado es cumplir con sus compromisos jurídicos internacionales, sean éstos de naturaleza convencional o consuetudinaria.¹⁶ Cuando un Estado incumple uno de esos compromisos surgen dos obligaciones: el cese de la violación y el ofrecimiento de garantías de no repetición de esa conducta y, en segundo lugar, la obligación de reparar el daño causado.¹⁷ Estas dos obligaciones vienen expresamente recogidas en el *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* aprobado por la Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas (CDI) en su 53º período de sesiones en 2001.¹⁸ Como señala el artículo 31.1 de este Proyecto de artículos “el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”.¹⁹ La primera ocasión en la que se sentó de una manera inequívoca este principio fue en el célebre *Asunto de la Fábrica de Chorzow*, en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que “es un principio de derecho internacional, e incluso un concepto general del derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso entraña *la obligación de efectuar una reparación*”²⁰ (énfasis agregado). Con posterioridad, este principio ha sido reconocido y consagrado por la jurisprudencia internacional en reiteradas ocasiones,²¹ siendo una de las

¹⁶ El principio *pacta sunt servanda* viene expresamente recogido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (19 69), que en este ámbito no hace más que codificar el derecho internacional consuetudinario firmemente establecido. Como señala el artículo 26 de la citada Convención, “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Asimismo, el artículo 27 establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

¹⁷ La Corte Internacional de Justicia ha señalado que la obligación de reparar y las formas de reparación establecidas por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso de la Fábrica de Chorzow (1928) que comentamos unas líneas más abajo tienen carácter consuetudinario según el derecho internacional, en *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, para. 152

¹⁸ El proyecto de artículos ha sido aprobado y recogido como Anexo por la Asamblea General de las Naciones Unidas en virtud de su resolución 56/83, bajo el título *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*.

¹⁹ Por su parte, el párrafo 2 de este mismo artículo 31 dispone que “el perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, creado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”.

²⁰ *Factory at Chorzow*, Merits, Judgement nº 13, PCIJ, Series A, 1928, nº 17, p. 29.

²¹ *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, p. 184; *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, ICJ Reports 1980, para. 90.

últimas en el *Caso sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un Muro en los territorios palestinos ocupados*.²²

Una vez sentada claramente la obligación de reparar como obligación interestatal, nos tenemos que preguntar si esta obligación también alcanza a las obligaciones internacionales en las que los sujetos protegidos son los individuos, es decir, si existe una obligación de reparar por violaciones de derechos humanos. El propio Proyecto de artículos de la CDI responde afirmativamente a esta cuestión cuando señala en su artículo 33.2 que “la presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”.²³ Por otro lado, como veremos detenidamente, los propios tratados de derechos humanos, tanto de carácter universal como regional, recogen disposiciones que establecen la obligación de reparar el daño causado por parte del Estado que ha incurrido en una violación de los mismos.²⁴ En este sentido, debemos destacar el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969)²⁵ que prescribe que:

“cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá..., 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”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a este artículo en una de sus sentencias, ha señalado que “lo dispuesto en este artículo corresponde a uno de los principios fundamentales del Derecho internacional, tal como lo reconoce la jurisprudencia”.²⁶

²² En este caso, la Corte Internacional de Justicia ha sostenido que “... Israel is under a legal obligation to make reparation for the damage arising from its unlawful conduct... such reparation should first of all take the form of restitution, namely demolition of those portions of the wall constructed in the Occupied Palestinian Territory and annulment of the legal acts associated with its construction and the restoration of property requisitioned or expropriated for that purpose; reparation should also include appropriate compensation for individuals whose homes or agricultural holdings have been destroyed”, en *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, para. 145.

²³ Este extremo ha sido admitido por el propio Tribunal Internacional de Justicia en *Case Concerning the Viena Convention on Consular Relations (La Grand Case)*, ICJ Reports, 2001.

²⁴ Ver al respecto Salado Osuna (2005, pp. 1251-1271).

²⁵ Un análisis interesante sobre la trascendencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y de su aporte en materia de reparaciones figura en Cançado Trindade (2004, pp. 565 y ss.).

²⁶ *Caso El Amparo vs. Venezuela*, Reparaciones, sentencia de 14 de septiembre de 196, Serie C, nº 28, para. 14.

Una vez sentado claramente el deber de los Estados de reparar el daño causado por violaciones de los derechos humanos, nos surge la duda de si este deber ha dado lugar a la aparición de un derecho general de las víctimas a la reparación.

EL DERECHO A LA REPARACIÓN

Desde principios de los años noventa se lleva intentando establecer una formulación adecuada de un *derecho a la reparación* de las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Este derecho a la reparación, si bien no está explícitamente reconocido como un auténtico derecho en el derecho internacional de los derechos humanos, se puede derivar de los instrumentos internacionales que, tanto a nivel universal como en el ámbito regional, reconocen y protegen los derechos humanos.²⁷ Esto es precisamente lo que señalan los Principios y Directrices sobre el derecho a obtener reparaciones cuando establecen que “los principios y directrices no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario”. Es decir, no nos encontramos ante nuevas obligaciones, sino ante una mera precisión del alcance y del contenido de las obligaciones de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos y del derecho internacional Humanitario. Por su parte, la jurisprudencia de los Tribunales internacionales de derechos humanos y de los órganos de vigilancia establecidos por diversos tratados internacionales (como el Comité de Derechos Humanos o el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas) han afirmado en repetidas ocasiones el derecho que tienen las víctimas de las violaciones de derechos humanos a recibir una reparación justa y equitativa. En este sentido, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como, sobre todo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos han emitido decisiones muy ilustrativas respecto del derecho a la reparación. No me resisto a citar aquí uno de los párrafos más elocuentes sobre la reparación de la memorable sentencia *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), relativa a un caso sobre la desaparición y muerte posterior de un ciudadano hondureño a manos de las Fuerzas de Seguridad. Como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los

²⁷ Esto supone para algunos sectores de la doctrina un reconocimiento “indirecto” del derecho a la reparación en el derecho internacional de los derechos humanos (Bottigliero, 2004, pp. 112 y ss).

derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones... a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una *reparación adecuada*” (énfasis agregado).²⁸

Aunque, como acabamos de señalar, no hay un reconocimiento expreso de un derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos a ser destinatarias de reparación, este derecho se puede formular sobre la base de, en primer lugar, la obligación que asumen los Estados de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos cuando ratifican los principales instrumentos universales y regionales de derechos humanos y, en segundo lugar, del derecho de las víctimas a un remedio efectivo cuando se produce una violación de los mismos.

La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos

La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos figura en la mayor parte de los tratados tanto universales como regionales de derechos humanos. Así, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP)²⁹ establece que “cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto...”. Disposiciones similares figuran en otros tratados internacionales de derechos humanos como la Convención Europea de Derechos Humanos (1950),³⁰ la Convención Americana de Derechos Humanos (1969)³¹ o instrumentos específicos como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984).³² Aquí debemos señalar que la Corte

²⁸ Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, n° 4, para 174.

²⁹ Aprobado en 1966, entró en vigor en 1976. Actualmente es el tratado universal que reconoce los derechos civiles y políticos que goza de una mayor aceptación, ya que, a 15 de septiembre de 2005, 154 Estados han aceptado sus disposiciones.

³⁰ Artículo 1: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

³¹ Artículo 1: “los 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...”.

³² Artículos 2 y 4. El artículo 2.1 de esta Convención señala que “todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”.

Interamericana de Derechos Humanos ha basado su rica y progresiva jurisprudencia inaugurada con el caso Velásquez Rodríguez en materia de reparaciones en el artículo 1 de la Convención Americana en lugar de en el artículo 25, que es el que recoge el derecho a un remedio efectivo. Para la Corte, las obligaciones que emanan del artículo 1 imponen la obligación de prevenir, investigar y castigar las violaciones de los derechos humanos, la obligación de restaurar el derecho vulnerado y la obligación de ofrecer una adecuada reparación por los daños ocasionados.³³

Según los Principios y Directrices aprobados en 2005, la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas de derechos humanos incluye:

- la adopción de disposiciones legislativas, administrativas o de otro carácter que sean apropiadas para impedir las violaciones;
- la investigación de las violaciones y, en su caso, la adopción de medidas contra los presuntos responsables;
- la garantía de un acceso equitativo y efectivo a la justicia a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos; y
- el proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluyendo la reparación.³⁴

EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

El derecho de las víctimas a un remedio efectivo también aparece recogido en los principales instrumentos de derechos humanos, destacando una vez más el artículo 2.3 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, que señala que "... toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso³⁵ efectivo...". Disposiciones en la

³³ Un interesantísimo análisis de la evolución y el alcance progresivo de la jurisprudencia de la Corte en materia de reparaciones se puede encontrar en Cassel (2005) (artículo en poder del autor de esta contribución).

³⁴ Principio 2.

³⁵ La versión española del Pacto se refiere a "recurso", mientras que el término más correcto quizás sería remedio, traducción del término inglés "*remedy*". Lo cierto es que, desde el punto de vista jurídico, *remedy* se refiere tanto al remedio procedimental (derecho a un recurso judicial) como al remedio sustantivo (el derecho a una reparación). Este es el sentido de la definición de "*remedy*" que figura en el *Black's Law Dictionary* (Fifth Edition, 1979) cuando se refiere a este término como "the means by which a right is enforced or the violation of a right is prevented, redressed, or compensated... (or) any remedial right to which an aggrieved party is entitled with or without resort to a tribunal". Sobre toda esta discusión, ver MYNTTI (2003, pp. 315 y ss.).

misma línea figuran en la Convención Europea de Derechos Humanos³⁶ o en la Convención Americana,³⁷ así como en diferentes tratados internacionales de carácter universal, como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes,³⁸ o la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.³⁹ Según interpretaciones autorizadas (Shelton, 1999; Meron, 1989), el derecho de las víctimas a un remedio efectivo conlleva tanto el derecho procedimental de acceso a la justicia como el derecho subjetivo a la reparación. Además, algunas disposiciones específicas de ciertos tratados contienen el reconocimiento de un derecho a la reparación ante la violación de determinados derechos. Así, el artículo 9.5 del PIDCP dispone que "toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación".⁴⁰ En idéntico sentido se pronuncia la Convención Europea de Derechos Humanos cuando, en su artículo 5.5, establece que "toda persona víctima de arresto o detención, en condiciones contrarias a las disposiciones del presente artículo, tendrá derecho a una reparación". Otro ejemplo relevante de que para el derecho internacional de los derechos humanos el derecho a la reparación no es algo extraño viene de la mano de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes cuando señala que "todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de una acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible...".⁴¹ Otros ejemplos de reconocimiento de un derecho a la reparación ante violaciones concretas de ciertos derechos aparecen recogidos, entre otras, en la Convención sobre la Eliminación

³⁶ Artículo 13: "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales"

³⁷ Artículo 25.1: "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..."

³⁸ Artículo 13: "Todo Estado Parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura... tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes..."

³⁹ Artículo 6: "Los Estados Partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial..."

⁴⁰ Ver, asimismo, el artículo 14.6 del Pacto, que establece la necesaria indemnización para las personas que han sido condenadas por una sentencia firme que luego se demuestra errónea o que es revocada con posterioridad.

⁴¹ Artículo 14

de Todas las Formas de Discriminación Racial,⁴² la Convención sobre los Derechos del Niño,⁴³ la Convención Americana de Derechos Humanos,⁴⁴ la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos,⁴⁵ la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁴⁶ o el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT).⁴⁷ Finalmente, aunque todavía no ha sido aprobada como tratado internacional, el artículo 19 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴⁸ en 1993 dispone que “las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familias deberán obtener reparación y tendrán derecho a ser indemnizadas y a disponer de los medios que les aseguren una readaptación tan completa como sea posible”.

Esta opinión ha sido asumida por el propio Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en un Comentario General sobre el artículo 2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. En este Comentario del órgano encargado de velar por el cumplimiento del Pacto el Comité señala, en primer lugar, que el artículo 2.3 exige que

⁴² Artículo 6: “los Estados Partes asegurarán a todas las personas... el derecho a pedir a (los) tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas...”.

⁴³ Artículo 39 : “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso...”.

⁴⁴ Artículo 10: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada... en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

⁴⁵ Artículo 21.2: “en caso de despojo, el pueblo despojado tiene derecho a la legítima recuperación de sus bienes, así como a una indemnización adecuada”. A diferencia de las Convenciones Europea y Americana, la Carta Africana carece de una disposición general sobre reparaciones, siendo este artículo 21.2 el único que aborda esta cuestión. Ver al respecto Umozurike (197).

⁴⁶ Cuando un trabajador migrante o algún miembro de su familia es privado arbitrariamente de su propiedad, el artículo 15 de la Convención reconoce su “derecho a una compensación justa y adecuada”, al igual que ocurre cuando son objeto de una detención o arresto arbitrarios (artículo 16.9).

⁴⁷ Los artículos 15 y 16 establecen el derecho de los pueblos indígenas “a percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir” como consecuencia de actividades de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras (artículo 15.2). Cuando excepcionalmente se tenga que producir el traslado y reubicación de pueblos indígenas de su territorio, “dichos pueblos indígenas deberán recibir... tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente... Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles...” (artículo 16.4). Finalmente, “siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado...” (artículo 16.3).

⁴⁸ Resolución 47/13, 12 de febrero de 1993.

los Estados aseguren que los individuos tienen “remedios accesibles y efectivos para defender los derechos”⁴⁹ reconocidos en el Pacto. Además, el artículo 2.3 exige que los Estados “*efectúen una reparación* a los individuos cuyos derechos han sido violados. Sin reparación..., la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es central para la eficacia del artículo 2.3, no se cumple”⁵⁰ (énfasis agregado). Como podemos comprobar, el Comité de Derechos Humanos incluye claramente el derecho a una reparación dentro del derecho a un recurso efectivo. Esta misma postura del Comité ha sido defendida por él mismo de una manera aún más explícita en otro Comentario General, en este caso sobre la prohibición de la tortura (artículo 7 del Pacto). Como señaló el Comité en este sentido, “los Estados no pueden privar a los particulares del *derecho a una reparación efectiva*, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible”⁵¹ (énfasis agregado).

Esta opinión del Comité es coherente con su jurisprudencia, en la que, desde hace ya bastantes años, el Comité, a pesar de que carece de un poder expreso en el PIDCP para ordenar medidas de reparación, lo ha venido haciendo en casos de violaciones graves de los derechos humanos. Así, en el caso Eduardo Bleier c. Uruguay en el que se ventilaba la detención ilegal, las torturas y la posterior desaparición del ciudadano uruguayo E. Bleier, el Comité de Derechos Humanos, ante la pasividad del gobierno uruguayo en este caso, urgía al gobierno a que reconsiderara su posición y adoptara medidas para establecer lo que realmente ocurrió al Sr. Bleier desde su detención, para llevar ante la justicia a las personas responsables de su muerte, desaparición y tortura, así como “pagar una compensación para él o para su familia por todos los daños sufridos”.⁵² En un caso similar en el que el Comité tuvo que analizar la responsabilidad del Estado colombiano por el secuestro, la tortura y la posterior muerte de Nydia Bautista, el órgano de vigilancia del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos llegó a la conclusión de que “de conformidad con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de garantizar a la familia de Nydia Bautista un recurso efectivo que incluya indemnización por daños y perjuicios y la debida protección de los familiares de Nydia Bautista contra todo acto de hostigamiento”.⁵³ Del análisis de estos casos, y de muchos otros en

⁴⁹ The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, General Comment n° 31, 26 May 2004, para. 15.

⁵⁰ The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, General Comment n° 31, 26 May 2004, para. 16.

⁵¹ Torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, General Comment n° 7, A/48/40, 1982, para. 15.

⁵² Eduardo Bleier v. Uruguay, Communication R. 7/30 (23 May 1978), A/37/40, 1982, para. 15.

⁵³ CCPR/C/55/D/563/193, 13 de noviembre de 1995, para. 10.

idéntico sentido,⁵⁴ se puede considerar como jurisprudencia consolidada del Comité la inclusión del derecho a la reparación como una emanación del derecho a un remedio efectivo reconocido en el Pacto.⁵⁵

Por su parte, los Tribunales internacionales de derechos humanos creados al amparo de la Convención Europea y la Convención Americana sí que cuentan con capacidad para ordenar en sus sentencias una reparación a las víctimas de la violación de los derechos humanos. En este sentido, tanto el artículo 41 de la Convención Europea como el artículo 63.1 de la Convención Americana prevén dicha posibilidad de ordenar la reparación por los daños causados a las víctimas.⁵⁶ Veremos en su momento cómo, a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ha limitado fundamentalmente a ordenar la reparación de carácter pecuniario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho un uso muy interesante de esta posibilidad, incluyendo aspectos relacionados con la memoria en sus sentencias sobre reparaciones.

El Tribunal Europeo también ha relacionado en varias de sus sentencias en casos de tortura contra Turquía el artículo 3º, que establece la prohibición de la tortura, con el artículo 13º, que es el que consagra el derecho a un recurso efectivo. Así, en el Caso *Aksoy v. Turkey*, el Tribunal señaló que:

la naturaleza del derecho protegido bajo el artículo 3º de la Convención tiene consecuencias para el artículo 13º. Dada la extrema importancia de la prohibición de la tortura y la situación especialmente vulnerable de las víctimas de tortura, el artículo 13 impone ... la obligación a los Estados de llevar a cabo una investigación exhaustiva y efectiva... La noción de un *remedio efectivo* entraña, además del pago de una indemnización cuando sea apropiada, una investigación exhaustiva y efectiva que pueda conducir a la identificación y castigo de los responsables...⁵⁷

⁵⁴ Ver, a título indicativo, *Tshitenge Muteba v. Zaire*, CCPR/C/OP/2, 199 0; *Mariya Staselovich v. Belarus*, CCPR/C/77/D/887, 2003.

⁵⁵ Un análisis interesante de las demandas de reparación ante el PIDCP figura en Klein (19, pp. 27-41).

⁵⁶ Es el caso también del artículo XI (1), Anexo 6, de los Acuerdos de Dayton, que preveían el establecimiento de la Cámara de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina, donde se conceden también amplias facultades a dicha Cámara para otorgar reparaciones, aunque, en la práctica, lo ha hecho de manera muy modesta, imitando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Nowak (2005) (artículo en poder del autor de esta contribución).

⁵⁷ *Aksoy v. Turkey*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, para. 98. Ver en idéntico sentido *Aydin v. Turkey*, sentencia de 25 de septiembre de 1997; *Kurt v. Turkey*, sentencia de 25 de mayo de 1998; *Tanli v. Turkey*, sentencia de 10 de abril de 2001 o *Selmouni v. France*, sentencia de 28 de julio de 1999.

Como podemos comprobar, por lo tanto, el derecho a la reparación se puede derivar de todo un conjunto de normas internacionales relativas a los derechos humanos y de la interpretación que han dado a esas mismas normas los órganos con competencia para ello. Ahora bien, tanto la naturaleza como el contenido y alcance de este derecho emergente son un tanto inciertos y descansan en los amplios márgenes de discrecionalidad con los que cuentan los Estados. Es por ello que, desde principios de los noventa las Naciones Unidas han liderado un proceso de precisión tanto jurídica como conceptual del derecho a la reparación, proceso que acaba de culminar en abril de 2005 con la aprobación de los Principios y Directrices a los que venimos haciendo alusión. Su cometido fundamental ha sido contribuir a delimitar y especificar los contornos y los contenidos específicos del derecho a la reparación.

De todas formas, no existe un consenso unánime en la doctrina en torno a que el derecho a la reparación se haya consolidado en el actual derecho internacional como un auténtico derecho humano.⁵⁸ Mientras que para algunos el derecho a la reparación de las víctimas de violaciones de los derechos humanos está firmemente establecido en el actual derecho internacional (Nowak, 2000, pp. 203-224; Boven, 2003, p. 428),⁵⁹ en cambio, para otros, entre los que destaca Christian Tomuschat (1999, pp. 18 y ss.), reconocer dicho derecho puede que no sea la solución ideal, sobre todo en casos de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos en los que la nación queda profundamente herida y necesita de un largo y omnicompreensivo proceso de sanación. Consagrar un derecho a la reparación en estos contextos puede poner en serio peligro dicho proceso de sanación y reconciliación nacional, un proceso que es fundamentalmente de naturaleza colectiva. En el fondo, los tratados internacionales de derechos humanos no están pensados para dar respuesta a los casos de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, sino que su objetivo es remediar casos individuales. Además, siguiendo a este eminente jurista alemán, el Estado se enfrentaría a un aluvión de demandas de reparación económica, que

⁵⁸ Ahora bien, afortunadamente en la actualidad quedan lejos afirmaciones tan tajantes como las de Dionisio Anzilotti, uno de los máximos exponentes del Derecho Internacional tradicional, cuando en 1905 afirmaba que "... la conduite d'un Etat, toute contraire qu'elle soit au droit international, ne saurait jamais donner naissance à un droit de l'individu à la réparation du dommage souffert" (1905, p. 5).

⁵⁹ A esta misma conclusión ha llegado un equipo de investigadores de la Universidad de Amberes y de Lovaina en un proyecto sobre *El derecho a la reparación en Derecho Internacional*, "The Right to Reparation for Victims of gross and systematic violations of human rights", documento de conclusiones presentado en la Conferencia *The Right to Reparation for Victims of serious human rights violations*, celebrada en Bruselas el 25 de febrero de 2005 (documento en poder del autor).

pueden poner en peligro la propia viabilidad futura del Estado, sobre todo en situaciones transicionales en las que las prioridades suelen ser muchas frente a presupuestos públicos normalmente muy reducidos. El Estado necesita de un cierto margen de apreciación para calibrar holísticamente un programa de reparaciones, un programa que tenga en cuenta tanto las necesidades de las víctimas individuales como las del conjunto de la sociedad.

De todas formas, estas dos visiones aparentemente contradictorias no están tan alejadas la una de la otra. En primer lugar, reconocer un derecho a la reparación no significa reconocerlo de una manera absoluta, para cualquier violación y en cualquier circunstancia; los derechos no son absolutos, sino que cuentan con límites que el Estado tiene que aplicar teniendo en cuenta criterios de equidad y de justicia (O'Shea, 2002, p. 275). Por otro lado, Tomuschat basa sus reticencias al reconocimiento del derecho a la reparación en una concepción muy estrecha del mismo, equiparándolo exclusivamente con una reparación de carácter económico. Si bien la indemnización constituye un elemento importante de la reparación, como veremos más adelante, la reparación integral por la que abogan los Principios y Directrices va mucho más allá de la mera dimensión económica, incluyendo aspectos inmateriales que cada vez son más relevantes en procesos de reparación tras graves violaciones de derechos humanos que persiguen no sólo la satisfacción de las víctimas sino, en último término, la reconciliación de la sociedad. Por lo tanto, teniendo en cuenta estas apreciaciones, podemos afirmar que el derecho a la reparación es un principio emergente en el moderno derecho internacional (Rombouts, 2004, p. 21) al que los Principios y Directrices aprobados en 2005 acaban de dar un espaldarazo que yo calificaría como definitivo. Dicho esto, también debemos reconocer que quedan algunos aspectos del derecho a la reparación que hay que precisar y que necesitan de una serena reflexión y de una adecuada definición.⁶⁰

⁶⁰ "The Right to Reparation for Victims of gross and systematic violations of human rights", documento de conclusiones presentado en la Conferencia *The Right to Reparation for Victims of serious human rights violations*, celebrada en Bruselas el 25 de febrero de 2005 (documento en poder del autor).

VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN: UNA TRÍADA INDISOCIABLE

Tanto los esfuerzos por avanzar en la formulación y reconocimiento de un derecho a la reparación⁶¹ que acabamos de mostrar, como los esfuerzos desplegados desde las Naciones Unidas por acabar con la impunidad en casos violaciones graves de los derechos humanos, coinciden en subrayar la interdependencia y la complementariedad entre el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación. A pesar de que los tres derechos, como vamos a comprobar, son independientes y admiten un cumplimiento separado, la verdad es que se conciben cada vez más como elementos interrelacionados (Bottigliero, 2004, p. 109) y que tienen que estar necesariamente presentes en los procesos en los que se trata de superar un pasado plagado de violaciones de derechos humanos.⁶² Una combinación de estos tres derechos puede que sea lo más adecuado para transitar por el proceloso y siempre difícil camino de la reconciliación nacional tras años de conflicto y de ausencia del respeto a los derechos humanos más básicos.⁶³

El derecho a la verdad

El derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer toda la verdad sobre los sucesos ocurridos es un elemento esencial en un proceso de justicia transicional y de reconciliación (Zalaquett, 1995, pp. 6 y ss.). Sólo cuando las víctimas conocen toda la verdad, y cuando se haya hecho justicia y se hayan reparado los daños causados en la medida en

⁶¹ Ver al respecto los diferentes estudios sobre la impunidad llevados a cabo por el experto Louis Joinet, que culminaron en 197 con la elaboración de un "Conjunto de Principios para la lucha contra la impunidad", en La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos civiles y políticos. Informe elaborado por M. Joinet en aplicación de la decisión 196/119 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/197/20/Rev.1, 2 de octubre de 197. A la experta Diane Orentlicher le ha correspondido actualizar el Conjunto de Principios elaborados por Joinet, en Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de Principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005. Lo importante de ambos informes es que estructuran el Conjunto de Principios sobre la base del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

⁶² Un intento de vincular estos tres derechos en un proceso de justicia transicional es el proceso seguido en Sierra Leona, en el que se conjugaron una Comisión de la Verdad y la Reconciliación, la creación de un Tribunal Especial para Sierra Leona y la elaboración de un programa de reparaciones por parte de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, en Kelsall (s. f., pp. 361-391). Sobre el Tribunal Especial ver Blanc Altemir (2003, pp. 101-137).

⁶³ Esta es la opinión del International Center for Transitional Justice, una organización con sede en Nueva York que se dedica a la asesoría y el apoyo a la hora de emprender procesos de justicia transicional, en Parámetros para el Diseño de un Programa de Reparaciones en el Perú. Informe conjunto del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y la Asociación Pro Derechos Humanos (Aprodeh), septiembre de 2002, en www.ictj.org.

que se pueda, podrá comenzar un verdadero proceso de perdón (que no siempre se tiene por qué dar)⁶⁴ y de reconciliación nacional. Ahora bien, el *conocimiento* que proporciona la verdad tiene que ir acompañado de *reconocimiento* a las víctimas. La verdad no se tiene que quedar en el círculo más íntimo de las víctimas, sino que tiene que ser reconocida oficial y públicamente, elevando así su validez al público y a la sociedad en su conjunto.⁶⁵ Para Barahona de Brito, el reconocimiento “devuelve a las víctimas a la sociedad, que reconoce su sufrimiento, proporcionándoles una forma de justicia distributiva o social, y proporcionando recursos no convencionales tales como la toma de conciencia social, la memoria colectiva, la solidaridad y la superación de la baja autoestima” (Barahona, 2005, p. 25). Como vemos, la verdad pasa a desempeñar una suerte de rol terapéutico, convirtiéndose en un ingrediente esencial del derecho a la reparación.⁶⁶ Esta estrecha relación entre la verdad y la reparación ha sido consagrada en los Principios y Directrices sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones que venimos analizando a lo largo de este estudio. Estos Principios recogen la *satisfacción* como una de las formas de reparación. Entre las medidas conducentes a la satisfacción los Principios mencionan varias que están estrechamente vinculadas con el derecho a la verdad, tanto en su dimensión de conocimiento como de reconocimiento. Así, el principio 22 menciona, entre otras medidas, “la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad; ... una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;... conmemoraciones y homenajes a las víctimas; la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles”.

⁶⁴ Hamber y Wilson nos alertan sobre ciertos discursos bienintencionados, pero simplistas en el fondo, sobre el perdón y la reconciliación tras graves ataques a la dignidad más básica de los seres humanos. Existe una enorme diversidad de respuestas ante el sufrimiento, y esperar que todas las personas perdonen es algo que puede que no acontezca; en ocasiones, habrá que contar con deseos de venganza anclados en una sociedad que convierten en muy difícil un proceso de reconciliación, en Hamber y Wilson (2002, p. 53) (en <http://www.du.edu/humanrights/workingpapers/papers/05-hamber-04-00.pdf>).

⁶⁵ “The Right to Reparation for Victims of gross and systematic violations of human rights”, document de conclusiones presentado en la Conferencia *The Right to Reparation...*, p. 28

⁶⁶ Sobre la relevancia que el reconocimiento y las conmemoraciones desempeñan en la reparación del tejido social, la recuperación de la memoria histórica y la recuperación socio-afectiva de personas y comunidades tras graves violaciones de los derechos humanos consultar Martín (19).

Como podemos ver, el derecho a la verdad conlleva un *deber de memoria* por parte del Estado, ya que “el conocimiento, para un pueblo, de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y como tal debe ser preservado”.⁶⁷ La proclamación de este deber de memoria nos hace preguntarnos si quizás no esté emergiendo también como corolario necesario de todo ello un derecho de las víctimas, de la sociedad y, en ciertos casos, de toda la humanidad,⁶⁸ a la memoria (Cepeda y Girón, s. f.). Nos encontramos ante un derecho de naturaleza individual y colectiva,⁶⁹ ya que no sólo las víctimas tienen el derecho a la verdad, al recuerdo y a la memoria, sino que también la sociedad entera está interesada y necesita poder disfrutar de este derecho Oliveira y Guembe, 2004, p. 541- 558). Ahora bien, este deber de memoria por parte del Estado no significa que el Estado sea el único legitimado para participar en el proceso de mantenimiento o, en su caso, recuperación o reconstrucción de dicha memoria histórica. Y es que la memoria es incómoda, es políticamente incorrecta, y puede llegar incluso a ser vista como peligrosa, ya que nos enfrenta con los demonios y las vergüenzas del pasado, un pasado al que en muchas ocasiones se le han otorgado interpretaciones excesivamente almibaradas y complacientes.⁷⁰ Es por ello que algunos nos alertan, con razón, sobre la “obsesión” de los que mandan por definir “las políticas de la memoria” (Mate, 2003, p. 257), por controlar, de alguna manera, los resultados de dicho proceso, no vaya a ser que lo que encontremos

⁶⁷ La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos civiles y políticos. Informe elaborado por M. Joinet, p. 4.

⁶⁸ En los casos en los que nos encontramos ante auténticos crímenes contra la humanidad es la humanidad quien tiene derecho a la verdad y a la memoria. Una relación de crímenes contra la humanidad figura en el Estatuto de Roma para la creación del Tribunal Penal Internacional (198). Como señala el artículo 7º de este tratado que ha entrado en vigor en 2002, “a los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen contra la humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos...; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de *apartheid*...”. Sobre el papel de la memoria en el caso de crímenes contra la humanidad ver *La memoria frente a los crímenes de lesa humanidad*, Fundación Manuel Cepeda Vargas, Bogotá, 1996.

⁶⁹ La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos civiles y políticos. Informe elaborado por M. Joinet, p. 4

⁷⁰ Este parece ser el caso actual de la reinterpretación de la transición española desde el franquismo hacia la democracia, una transición que todos creíamos modélica pero sobre la cual actualmente están surgiendo algunas dudas y algunos cuestionamientos sobre los “precios” que hubo que pagar. Ha sido la sociedad civil fundamentalmente quien ha liderado este proceso de revisión de nuestra historia reciente desde la recuperación de la memoria de las víctimas de la Guerra Civil. Cfr. Sobre este tema Navarro (2004, pp. 115-131), y Monedero (2004, pp. 13-152).

desestabilice un presente que no se puede entender sin el pasado que se ha tratado de olvidar o de tergiversar. La memoria es un proceso de construcción colectiva en el que tienen que participar los diferentes actores de la vida política y social.⁷¹ Se trata de reconocer el pasado “como fruto de la elaboración social en el espacio público de la historia colectiva y no como la *fabricación* del pasado por el poder a su imagen y semejanza por medio de una especie de *Ministerio de la Verdad* para *oficializar* la historia” (Cepeda y Girón, 2004, p. 85).⁷² En este sentido, la memoria de quienes han sido victimizados se convierte en un elemento relevante en la arena política, ya que acaba constituyendo un “espacio de resistencia a la *represión* (en sentido político y psíquico) del pasado” (p. 91).

Un aspecto importante de este deber de recordar por parte del Estado es la necesaria preservación de los archivos (Canavaggio y Joinet, 2004, p. 17),⁷³ donde se encuentra información sobre las violaciones de los derechos humanos y la adopción de las medidas pertinentes para facilitar la consulta a dichos archivos en interés de las víctimas y de sus familiares para hacer valer sus derechos y para favorecer la investigación histórica.⁷⁴ Como señala a este respecto el *Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos*

⁷¹ Es por ello que este proyecto es de naturaleza interdisciplinar, ya que la construcción de la memoria colectiva viene de la mano del cine, de la literatura, de la actividad puramente académica. Sobre la base de la experiencia de Sudáfrica, Hamber y Wilson han hecho aportaciones muy interesantes sobre los diferentes procesos de construcción de la memoria, ya que, en su opinión, “la memoria no es un objeto claramente establecido, sino la práctica social que elabora narrativas acerca del pasado” (Hamber y Wilson, 2002, pp. 2 y ss.; Vázquez, 2005, pp. 109-143).

⁷² Estos autores se refieren al principio de la *sustancialidad del pasado* como “trasfondo referencial y criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad del poder”. Se trata de que el pasado pueda existir y sea aceptado por el poder, sea parte también del presente. Véase al respecto la polémica suscitada en Francia tras la aprobación de una ley en febrero de 2005 que trata de imponer en los programas escolares una visión positiva de la colonización francesa, en “Passé colonial: la bataille de la mémoire”, *Libération*, lunes 17 octubre 2005, pp. 4 y ss.

⁷³ Un caso en el que la conservación de los documentos necesarios en los archivos y el acceso a ellos por parte de las víctimas se ha demostrado como fundamental es el caso de la reparación a las víctimas de la represión nazi en Austria, en Kriebaum (2003, p. 210).

⁷⁴ Es interesante comprobar cómo, en el contexto del debate en España sobre la elaboración de una Ley de Reparaciones para las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo, una de las principales reivindicaciones de las asociaciones de víctimas y de recuperación de la memoria histórica es, precisamente, la necesidad de preservar los archivos y hacerlos accesibles a las víctimas y a los investigadores. Las asociaciones critican que en ocasiones los familiares de las víctimas se encuentran con archivos militares cerrados para ellos o de muy difícil acceso. Es por ello que solicitan la creación de “un gran archivo informatizado de la represión no para expertos, sino para familiares”, en *El País*, 12 de septiembre de 2005, p. 22. En este sentido, el Congreso de los Diputados acaba de aprobar el 16 de septiembre de 2005, en el marco de la Ley para devolver a la Generalitat de Cataluña los documentos aprehendidos durante y tras la Guerra Civil y depositados en el Archivo de Salamanca, la creación de un Centro Documental de la Memoria.

humanos mediante la lucha contra la impunidad elaborado por la experta independiente Diane Orentlicher en 2005, “el derecho a saber implica la necesidad de preservar los archivos”.⁷⁵

El derecho a la verdad se ha convertido en un principio emergente del derecho internacional (Méndez, 2004, pp. 517-518) que, aunque todavía no se encuentra reconocido explícitamente como tal por ningún tratado internacional de derechos humanos, se puede derivar claramente de los mismos y, además, ha sido acogido, como vamos a ver, por los principales órganos que velan por los derechos humanos en la esfera internacional. De todas maneras, recientemente la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas acaba de aprobar por primera vez en su 61 período de sesiones una resolución sobre el derecho a la verdad,⁷⁶ lo que pone claramente de manifiesto la evolución que está sufriendo este derecho. En esta novedosa resolución, la Comisión, tras declararse consciente de “las relaciones mutuas entre el derecho a la verdad y el derecho de acceso a la justicia, el derecho a obtener un recurso y una reparación efectivos”, reconoce “la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos”. En la misma línea se pronuncia el Conjunto de Principios actualizado para luchar contra la impunidad al que acabamos de hacer referencia. En su principio n° 4 se establece sin ambages que “independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el *derecho imprescriptible a conocer la verdad* acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima” (énfasis agregado).⁷⁷

Conscientes de toda esta evolución sufrida por el derecho a la verdad en los últimos años, los órganos de protección de los derechos humanos han puesto de manifiesto cada vez con más insistencia la necesidad de reconocer y garantizar este derecho. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido en varias ocasiones la relevancia de este derecho. En el caso Almeida de Quinteros c. Uruguay el Comité tuvo que decidir sobre las alegaciones de la Sra. Almeida de Quinteros sobre la detención y posterior desaparición de su hija en Uruguay. Tras el análisis pormenorizado de los hechos, el

⁷⁵ Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de Principios..., principio 14. Ver asimismo los principios 15, 16, 17 y 18, todos ellos relacionados con la relevante cuestión de los archivos.

⁷⁶ *El derecho a la verdad*, Resolución 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos, aprobada sin necesidad de recurrir a votación el 20 de abril de 2005.

⁷⁷ Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente.

Comité reconoció “la angustia y el estrés causados a la madre por la desaparición de su hija y por la permanente incertidumbre sobre su destino y su paradero”.⁷⁸ Esa angustia y ese estrés, en opinión del Comité, convierten a la madre también en una “víctima” de las violaciones de derechos sufridas por su hija y, en consecuencia, constituyen un “trato inhumano” que viola el artículo 7º del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Como corolario de todo este razonamiento el Comité proclamó que la madre tenía “el derecho a saber qué ha pasado con su hija”.⁷⁹ Un pronunciamiento muy similar se produjo en el caso *Mariya Staselovich c. Bielorrusia*. En este caso, la Sra. Staselovich alegaba la condena a la pena capital de su hijo y la absoluta falta de información sobre todas las circunstancias que rodearon la aplicación de dicha pena capital, ya que no se informó a la familia de la fecha, la hora y el lugar de la ejecución, ni del lugar exacto en que fue enterrado. Al igual que en el caso anterior, el Comité entiende “la angustia permanente y el estrés psicológico que, como madre del condenado, ha sufrido la autora debido a la incertidumbre persistente sobre las circunstancias que llevaron a su ejecución y sobre la ubicación de su sepultura”, lo que equivale “a un trato inhumano de la autora, que viola el artículo 7º del Pacto”.⁸⁰ Como consecuencia de todo ello, el Comité llega a la conclusión de que “el Estado Parte está obligado a garantizar a la autora de la comunicación un recurso efectivo, incluida la información sobre el lugar donde está enterrado su hijo y una indemnización por la angustia sufrida”.⁸¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha reconocido en repetidas ocasiones en casos de tortura el derecho de las víctimas a tener acceso a todos los datos relacionados con la investigación. En el ya mencionado Caso *Aksoy v. Turkey* el Tribunal reconoció que la noción de remedio efectivo que figura en el artículo 13º del Convenio Europeo conlleva, además de la oportuna compensación económica y la identificación de las personas responsables de los actos de tortura, “el acceso a la investigación por parte del demandante”.⁸²

Pero, sin ninguna duda, quien más ha elaborado y desarrollado todo lo concerniente al derecho a la verdad ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se ha tenido que enfrentar a casos en los que la impunidad y los obstáculos de todo tipo a las investigaciones por gravísimas violaciones de los derechos humanos acababan poniendo en

⁷⁸ CCPR/C/OP/2, 190, para. 14.

⁷⁹ CCPR/C/OP/2, 190, para. 14.

⁸⁰ CCPR/C/77/D/887, 2003, para. 9.2.

⁸¹ CCPR/C/77/D/887, 2003, para. 11.

⁸² Ver en la misma línea *Çakici v. Turkey*, sentencia de 8 de julio de 19; *Yasa v. Turkey*, sentencia de 2 de septiembre de 198, o *Tanrikulu v. Turkey*, sentencia de 8 de julio de 19.

serio riesgo los derechos a la verdad, a la justicia y, en último término, a la reparación de las víctimas.⁸³ La Corte ha señalado en varios casos el derecho que asiste a las víctimas y a sus familiares de conocer lo que ocurrió y de saber quiénes fueron los responsables de los hechos.⁸⁴ En el famoso *Caso Myrna Mack c. Guatemala*, en el que la Corte tenía que analizar la ejecución extrajudicial de la Sra. Mack, el más alto tribunal del sistema interamericano ha reiterado una vez más que “toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad”⁸⁵ (énfasis agregado). Como resultado de la proclamación de este derecho a la verdad, la Corte establece que

“los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación”.⁸⁶

Como vemos, por un lado, se establece la doble naturaleza individual y colectiva del derecho a la verdad, ya que no sólo las víctimas, sino el conjunto de la sociedad guatemalteca, tienen derecho a conocer todos los detalles de los hechos acontecidos. Por otro, se vinculan claramente, como ya hemos puesto de manifiesto con anterioridad, la verdad, la justicia y la reparación, además de que se define el conocimiento de la verdad como “un medio importante de reparación”. Finalmente, la Corte también otorga una enorme relevancia a la difusión pública de la verdad como forma de reparación. Como señala la Corte en este sentido, “para reparar totalmente este aspecto de las violaciones cometidas... el resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado,

⁸³ La Cámara de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina está siguiendo en sus sentencias toda esta línea jurisprudencial que venimos comentando, sobre todo en la sentencia contra la República Srpska por la ausencia de una investigación exhaustiva y la falta de información a los familiares de los desaparecidos en el caso de la masacre de Srebrenica. En este caso, la Cámara ha ordenado a la República Srpska la divulgación de toda la información en su poder, la investigación de los acontecimientos acaecidos y la más amplia difusión de los resultados de dicha investigación, CH/01/8365, 7 de marzo de 2003.

⁸⁴ Ver al respecto, entre otros, *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*, Reparaciones, sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C, nº 92, para. 100; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, Reparaciones, sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C, nº 88, para. 69; *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Reparaciones, sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C, nº 77, para. 100; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Reparaciones, sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C, nº 92, para. 76.

⁸⁵ *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, nº 101, para. 274.

⁸⁶ *Ibidem*, para. 274.

para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad”.⁸⁷ Otro desarrollo importante que revela la enorme importancia que está adquiriendo la verdad en los procesos de transición tras graves violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario son las Comisiones de la Verdad que se han creado en los últimos años. Estas Comisiones, aunque denominadas de la verdad, están desempeñando cada vez más roles que tienen que ver con la reparación y la reconciliación.

El derecho a la justicia

El derecho a la justicia es un derecho con un amplio reconocimiento en el panorama jurídico internacional,⁸⁸ reconocimiento y desarrollo en el que las Naciones Unidas han jugado un papel fundamental (Abellán, 1999, pp. 211-226). Este derecho implica, en primer lugar, que los Estados tienen el deber de crear el entramado judicial necesario para la denuncia, la investigación y el enjuiciamiento de los presuntos casos de violaciones de los derechos humanos; en segundo lugar, el derecho a la justicia exige que los Estados extremen las medidas para evitar la impunidad ante violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos. Y es que la impunidad tiene efectos devastadores para las víctimas de las violaciones. La impunidad no sólo genera un enorme sentimiento de frustración y desencanto entre las víctimas y sus allegados, sino que también supone un obstáculo a la reparación, ya que, en parte, la reparación también tiene que ver con el enjuiciamiento y castigo de los responsables. Las reflexiones de Theo van Boven son muy ilustrativas de esta íntima relación entre justicia y reparación cuando señala que “en algunos países la inacción en lo relativo a investigación y castigo va de la mano con la inacción en lo concerniente a la reparación a las víctimas. Las víctimas pueden verse privadas de importantes evidencias que son necesarias para apoyar sus demandas de reparación”.⁸⁹

⁸⁷ *Ibidem*, para. 275.

⁸⁸ Los artículos 8 a 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) reconocen el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los Tribunales nacionales competentes, la prohibición de la detención arbitraria, el derecho a ser oído por un Tribunal independiente e imparcial y la presunción de inocencia, derechos que han sido desarrollados ampliamente por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos internacionales, y que constituyen las garantías básicas de un Estado de derecho.

⁸⁹ “Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms”, Maastricht, 11-15 March 1992, en *Netherlands Quarterly of Human Rights (SIM Special n° 12)*, 192, p. 6.

Todo ello ha motivado la discusión en torno a si los Estados están obligados en todo caso a procesar penalmente a los culpables de crímenes graves relacionados con los derechos humanos y el derecho internacional humanitario o, por el contrario, gozan de un cierto margen de apreciación sobre la base de criterios relacionados con los intereses generales de la sociedad y la reconciliación nacional, sobre todo en procesos de transición política tras períodos marcados por graves violaciones de los derechos humanos. No voy a entrar a fondo en este debate, que nos llevaría demasiado lejos para los propósitos de este artículo, pero sí me gustaría dejar sentado que está emergiendo un principio en torno a que las graves violaciones de los derechos humanos (genocidio, ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones...) imponen una obligación general de procesar y castigar a los culpables,⁹⁰ aunque, en casos auténticamente excepcionales en períodos de transición, el Estado podría introducir los criterios antes señalados para limitar parcialmente dicha obligación. En cuanto al alcance de estas limitaciones es donde se producen las principales divergencias. Mientras que para Diane Orentlicher sólo cuando los procesamientos penales pongan en serio peligro la vida de la nación (por ejemplo, cuando los militares amenazan creíblemente con un golpe de estado si se continúa con los procesamientos) se podrían admitir ciertos límites al procesamiento penal fruto de la aplicación del principio de estado de necesidad (1995, pp. 414 y ss.),⁹¹ en cambio, para otros autores como José Zalaquett el margen de apreciación con el que cuentan los Estados es bastante más amplio,

⁹⁰ Tanto la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948) como la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (1984) exigen o el procesamiento penal o, en el caso de la tortura, la extradición para ser juzgado en otro país competente (artículos 4 y 7). Como señala el artículo 6 de la Convención sobre el Genocidio, “las personas acusadas de genocidio... serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente...”. La obligación de investigar, procesar y castigar a los responsables por violaciones graves de los derechos humanos ha sido recogida también en los Principios y Directrices básicos sobre el derecho a la reparación recientemente aprobados. Es el principio 4 el que establece que “en los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la *obligación de investigar* y, si hay pruebas suficientes, *enjuiciar* a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la *obligación de castigarlas*. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar y perseguir penalmente tales violaciones” (énfasis agregado).

⁹¹ Es muy interesante el debate que mantuvo Carlos Nino con la autora citada en relación con el alcance de las limitaciones que venimos comentando en períodos de transición política aplicado al caso argentino, en Nino (1995, pp. 417-436). Finalmente, la propia profesora Orentlicher respondió a Carlos Nino para aclarar algunos aspectos oscuros, en Orentlicher (1995, pp. 437-438).

ya que son ellos los que tienen que equilibrar las necesidades individuales de justicia con las exigencias de carácter colectivo relacionadas con la pacificación y la reconciliación de una sociedad. Para este jurista que participó en la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación en Chile tras la dictadura de Pinochet, estas limitaciones se tienen que poner en funcionamiento en un contexto en el que se garantice el derecho completo a la verdad, la reparación a las víctimas y, en última instancia, que todo ese conjunto de medidas que vienen a limitar la responsabilidad de los victimarios cuente con refrendo popular, es decir, que sean aceptadas por el conjunto de la población mediante una consulta o bien a través de sus representantes elegidos democráticamente (Zalaquett, 1995, pp. 6 y ss.). De todas maneras, debemos reconocer que la aplicación discrecional de estos criterios por parte de ciertos Estados en períodos de transición política normalmente supone una peligrosa puerta abierta para la impunidad, el olvido y la ausencia de un programa integral y efectivo de reparaciones (Roht-Arriaza, 1995), habiendo ejemplos que, desgraciadamente, vienen a corroborar esta afirmación. Entre las medidas que los Estados pueden aplicar y que pueden dar lugar a un mayor o menor grado de impunidad en función de cómo se apliquen y se interpreten se encuentran la institución de la prescripción,⁹² la concesión de asilo a responsables de las violaciones, la denegación de su extradición, la obediencia debida, las inmunidades de que gozan los responsables políticos, las leyes sobre “arrepentidos”, la competencia de los tribunales militares... En todos estos casos, el Conjunto de Principios actualizado para la lucha contra la impunidad establece que los Estados “incorporarán garantías contra las posibles desviaciones a que pueda dar lugar” su aplicación.⁹³ Es decir, se trata de limitar en la medida de lo posible que estas instituciones sirvan para eximir a los responsables de determinadas violaciones de los derechos humanos de tener que rendir cuentas ante la justicia. Estos peligros son los que han llevado a los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas y a la jurisprudencia internacional a extremar las precauciones en casos en los que los nuevos Gobiernos surgidos tras un proceso de transición tratan de “arreglar” las cuentas con el pasado mediante el expediente de aprobar leyes de amnistía que, en aras de la reconciliación nacional,

⁹² En lo concerniente a la prescripción, los Principios y Directrices sobre el derecho a la reparación, profundizando lo establecido en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (aprobada en 1968, entró en vigor en 1970), establecen en el principio 6 que “cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional”.

⁹³ Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente, principio 22.

limitan la responsabilidad penal de ciertos responsables de violaciones graves a los derechos humanos. Tan pronto como en 1985, en pleno proceso de recuperación de la democracia en algunos países del Cono Sur en América Latina en el que se iba a plantear con toda su crudeza el tema de las leyes de amnistía, el relator especial de la Comisión de Derechos Humanos para analizar el fenómeno de la impunidad y las leyes de amnistía aseveraba que “tratándose de torturas, desapariciones involuntarias o forzosas, o de ejecuciones extrajudiciales, el atentado a la condición humana es tal que el derecho al olvido amenaza con transformarse en derecho a la impunidad”.⁹⁴ Idéntica opinión ha mantenido el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en varios casos de comunicaciones individuales y en varios Comentarios generales. Así, en el caso *Hugo Rodríguez c. Uruguay* el Comité ha puesto de relieve que “amnistías por violaciones graves de los derechos humanos y las leyes tales como la Ley n° 15.848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado son incompatibles con las obligaciones de todo Estado parte en virtud del Pacto de derechos civiles y políticos... También preocupa al Comité que, al aprobar dicha ley, el Estado parte haya contribuido a crear un ambiente de impunidad que podría socavar el orden democrático y dar lugar a otras graves violaciones de los derechos humanos”.⁹⁵ Por su parte, el Comité, en su Comentario general n° 20 sobre la prohibición de la tortura en el PIDCP, ha señalado que las amnistías en casos de tortura “son en general incompatibles con el deber de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que dichos actos no ocurren dentro de su jurisdicción y de asegurar que no vuelvan a ocurrir en el futuro. Los Estados no pueden privar a los individuos del derecho a un remedio efectivo, incluyendo la compensación y la rehabilitación lo más plena posible”.⁹⁶ Una posición aún más firme si cabe en contra de las leyes de amnistía y otras medidas que tratan de evitar la persecución penal ha venido de la mano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, la Corte ha dejado sentado que “el Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar, juzgar y sancionar a los

⁹⁴ Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguarda y la promoción de los derechos humanos. Informe del relator especial Louis Joinet, E/CN.4/Sub.2/1985/16, 21 de junio de 1985, para. 72. Otros relatores de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como el relator contra la tortura, han expresado opiniones que corroboran estas afirmaciones.

⁹⁵ CCPR/C/51/D/32/1988, 9 de agosto de 1994, para. 12.4. Ver en idéntico sentido el Caso *Basilio Laureano Atachahua c. Perú*, CCPR/C/56/D/540/193, 16 de abril de 1996, para. 10, entre otros muchos.

⁹⁶ Comentario General n° 20, 10 de marzo de 1992, para. 15. Esta opinión ha sido reiterada por el Comité en su Comentario General n° 31 sobre la naturaleza de las obligaciones que derivan del PIDCP, de 26 de mayo de 2004, para. 18.

responsables de los hechos surta los debidos efectos. Además, deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como a medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria”.⁹⁷ Uno de los casos emblemáticos en materia de amnistías es el Caso Barrios Altos vs. Perú, en el que los demandantes solicitaban, entre otras cosas, a la Corte que se pronunciara sobre la compatibilidad de las leyes de amnistía n° 26.479 y 26.492 promulgadas por Perú con la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte, en una decisión que no deja lugar a ninguna duda, señala que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden 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... Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que 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”.⁹⁸

Una vez más podemos comprobar la relación indisociable que existe entre verdad, justicia y reparación. En cuanto uno de estos elementos se intenta limitar los otros sufren irremediamente. Es por ello que un programa integral de reparaciones, como veremos en el siguiente capítulo, no se puede acometer sin una apuesta decidida por el derecho a la verdad y el derecho a la justicia.⁹⁹ En este sentido, la

⁹⁷ Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Reparaciones, sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C, n° 116, para. 99. Ver en la misma línea Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C, n° 110, para. 232, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, n° 109, para. 263.

⁹⁸ Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, n° 75, paras. 41 y 43. En el ámbito interno, recientemente, el 14 de junio de 2005, la Corte Suprema de Argentina ha declarado nulas las leyes 23.492 y 23.521, aprobadas bajo el gobierno de Raúl Alfonsín y conocidas como la Ley de Punto Final y la Ley de Obediencia Debida, respectivamente, estrechando aún más si cabe el cerco contra la impunidad.

⁹⁹ Es lo que el International Center on Transitional Justice y la Aprobeh denominan integralidad externa, en Parámetros para el Diseño de un Programa de Reparaciones en el Perú, p. 7.

jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana en lo que concierne a la verdad, la justicia y la reparación no deja ningún resquicio posible para limitar alguno de ellos en casos de violaciones graves a los derechos humanos.

Esta rica y progresiva evolución jurisprudencial viene a poner de actualidad unas palabras que comparto plenamente de Victoria Abellán cuando, con ocasión del 50 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señaló que “cuando se trata de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, las leyes de amnistía son contrarias al derecho internacional y constituyen, en sí mismas, una violación del derecho a la justicia internacionalmente reconocido como un derecho humano” (1999, p. 223). Por otro lado, en el caso de que los responsables no hayan incurrido en violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos como las descritas más arriba, desde algunas instancias se defiende que amnistías limitadas pueden jugar un papel en el proceso de reconciliación nacional, siempre que se garanticen el derecho a la verdad y el derecho a la reparación, como ha sido el caso de Sudáfrica, donde la amnistía a algunos responsables venía condicionada a su colaboración en el pleno esclarecimiento de la verdad sobre las violaciones cometidas durante el *apartheid*.¹⁰⁰ Esta visión ha sido incluida en el Conjunto de principios actualizado para la lucha contra la impunidad, cuando se establece que “incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia” no se aplicarán a “los autores de delitos graves conforme al derecho internacional” y no afectarán en ningún caso “al derecho de las víctimas a la reparación... y al derecho a saber”.¹⁰¹ En este sentido, “si una amnistía cumple con la obligación del Estado de promover los derechos humanos tiene que ser juzgado a la luz de su propósito, su

¹⁰⁰ La Azanian Peoples Organisation (Azapo) y determinados familiares de víctimas muy relevantes del apartheid recurrieron en 196 la Ley para la promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación porque suponía renunciar a los objetivos de hacer justicia a las víctimas. El propio Tribunal Constitucional de Sudáfrica declaró la constitucionalidad de la Ley para la promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación que, además de establecer la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, preveía ciertas amnistías para las personas que colaboraran con la Comisión en el esclarecimiento de la verdad. Una visión favorable del proceso de transición en Sudáfrica y del papel de la verdad, la justicia y la reparación se encuentra en Boraïne et ál. (197). Un análisis no tan positivo del proceso seguido en Sudáfrica, ya que la justicia ha quedado en un segundo plano, figura en Mamdani (196, pp. 3 y ss.); Wilson (2001).

¹⁰¹ Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de Principios, principio 24.

alcance y sus formas de implementación”, aunque, como el propio A. O’Shea reconoce, “sienta un peligroso precedente” (2002, p. 165).¹⁰²

Un último aspecto que está evolucionando, aunque no sin dificultades, en el último lustro es la progresiva generalización del principio de *jurisdicción universal*, que puede significar también un importante freno a la impunidad en el complicado y sinuoso camino de la aplicación del derecho a la justicia. Este principio plantea que ciertas violaciones de derechos humanos son tan graves que repugnan la conciencia de la humanidad y, en consecuencia, se pueden perseguir fuera de las fronteras donde ocurrió ese hecho.¹⁰³ El Conjunto de Principios y Directrices sobre el derecho a la reparación abogan por la extensión de este principio y por la asunción de compromisos firmes por los Estados en este terreno, así como en el de la cooperación necesaria con otros Estados y los órganos internacionales de aplicación de la justicia.¹⁰⁴ Como dispone el principio nº 5, “cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados incorporarán o aplicarán de otro modo dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal. Además, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados deberán facilitar la extradición o entrega de los culpables a otros Estados y a los órganos judiciales internacionales competentes...”.

¹⁰² Lo cierto es que esta discusión en torno a las posibilidades de las amnistías para alcanzar la paz y la reconciliación se sigue produciendo en diferentes lugares como Colombia, Argelia o Indonesia. En Colombia se ha aprobado en 2005 la Ley de Justicia y Paz que otorga una relativamente amplia amnistía a aquellos paramilitares que opten por la desmovilización. Un análisis crítico de este proceso desde la perspectiva de la reparación figura en ORE (2005, pp. 263-276). En Argelia se acaba de aprobar en septiembre de 2005 por una abrumadora mayoría (97,36%) en referéndum la Carta para la Paz y la Reconciliación Nacional, que pretende alcanzar la paz y la reconciliación a través de una amplia amnistía para los islamistas que no hayan cometido matanzas colectivas y para los agentes de las Fuerzas de Seguridad por los crímenes cometidos desde 1992. Este proceso ha sido muy criticado desde las ONG de derechos humanos, las víctimas y los familiares de las miles de personas que aún continúan desaparecidas. Para Alí Yahia Abdenu, presidente de la Liga Argelina de Derechos Humanos, la Carta es criticable “porque pretende alcanzar la paz sin la justicia”, en *El País*, 29 de septiembre de 2005, p. 9.

¹⁰³ España es uno de los países, junto con Bélgica, en los que tanto su legislación como algunos de sus órganos judiciales se han situado en la vanguardia de la aplicación de este principio. La base jurídica para su aplicación reside en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que “igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de ser tipificados, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves... y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”. Sobre el progresivo asentamiento de este principio ver De Greiff (2004, pp. 121-130); Sánchez (2004)

¹⁰⁴ Sobre los avances que se han producido en materia de justicia internacional desde los Juicios de Nuremberg y Tokio hasta la creación del Tribunal Penal Internacional, pasando por los Tribunales *Ad Hoc* para Ruanda o la Antigua Yugoslavia ver Beigbeder (2005).

Por lo tanto, vemos cómo el derecho a la justicia juega un papel clave en los procesos de transición, y tiene que necesariamente formar parte de un proceso integral de reparaciones. De hecho, el acceso a la justicia ocupa un lugar muy relevante en el Conjunto de Principios y Directrices sobre el derecho a la reparación, como hemos visto anteriormente.¹⁰⁵ Ahora bien, la experiencia nos indica que la justicia es uno de los eslabones más débiles en dichos procesos, con obstáculos de todo tipo que, en ocasiones, son difíciles de superar (Minow, s. f., pp. 25 y ss.). Desde los obstáculos políticos a los obstáculos que tienen que ver con los recursos materiales con los que cuenta el poder judicial de un país para hacer frente a un número muy importante de procesos judiciales, o la persistencia de ciertos “enclaves autoritarios” dentro del poder judicial que son muy difíciles de remover, todo ello nos obliga a ser un tanto escépticos en torno al papel que la justicia realmente desempeña en los casos de violaciones graves y masivas de los derechos humanos (Barahona, 2001, pp. 10 y ss.). Esta triste constatación nos debe servir de aliciente para seguir insistiendo una vez más en la centralidad de la justicia en todo proceso de superación de los legados de un pasado violento y caracterizado por graves violaciones de los derechos humanos (Mani, 2005, pp. 4 y ss.). Como ha señalado muy gráficamente Juan Méndez, no se puede canjear el derecho a la justicia por un informe de una Comisión de la Verdad y por un programa limitado de reparaciones; dicho derecho se tiene que concebir “como un elemento de política global y comprensiva de superación de la impunidad” (Méndez, 2004, p. 537).

HACIA UN PROCESO INTEGRAL DE REPARACIONES

Una vez analizada la relevancia que tienen la verdad y la justicia en todo proceso de superación de un pasado conflictivo, a continuación nos vamos a detener en el tercer elemento fundamental: la reparación a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos. Actualmente se está discutiendo mucho sobre su papel¹⁰⁶ y, como consecuencia de

¹⁰⁵ Ver la referencia al principio 4 en la nota 11. Por su parte, los principios 12 y 13 suponen un complemento importante del principio 4. El principio 12 establece que “la víctima de una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional. Otros recursos de que dispone la víctima son el acceso a órganos administrativos y de otra índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno. Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno”, mientras que el principio 13 admite las demandas colectivas por parte de determinados grupos de víctimas. A tenor de este principio 13, “además del acceso individual a la justicia, los Estados han de procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda”.

¹⁰⁶ Ver al respecto el magnífico estudio de De Greiff (2006).

ello, se han aprobado los Principios y Directrices sobre el derecho a la reparación, que establecen el marco para desarrollar un adecuado programa de reparaciones.

En primer lugar, debemos subrayar que la reparación “no es una panacea” (Barkan, 2003, p. 407) que, cual bálsamo de Fierabrás, va a solucionar todos los problemas relacionados con el pasado a los que se enfrentan las sociedades en transición. Ciertas secuelas de graves violaciones de derechos humanos son “irreparables” (Hamber, 1998), tanto en su dimensión individual como colectiva; en ocasiones, las heridas son de tal naturaleza que a lo máximo a que se puede aspirar es a que las víctimas aprendan a vivir con ese dolor, ya que una total recuperación no es algo a lo que se pueda aspirar realistamente (Antze y Lambek, 1996). Como ha señalado al respecto el anterior Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el internacionalista brasileño Antonio A. Cançado Trindade, en el trágico caso del secuestro, tortura y posterior asesinato de varios niños de la calle en Guatemala, “las reparaciones en lugar de verdaderamente reparar, más bien alivian el sufrimiento humano... El mal cometido... no desaparece: es tan solo combatido, y mitigado. Las reparaciones otorgadas tornan la vida de los familiares sobrevivientes quizás soportable, por el hecho de que, en el caso concreto, el silencio y la indiferencia y el olvido no han logrado sobreponerse a las atrocidades, y de que el mal perpetrado no ha prevalecido sobre la perenne búsqueda de la justicia”.¹⁰⁷

Ello convierte a todo lo relacionado con las reparaciones en un asunto muy espinoso, ya que todo proceso de reparaciones va a tener que acostumbrarse a convivir con “demandas insatisfechas de los sobrevivientes durante mucho tiempo” (Hamber y Wilson, 2002, p. 5), como los casos de las madres-abuelas de Plaza de Mayo en Argentina o las víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo en España, entre otros muchos, se encargan de corroborar. Además, el gobierno, por un lado, y las víctimas, por el otro, tienen diferentes *tempos* a la hora de enfrentarse a un proceso de reparaciones. Mientras que los Gobiernos normalmente apuestan por un período de tiempo corto y limitado en el que dar por zanjada la cuestión de la reparación a las víctimas, estas últimas, en cambio, pueden tener diferentes prioridades, y al principio las reparaciones normalmente no figuran entre esas prioridades. Las víctimas inicialmente ponen el acento en conocer toda la verdad y en que se haga justicia, considerando que centrarse en las reparaciones es una salida individual y, en cierta medida, egoísta al propio sufrimiento

¹⁰⁷ “Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade”, en Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 26 de mayo de 2001, Reparaciones, Serie C, n° 77, paras. 42 y 43

y al de las demás víctimas (Lutz, 1995, p. 562). Las víctimas necesitan un tiempo para aceptar su propia realidad de victimación. En este sentido, se ha afirmado que todo proceso de duelo pasa normalmente por cuatro fases: negación, ira, dolor y aceptación. Sólo cuando se han completado estas fases las víctimas están en disposición de poder comenzar a reflexionar y discutir con cierta serenidad y perspectiva sobre un programa de reparaciones (Schotmans, 2005, p. 1). Está claro, por lo tanto, que “desde la perspectiva de las víctimas, un período abierto o muy largo para plantear sus reivindicaciones es lo mejor” (Lutz, 1995, p. 562), aunque ello choca inevitablemente con los deseos de muchos Gobiernos. Todo ello augura que los procesos de reparación van a tener que concebirse necesariamente como “procesos continuos (y probablemente sin fin)” en el que las tensiones y las diferencias con las víctimas van a ser una constante (Hamber y Wilson, 2002, p. 16),¹⁰⁸ lo que las puede acabar convirtiendo en algo molesto para el poder.¹⁰⁹ Esta reflexión nos conduce a la necesidad de enfocar las reparaciones como un *proceso* y no como un momento concreto en el que se llevan a cabo determinados actos simbólicos y se entregan a las víctimas algunos beneficios económicos y otro tipo de ayudas. Lo importante no son los objetos que pretenden la reparación de las víctimas sino “los procesos que tienen lugar alrededor de esos objetos” (Hamber, 2005, p. 9). Es por ello que las medidas simbólicas de reparación, muchas de ellas relacionadas con políticas de memoria, son tan importantes tanto para las víctimas individuales como para el conjunto de la sociedad; la reparación no es un fenómeno exclusivamente económico o material, sino que necesita de todo un conjunto de medidas que tienden a modificar el imaginario político y social en el que se tienen que insertar las víctimas. En el fondo,

¹⁰⁸ En este sentido, el caso argentino es muy revelador, ya que en los últimos tiempos con Kirchner se ha avanzado mucho en la sintonía del gobierno con las víctimas de la represión durante la dictadura, lo que no ha impedido que subsistan algunas diferencias importantes en cuanto al proceso de reparaciones. Una de estas diferencias es el destino final que se le va a dar a uno de los símbolos de los horrores de la dictadura militar, la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA). A pesar de que se ha llegado a un acuerdo entre el gobierno y las víctimas para crear en ese lugar simbólico un Archivo Nacional de la Memoria y una Biblioteca de los derechos humanos, sobre el destino del resto de los edificios se ha desatado una polémica que todavía no se ha resuelto a día de hoy, en *El País*, 7 de abril de 2005. En nuestro país también hay una polémica abierta sobre el destino que se va a dar a uno de los símbolos de la represión franquista, el Valle de los Caídos. Sobre este tema ver el debate organizado por *El País* entre Paloma Aguilar (“Una reconversión inevitable”) y Juan A. Mayor de la Torre (“La verdad del Valle”), en *El País*, 8 de mayo de 2005, p. 17.

¹⁰⁹ Son muy ilustrativas respecto de esta *incomodidad* de las víctimas las palabras de Maite Pagazaurtundua, presidenta de la Fundación Víctimas del Terrorismo, cuando afirma que “tememos que nos puedan considerar molestos y se nos quiera acallar la voz diciendo que como estamos afectados no estamos legitimados para hablar”, en *El País*, 18 de septiembre de 2005, p. 22 (entrevista concedida tras la presentación en Madrid de un concierto en homenaje a las víctimas del terrorismo).

nos encontramos ante un proceso político que busca la reconstitución de la comunidad política,¹¹⁰ un nuevo equilibrio en la sociedad en el que las víctimas sean reconocidas en su condición de víctimas y pasen a ocupar un nuevo papel en el espacio político y social (Brooks, 2003, p. 17). En este sentido, la reparación pasa a formar parte del proceso de justicia *reparadora y transformadora*, una justicia que lo que pretende, en definitiva, es la plena reparación de las víctimas y la transformación de la sociedad hacia una sociedad más justa en la que las víctimas de las violaciones del pasado ocupen su lugar (Mani, 2005, p. 25). Y es que en los casos de graves violaciones de los derechos humanos y violencia extrema no sólo las víctimas individuales resultan dañadas, sino que es toda la sociedad quien acaba siendo traumatizada (Becker y Lira, 1995, p. 584). Es por ello que el proceso de reparaciones no se tiene que enfocar exclusivamente en las víctimas individuales, sino que también se tiene que dirigir al conjunto de la sociedad, que también necesita de un proceso de reparación social (Martin-Baro, 1995, p. 571; David y Yuk-Ping, 1995). La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha reconocido en varios casos el carácter colectivo de las reparaciones como complemento necesario de las reparaciones individuales, sobre todo cuando han sido comunidades indígenas las afectadas por las violaciones de los derechos humanos. En el Caso de la Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala la Corte ha señalado que, “dado que las víctimas... son parte del pueblo maya, este Tribunal considera que la reparación individual tiene como un componente importante las reparaciones que esta Corte otorga más adelante a los miembros de las comunidades en su conjunto”.¹¹¹

Otro de los aspectos fundamentales para que un proceso de reparaciones pueda llegar a buen puerto es una adecuada *identificación* de las víctimas de las violaciones y de los beneficiarios de dichas reparaciones,¹¹² lo que está íntimamente relacionado con el *reconocimiento* al que aludíamos cuando reflexionábamos sobre el derecho a la verdad. A la hora de identificar a las víctimas es necesario distinguir entre víctimas *directas e indirectas* (aquéllas que no han sufrido directamente las violaciones pero están vinculadas a las víctimas directas) y víctimas *individuales y colectivas*. Estas últimas se producen cuando es un determinado grupo o colectivo unido por determinados lazos como la lengua, la raza o la religión quien sufre la violación. Lo cierto es que todas estas categorías de víctimas aparecen reconocidas

¹¹⁰ En el libro de Martín y Páez (2000) se realiza un análisis comparativo interesante de diferentes procesos de transición y cómo se ha abordado el proceso de reparaciones en países como Chile, Argentina, Guatemala, Sudáfrica o Irlanda del Norte.

¹¹¹ Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C, nº 116 para. 86.

¹¹² “The Right to Reparation for Victims of gross and systematic violations of human rights”, document of conclusions presentado en la Conferencia *The Right to Reparation*, p. 29.

en los Principios y Directrices sobre el derecho a la reparación, que realizan, como ya hemos visto, una definición bastante amplia de lo que hay que entender por víctima,¹¹³ Ahora bien, a pesar de la existencia de esta definición de quién se puede considerar como víctima, debemos reconocer que la decisión de reconocer a dichas víctimas como personas o colectivos susceptibles de participar en un proceso de reparaciones es, en el fondo, una “decisión política”¹¹⁴ que, en calidad de tal, inevitablemente conlleva un cierto grado de discrecionalidad.¹¹⁵ El aspecto más importante a la hora de identificar a las víctimas es que dicha identificación se lleve a cabo sin ningún tipo de discriminación, atendiendo fundamentalmente al sufrimiento de las personas y no a su color político, su credo religioso, su pertenencia étnica o su género.¹¹⁶ Debemos reconocer que la preocupación por la no discriminación ha estado presente desde los mismos inicios del proceso de elaboración de los Principios y Directrices sobre el derecho a la reparación, concretándose dicha preocupación en el principio 25, que dispone que “la aplicación e interpretación de los presentes principios y directrices se ajustará sin excepción a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, sin discriminación de ninguna clase ni por ningún motivo”. La rotunda afirmación de este principio de no discriminación nos lleva a que los programas de reparación tienen que ser completos, tienen que responder a un proceso inclusivo y no excluyente. Es decir, estos programas tienen que tratar de responder a

¹¹³ Ver al respecto la definición de víctima que figura en el principio 8 de los Principios y Directrices.

¹¹⁴ *Parámetros para el Diseño de un Programa de Reparaciones en el Perú*, p. 24. Al respecto, es interesante traer aquí la polémica sobre si incluir o no entre las víctimas que se beneficiarán de la futura Ley de Reparaciones a las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo a las víctimas de ambos bandos o sólo a las víctimas del bando republicano. Esta polémica ha llegado incluso a la arena política, involucrando a los diferentes grupos parlamentarios del Congreso español, en *El País*, 14 de septiembre de 2005, p. 27

¹¹⁵ Aquí es interesante mencionar el debate producido en Alemania sobre quién tiene derecho a atribuirse el papel de víctima de la Segunda Guerra Mundial y la incapacidad de los alemanes hasta hace muy poco tiempo de tener en cuenta en su memoria cultural a las víctimas alemanas de los bombardeos aliados y la destrucción sistemática de las ciudades alemanas por su conciencia de culpa por el genocidio infligido a los judíos, en Sebald (2003). Un análisis polémico del papel que ha jugado la política en la atribución de la condición de víctimas privilegiadas de los judíos y cómo ello ha sido utilizado por el Estado de Israel en la esfera política internacional se puede encontrar en Finkelstein (2002). Ver al respecto la reflexión de Traverso (2005, pp. 11-118). Esta condición de víctimas privilegiadas de los judíos contrasta con el olvido en el que se han mantenido durante demasiado tiempo las víctimas de las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki, de las que se acaba de celebrar su 60 aniversario, en SUBIRATS (2005, p. 11). Se ha reeditado en 2005 el diario de un médico japonés que narra las vivencias tras la explosión de las bombas, en Hachiya (2005).

¹¹⁶ La discriminación de género es uno de los aspectos que también condicionan las políticas de reparación. Es por ello que todo programa integral de reparaciones tiene que tener en cuenta la perspectiva de género. Ver al respecto la contribución de Gaby Oré en este mismo libro.

las necesidades de todas las víctimas y no exclusivamente las de las que son consideradas como políticamente correctas en ese momento,¹¹⁷ ya que ello puede acabar convirtiéndose en el caldo de cultivo más apropiado para el odio y el resentimiento que hacen aún más difícil el proceso de reconciliación.¹¹⁸ Ahora bien, la no discriminación como referente esencial no significa que todas las víctimas estén en la misma situación y que las reparaciones les correspondan a todas por igual. En este sentido, se ha abogado por una *concepción horizontal de las víctimas*, lo que permite, por un lado, reconocer la especificidad de cada grupo de víctimas, y, por otro, no establecer jerarquías innecesarias entre ellas.¹¹⁹ Tratando de responder a esta inquietud, los Principios y Directrices sobre el derecho a la reparación introducen acertadamente la *proporcionalidad* como criterio a la hora de fijar el alcance de las reparaciones. Como dispone el principio 18, "... teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva...". Otro de los ingredientes que no pueden faltar a la hora de condimentar un adecuado proceso de reparaciones es la *integralidad*. Un proceso de reparaciones tiene que ser integral, tanto en su vertiente externa como interna.¹²⁰ A la *integralidad externa* ya hemos hecho referencia cuando hemos analizado las interconexiones entre la verdad, la justicia y la reparación. Un programa de reparaciones no se puede concebir sin, al mismo tiempo, avanzar en el ejercicio del derecho a la verdad y del derecho a la justicia. La reparación no puede convertirse en un mero sustituto de la verdad y la justicia, como en ocasiones se pretende, ya que ello equivaldría a querer comprar el silencio

¹¹⁷ Esta es una de las principales críticas al proceso de justicia transicional que se está llevando a cabo en Ruanda tras el genocidio de 194. Tanto las medidas para conocer la verdad, como las medidas para hacer justicia y reparar a las víctimas, están condicionadas por la discriminación racial, en Rombouts (2004, pp. 486 y ss.).

¹¹⁸ El olvido consciente por parte del régimen franquista de las víctimas republicanas una vez acabada la Guerra Civil (un auténtico memoricidio, en palabras de Javier Rodrigo) explica, según algunos, el que las heridas de la Guerra Civil y del franquismo sigan sin cerrarse más de cincuenta años después, lo que ha hecho que emerja en nuestro país el debate sobre la memoria histórica. Ver al respecto el Especial de El País dedicado a "¿Olvida la democracia española a las víctimas del franquismo?", con artículos de Javier Rodrigo ("Omnipresentes o invisibles") y Antonio Cazorla Sánchez ("El secuestro del dolor"), El País, 27 de noviembre de 2005, pp. 16 y 17. Las ideas expresadas por Javier Rodrigo (2005).

¹¹⁹ "The Right to Reparation for Victims of gross and systematic violations of human rights", documento de conclusiones presentado en la Conferencia The Right to Reparation, pp. 30 y ss. 120 Parámetros para el Diseño de un Programa de Reparaciones en el Perú, p. 7.

¹²⁰ Parámetros para el Diseño de un Programa de Reparaciones en el Perú, p. 7.

y la injusticia.¹²¹ Por su parte, la *integralidad interna* hace alusión a que las diferentes medidas de reparación a las víctimas y a la sociedad tienen que ser coherentes y apoyarse mutuamente. La reparación no tiene una dimensión meramente económica, sino que se tiene que abordar como un intento omnicomprendido de reparar el daño causado a las víctimas y de buscar un nuevo equilibrio político y social, proceso en el que las diferentes medidas de reparación pueden jugar papeles distintos pero complementarios. A esta integralidad del proceso de reparaciones se ha referido reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en el Caso Loayza Tamayo vs. Perú, la Corte puso de manifiesto que "al contrario de lo que pretende la concepción materialista del *homo oeconomicus*, lamentablemente prevaleciente en nuestro tiempo,... el ser humano tiene necesidades y aspiraciones que trascienden la medición o proyección puramente económica... De todo esto resulta claro que las reparaciones no pecuniarias son mucho más importantes de lo que uno podría *prima facie* suponer... Todo el capítulo de las reparaciones... debe ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad...".¹²²

Debemos reconocer que los Principios y Directrices sobre el derecho a la reparación recientemente aprobados incorporan las dos dimensiones de la integralidad a las que acabamos de hacer mención. Ya hemos visto cómo los Principios no conciben la reparación como algo separado, sino como un proceso enmarcado en políticas de verdad y de justicia. Por otro lado, los Principios mencionan diferentes medidas de reparación a las que pueden acudir los Estados a la hora de diseñar sus programas de reparación. En este sentido, los Estados pueden acudir, en función de las circunstancias particulares de cada caso y de cada país, a las siguientes formas de reparación: la *restitución*, la *indemnización*, la *rehabilitación*, la *satisfacción* y las *garantías de no repetición*. Ahora bien, no nos encontramos ante una lista *numerus clausus*, sino que los Estados pueden decidir, si las circunstancias se lo exigen, alguna otra forma de reparación individual y social.¹²³ La *flexibilidad* y la

¹²¹ Ellen Lutz se ha referido a este intento de comprar el silencio de las víctimas con la expresión *blood money*, ya que las víctimas consideran el dinero recibido como reparación como un dinero sucio y manchado si lo que pretende es meramente evitar avanzar en el conocimiento de la verdad y en la realización de la justicia, en Lutz (p. 553).

¹²² Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia del 27 de noviembre de 1998, Reparaciones, Serie C, nº 42, "Voto Razonado Conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli", paras. 9-11 y 17.

¹²³ Informe de la 2ª Reunión Consultiva sobre los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y reparaciones (Ginebra, 20, 21 y 23 de octubre de 2003), E/CN.4/2004/57, 10 de noviembre de 2003, p. 12

adaptabilidad son dos criterios importantes que los Estados tienen que poner en juego cuando están diseñando un programa de reparaciones, ya que cada situación exigirá un programa de reparaciones específico, adecuado a las características étnicas, culturales, lingüísticas... de cada sociedad (Tomuschat, 1999, p. 25). Este extremo ha sido destacado en varias ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso que ya hemos comentado de la Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, la Corte tuvo muy presente la dimensión cultural a la hora de ordenar las reparaciones tanto a las personas individuales como a las comunidades indígenas afectadas. Los jueces reconocieron que “con la muerte de las mujeres y los ancianos, transmisores orales de la cultura maya achí, sus conocimientos no pudieron ser transmitidos a las nuevas generaciones, lo que ha producido en la actualidad un vacío cultural... Sólo desde la perspectiva colectiva, fundada en la comprensión de los elementos socio-culturales característicos del pueblo maya como son su cosmovisión, espiritualidad y estructura social comunitaria, y en el reconocimiento de la magnitud de los actos genocidas cometidos en su contra, pueden determinarse las medidas de reparación...”.¹²⁴ Por lo tanto, teniendo en cuenta las dimensiones culturales del intento de genocidio contra el pueblo maya, las reparaciones van a tener como uno de sus ejes principales restañar ese intento de “destruir la liga histórica entre las viejas y las nuevas generaciones, por la que transcurre la tradición cultural que es condición y expresión de la identidad de sus miembros, tanto en el plano individual como en el orden colectivo”.¹²⁵

A continuación vamos a hacer un repaso a las diferentes formas de reparación mencionadas por los Principios y Directrices, que suponen un elenco bastante completo de las medidas de reparación de las que pueden hacer uso los Estados. En primer lugar, el principio 19 alude a la *restitución* “siempre que sea posible”, ya que ello supone “devolver a la víctima a la situación anterior a la violación”, algo que, en ocasiones, es simplemente imposible. Entre las medidas de restitución los Principios mencionan “el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes”. Como ya hemos señalado, en la medida de lo posible, la restitución pretende devolver a la víctima a la situación anterior, algo que estará siempre en función de las circunstancias particulares de cada caso.

¹²⁴ Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, paras. 49.12 y 90 a).

¹²⁵ Ver el voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia recién mencionada, que subraya la relevancia de la dimensión cultural en el proceso de reparaciones. Un caso en el que los aspectos culturales jugaron un papel fundamental fue el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, nº 79. Ver un estudio monográfico sobre esta sentencia auténticamente pionera en Gómez (2003).

En segundo lugar, los Principios mencionan la *indemnización*,¹²⁶ que es una de las formas clásicas y más frecuentes de reparación. La indemnización se tiene que conceder “de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de (las) violaciones...”. Entre los perjuicios que los Principios consideran como susceptibles de ser indemnizados se incluyen los siguientes: “el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; o los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales”. Como podemos comprobar, una amplia gama de perjuicios económicos pueden resultar indemnizables en un programa de reparaciones.

La *rehabilitación* es la tercera forma de reparación a la que se hace referencia en los Principios,¹²⁷ incluyendo “la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales”. La rehabilitación es especialmente adecuada cuando las violaciones de derechos humanos han dejado secuelas importantes tanto físicas como psicológicas (pensemos en casos de tortura o en casos de desapariciones de seres queridos durante largos periodos de tiempo).

La cuarta forma de reparación es la *satisfacción*,¹²⁸ a la que ya aludimos cuando abordamos la cuestión del reconocimiento de las víctimas en el contexto del derecho a la verdad. Nos encontramos ante uno de los elementos más importantes en todo proceso de reparación, ya que aborda las cuestiones simbólicas que tienen que ver con el imaginario colectivo y con la memoria. Como ya mencionamos en su momento, entre las medidas que pretenden la satisfacción se encuentran “la revelación pública y completa de la verdad...; la búsqueda de las personas desaparecidas...; una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima...; una disculpa pública...; conmemoraciones y homenajes a las víctimas...”, en fin, todo un catálogo de medidas que se pueden utilizar para elaborar una adecuada política de memoria como parte integrante del programa de reparaciones.

¹²⁶ Principio 20.

¹²⁷ Principio 21

¹²⁸ Principio 22. En el apartado a) de este principio se mencionan las “medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas”. En realidad, ésta no sería una medida de satisfacción, ya que los Estados, como señalamos en su momento, tienen la obligación *primaria* de cumplir con sus compromisos jurídicos tanto nacionales como internacionales. Evidentemente, uno de estos compromisos básicos es el evitar las violaciones de los derechos humanos. Solamente cuando se vulnera esta obligación primaria surge la obligación *secundaria* de reparar el daño causado.

La última forma de reparación a la que aluden los Principios son las *garantías de no repetición*,¹²⁹ todo aquel conjunto de medidas que lo que pretenden es prevenir que las violaciones de derechos humanos que han tenido lugar vuelvan a ocurrir en el futuro. Entre las medidas que los Estados pueden poner en marcha con este carácter preventivo se encuentran las siguientes: “el ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad...; el fortalecimiento de la independencia del poder judicial...; la educación,¹³⁰ 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 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”.

Como hemos podido comprobar, nos encontramos ante un catálogo muy completo y abierto al que los Estados pueden recurrir cuando se encuentren en la tesitura de tener que abordar un proceso integral de reparaciones. En este sentido, los Principios han venido a dar coherencia y sistematicidad a todo este conjunto de formas de reparación.

Finalmente, otro de los elementos que debe estar presente en todo proceso de reparaciones es la *participación de las propias víctimas*. Son ellas las que han experimentado el sufrimiento¹³¹ y las que mejor conocen sus necesidades y sus prioridades en materia de reparación.¹³² El participar en el diseño del programa de reparaciones otorga a las víctimas la sensación de que se les reconoce, de que se les tiene en cuenta, lo que contribuye a generar un sentimiento de apropiación (de *ownership*) del proceso (Vandeginste, 2002, p. 33). Ello es algo esencial cuando lo que está en juego es la autoestima de las víctimas, víctimas que han sufrido mucho y cuya recuperación psicológica descansa en buena parte en ese sentimiento de reconocimiento público y de participación (Minow, s. f., pp. 91 y ss.). Ahora bien, la negociación en torno a un programa de reparaciones no se puede llevar a cabo con

¹²⁹ Principio 23.

¹³⁰ La educación de las actuales y de las futuras generaciones sobre determinados acontecimientos del pasado es un elemento fundamental que contribuye a la conformación de la memoria. Un ejemplo de ello es la *Task Force for International Cooperation on Holocaust Education, Remembrance and Research*, un grupo de representantes gubernamentales y de la sociedad civil que lo que pretende es avanzar en la educación, la conmemoración y la investigación sobre un hecho de tanta magnitud como fue el Holocausto, en <http://taskforce.ushmm.org>.

¹³¹ Cómo señala Reyes Mate en este sentido, “la palabra de la víctima es capital tanto para una teoría de la verdad como para una de la justicia”, en Mate (2003, p. 25).

¹³² “The Right to Reparation for Victims of gross and systematic violations of human rights”, document de conclusions presentado en la Conferencia *The Right to Reparation*, p. 40.

todas las víctimas, algo materialmente imposible cuando el alcance de la victimación es amplio. La participación de las víctimas necesita de un cierto grado de organización y estructuración, lo que normalmente vendrá de la mano de la creación de asociaciones de víctimas para representar sus intereses o de organizaciones de la sociedad civil ya existentes (Rombouts, 2004, pp. 59 y ss.). Son estas asociaciones los interlocutores legítimos, aunque no los únicos, ante los responsables políticos a la hora de diseñar el programa concreto de reparación¹³³ y de participar en su puesta en marcha. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que tanto en el diseño como en la implementación de los programas de reparación puede ser muy positivo que participe la sociedad civil. Así, en el Caso Tibi vs. Ecuador, la Corte ordenó al Estado como medida de reparación el establecimiento de “un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario..., sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de reclusos. El diseño e implementación del programa... se realizará *con la participación de la sociedad civil*”¹³⁴ (énfasis agregado).

Hay que reconocer que en los últimos tiempos las víctimas y sus representantes han ido ganando terreno en la arena política y social, con algunos éxitos notables en el ejercicio de la presión y el empuje

¹³³ José Zalaquett ha señalado que, aunque las asociaciones de víctimas y los familiares de las víctimas tienen que ser oídos, en último término la responsabilidad de aprobar un programa de reparaciones le corresponde al conjunto de la sociedad mediante sus representantes elegidos democráticamente (Zalaquett, 1995, p. 9). Una prevención contra un cierto cultivo excesivo de la cultura de las víctimas, que puede acabar degenerando en *victimismo*, ha sido planteada por Javier Marías, para quien “no por ser víctimas tienen siempre razón ni la tienen en todo; ni tan siquiera serlo las convierte en buenas personas” (Marías, 2005). De todas formas, se ha instalado entre nosotros una tendencia que hace que “el cuestionamiento de las demandas de las víctimas se considere por muchos como inaceptable o, al menos, políticamente incorrecta”, una tendencia que debemos tener en cuenta a la hora de abordar un proceso de reparaciones (Ferudi, 1988, p. 84).

¹³⁴ Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2005, Serie C, nº 114, para. 280.13. En idéntico sentido, en el Caso de la Masacre Plan de Sánchez la Corte ordenó a Guatemala que diseñase “en conjunto con las mujeres líderes de la comunidad y con profesionales en salud mental, planes de ayuda para la recuperación, rehabilitación y reinserción plena en la comunidad de las mujeres víctimas de violación sexual”. Por su parte, a la hora de crear un comité para evaluar la condición física y psíquica de las víctimas, la Corte consideró que en ese comité debía tener “una participación activa la organización no gubernamental Equipo de Estudios Comunitarios de Acción Social”, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, para. 90. i) y 108 respectivamente. Ver igualmente Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C, nº 120, para. 198.

necesarios para la aprobación de adecuados programas de reparación.¹³⁵ Ahora bien, la situación está lejos de ser una situación ideal para las víctimas, sobre todo en contextos de subdesarrollo político y social.¹³⁶ Las víctimas y sus asociaciones se enfrentan fundamentalmente a dos realidades que limitan de una manera muy seria su capacidad de influir en el proceso de reparaciones: la competencia entre víctimas y su politización. En primer lugar, en la mayor parte de los procesos de reparación se constata que, llegado un determinado momento, surge rivalidad y competencia entre las diferentes asociaciones de víctimas, lo que limita mucho su capacidad de interlocución y de presentar propuestas más o menos comunes (Schotmans, 2005, p. 19). Cuando de lo que se discute es de beneficios económicos aparejados por un programa de reparación, los contextos de escasez en los que tienen lugar muchos de estos procesos pueden conducir a que los diferentes grupos de víctimas acaben luchando por un pedazo del “pastel del sufrimiento”, por utilizar la dura pero gráfica expresión de J-M. Chaumont (1997, p. 172). En segundo lugar, la política se aprovecha de esta competencia, y las víctimas y sus asociaciones en ocasiones acaban siendo seducidas por los cantos de sirena de los políticos, que utilizan a las víctimas y a sus demandas como arma arrojadiza en la confrontación política (Teitel, 2000, p. 135),¹³⁷ lo que supone una auténtica traición a la causa de las víctimas y a su sufrimiento.¹³⁸

¹³⁵ Los casos de los judíos víctimas del genocidio nazi, de los Japanese-Americans internados durante la Segunda Guerra Mundial en Estados Unidos porque eran considerados un riesgo para la seguridad nacional, o de algunos pueblos indígenas en Canadá son bastante ilustrativos de algunos “éxitos” conseguidos por víctimas de graves violaciones de los derechos humanos en materia de reparaciones.

¹³⁶ El caso de Ruanda ejemplificaría, entre muchos otros, las dificultades que encuentran las víctimas para encontrar su espacio y para conseguir resultados tangibles en materia de reparaciones (Rombouts, 2004, p. 485).

¹³⁷ Reyes Mate (2005), en el primer aniversario del atentado terrorista de Madrid en marzo de 2004, también ha señalado que el proceso de visibilización de las víctimas ha hecho que se conviertan “en material político e informativo”, lo que inevitablemente conlleva ciertos riesgos. Lo importante “es lo que ellas puedan decir”, pero, para ello, “tienen que conquistar su propio espacio”.

¹³⁸ En nuestro país, en el contexto de las víctimas del terrorismo de ETA, y al calor de la propuesta del gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero de explorar una salida dialogada a la violencia, se ha denunciado la politización de algunas asociaciones de víctimas del terrorismo, que han patrocinado, en connivencia con el principal partido de la oposición, una manifestación contra la propuesta del gobierno. Al respecto ver Aranzadi (2005, pp. 13 y 14).

LA MEMORIA COMO MEDIDA DE REPARACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Finalmente, no me resisto a comentar, siquiera brevemente, el papel que está jugando la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la inclusión de aspectos relacionados con la memoria en las medidas de reparación que ordena a favor de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos. Debemos señalar que la Corte está desempeñando un rol auténticamente pionero que, sólo limitadamente, está siendo seguido por otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos.¹³⁹

La Corte Interamericana en sus sentencias ha ordenado a los Estados diferentes medidas que cubren el amplio espectro de las diferentes formas de reparación que hemos analizado, desde la restitución y la indemnización a la rehabilitación pasando por la satisfacción y las garantías de no repetición.¹⁴⁰ Hasta 1993 la Corte se limitaba esencialmente a ordenar medidas de compensación económica, algo que comenzó a cambiar de la mano de la sentencia recaída en el Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname. En esta vanguardista sentencia, la Corte amplió el alcance del concepto de indemnización, llegando a entender por tal “que se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada y una asistencia médica básica”. En consecuencia, la Corte consideró que el Estado de Surinam estaba obligado a “reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente... Igualmente, se ordenará que el dispensario allí existente sea puesto en condiciones operativas...”.¹⁴¹ Lo cierto es que a partir de esta sentencia la Corte Interamericana comenzó a ampliar notablemente el abanico de medidas de reparación, con importantes decisiones en lo relativo a la conservación de la memoria de las víctimas. En el Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, se le ordenó al Estado “designar un centro educativo con un nombre alusivo con los jóvenes víctimas de este caso,

¹³⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se limita fundamentalmente a ordenar medidas de reparación pecuniaria en sus sentencias, lo que ha venido siendo criticado por diferentes autores desde hace ya bastante tiempo (Cohen-Jonathan, 2000, pp. 129-140). La Cámara de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina tímidamente está introduciendo entre sus medidas de reparación aspectos que tienen que ver con la satisfacción, como hemos visto en las notas 64 y 102 de este estudio.

¹⁴⁰ Sobre el alcance de las medidas de reparación en la jurisprudencia de la Corte ver el completo estudio de Madrigal-Borloz (2003, pp. 21-274).

¹⁴¹ Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname, sentencia de 10 de septiembre de 1993, Reparaciones, Serie C, nº 15, para. 96.

y colocar en dicho centro una placa” con los nombres de los cinco niños trágicamente secuestrados, torturados y asesinados. En opinión de la Corte, ello contribuirá “a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos... y conservar viva la memoria de las víctimas”.¹⁴² En el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, además de dar el nombre de las víctimas del caso a un centro educativo, la Corte estableció que ello se hiciera “mediante una ceremonia pública y en presencia de los familiares de las víctimas”,¹⁴³ contribuyendo así a garantizar una suerte de reconocimiento público de las violaciones acaecidas. La realización de actos públicos de perdón y de desagravio a las víctimas por parte del Estado responsable es otra de las medidas que la Corte suele determinar como forma de reparación en casos de violaciones graves de los derechos humanos.¹⁴⁴ En el Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, a pesar de que el Estado, durante la audiencia pública ante la Corte celebrada el 24 de abril de 2004, había reconocido su responsabilidad, había manifestado su profundo sentimiento de pesar por los graves hechos acontecidos y había pedido perdón a las víctimas, a los sobrevivientes y a los familiares, sin embargo,

“para que dicha declaración rinda plenos efectos de reparación a las víctimas y sirva de garantía de no repetición, la Corte considera que el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad... y en desagravio de las víctimas... El acto debe realizarse en la aldea de Plan de Sánchez, donde ocurrió la masacre, con la presencia de las altas autoridades del Estado y, en particular, con la presencia de los miembros de la comunidad... y de las otras víctimas..., acto en el cual debe dar participación a los líderes de (las) comunidades afectadas. El Estado debe disponer los medios necesarios para facilitar la presencia de dichas personas en el acto... Además, Guatemala debe realizar dicho acto tanto en el idioma español como en el idioma maya achí, y difundirlo a través de los medios de comunicación... En ese mismo acto... el Estado debe honrar públicamente la memoria

¹⁴² Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, para. 103. Una medida de reparación muy similar fue ordenada también en el Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador, sentencia de 19 de junio de 198, Serie C, n° 38, para. 48.5, en el Caso Molina Theissen vs. Guatemala. Reparaciones, sentencia de 3 de julio de 2004, Serie C, n° 108, para. 106.6, o en el Caso Myrna Mack Chang, para. 301.12.

¹⁴³ Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C, n° 110, para. 253.12.

¹⁴⁴ Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Reparaciones, sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C, n° 88, para. 81; Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, sentencia de 22 de noviembre de 2004, Serie C, n° 117, para. 155.4; Caso Molina Theissen, para. 106.5; Caso Myrna Mack Chang, para. 301.8.

de las personas afectadas... En ese acto el Estado debe tomar en cuenta las tradiciones y costumbres de los miembros de las comunidades afectadas”.¹⁴⁵

Como podemos comprobar, el carácter público de los actos de desagravio a las víctimas, la participación de estas últimas en dichos actos y la relevancia de los elementos culturales son aspectos a los que la Corte les otorga una enorme importancia. La instalación de monumentos conmemorativos es otra de las medidas de carácter reparatorio que la Corte Interamericana viene determinando habitualmente en sus sentencias. Así, en el Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, se le ordenó al Estado “erigir un monumento en memoria de las víctimas y, mediante una ceremonia pública y en presencia de los familiares de las víctimas, debe poner una placa con los nombres de los 19 comerciantes”.¹⁴⁶ Finalmente, otras medidas que han sido ordenadas por la Corte Interamericana y que tienen que ver con las garantías de no repetición como formas de reparación son, por ejemplo, el ordenar al Estado que inicie “el procedimiento para suscribir y promover la ratificación de la Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad”¹⁴⁷ o que incluya, “dentro de los cursos de formación de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía, y de organismos de seguridad, capacitación en materia de derechos humanos y de derecho internacional humanitario”.¹⁴⁸

A MODO DE CONCLUSIONES

Tras este viaje en el que hemos querido acompañar el proceso de emergencia y progresiva visibilización de las víctimas de las violaciones graves de los derechos humanos a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, si alguna conclusión podemos sacar es que, debido a ese proceso, el tema de las reparaciones se ha convertido en uno de los asuntos centrales de las agendas tanto políticas como jurídicas en el panorama interno e internacional. Tanto el derecho penal internacional como, sobre todo, el derecho internacional de los derechos humanos han ido prestando una atención cada vez mayor a las víctimas y a sus necesidades tras

¹⁴⁵ Caso Masacre Plan de Sánchez, paras. 100 y 101. En la misma línea, Caso de las Hermanas Serrano Cruz, para. 194; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, n° 125, para. 226.

¹⁴⁶ Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, n° 109, para. 295.7. Ver asimismo Caso Barrios Altos, para. 50.5.f).

¹⁴⁷ Caso Barrios Altos, para. 50.5.c).

¹⁴⁸ Caso Myrna Mack Chang, para. 301.10. Cursos de esta naturaleza para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico figuran también en las medidas de reparación del Caso Tibi vs. Ecuador, para. 280.13.

procesos graves de violencia marcados por violaciones de los derechos más básicos, lo que se ha concretado en un énfasis creciente en la reparación que se les debe a dichas víctimas. Un vigoroso y rotundo testimonio de esta creciente importancia de las reparaciones viene de la mano de los recién aprobados Principios y Directrices sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones, uno de los últimos hitos jurídicos en el tortuoso y no siempre sencillo camino de la aparición de un derecho de las víctimas a la reparación. En estos Principios la reparación adopta una fisonomía que va mucho más allá de la tradicional dimensión económica, incluyendo aspectos relacionados con la verdad, la justicia y, en último término, con la memoria como ingrediente esencial de todo proceso integral de reparaciones. Ahora bien, el tipo de memoria por el que creo que hay que apostar es el de una memoria *ejemplar*, acudiendo a la expresión utilizada por Todorov (2000, p. 31), una memoria que no se queda fijada en el sufrimiento pasado, sino que lo que pretende es proyectarse y sacar lecciones que puedan ser aplicadas al presente, con la mirada puesta también en un futuro que se quiere libre de los errores pasados. Sólo así la memoria se convertirá en una herramienta para hacer justicia a las víctimas de los horrores del pasado, y en un antídoto para tratar de evitar que se repitan.

REFERENCIAS

- ABELLAN, H. V. (1999). "La aportación de las Naciones Unidas a la internacionalización del derecho a la justicia", en *Los Derechos Humanos en un mundo dividido*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos-Universidad de Deusto.
- ANTZE, P. and LAMBEK, M. (eds.) (1996). *Tense Past: Cultural Essays in Trauma and Memory*. London: Routledge.
- ARANZADI, J. (2005). "Traducir a los muertos", *El País*, 18 de mayo.
- BARAHONA DE BRITO, A. (2001). "Introduction", en BARAHONA DE BRITO, A.; GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, C. and AGUILAR, P. (eds.). *The Politics of Memory. Transitional Justice in Democratizing Societies*. Oxford: Oxford University Press.
- BARKAN, E. (2003). "Legal Settlements as a Form of Cultural Politics: A Moral and Historical Framework for the Right to Reparations", en ULRICH, G. and BOSERUP, L. K. (eds.). *Reparations: Redressing Past Wrongs*. The Hague-London-New York: Kluwer Law International.
- BARKAN, E. (2000). *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*. New York: Norton.
- BECKER, D., LIRA, E. (1995). "Therapy with Victims of political repression in Chile: the Challenge of Social Reparation", en KRITZ, N. J. (ed.). *Transitional Justice. How emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press.
- El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos 57
- BEIGBEDER, Y. (2005). *International Justice Against Impunity. Progress and New Challenges*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- BLANC ALTEMIR, A. (2003). "El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario". *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XIX.
- BORAINÉ, A., LEVY, J. and SCHEFFER, R. (eds.). (1997). *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*. Cape Town: Institute for Democracy in South Africa.
- BOTTIGLIERO, I. (2004). *Redress for Victims of Crimes Under International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- BROOKS, R. L. (2003). "African American Redress Movement: the Quest for Atonement", en ULRICH, G. and BOSERUP, L. K. (eds.). *Reparations: Redressing Past Wrongs*. The Hague-London-New York: Kluwer Law International.
- CANÇADO TRINDADE, A.A. (2003). "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2002)", en GOMEZ ISA, F. (dir.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- CANAVAGGIO, P. y JOINET, L. (2004). "Archivos contra el olvido", *El País*, 7 de noviembre.
- CASSEL, D. (2005). "The expanding scope and impact of reparations awarded by the Inter-American Court of Human Rights", en *The Right to Reparation for Victims of serious human rights violations*. Brussels: International Conference, University of Leuven-University of Antwerp, 25 February 2005 (artículo en poder del autor de esta contribución).
- CEPEDA CASTRO, I. y GIRON ORTIZ, C.: "El derecho a la memoria", en <http://www.desaparecidos.org/colombia/galeria/derechos.html>.
- CEPEDA CASTRO, I. y GIRON ORTIZ, C. (2004). "Justicia y Crímenes contra la Humanidad", en SOROETA, J. (Ed.): *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*. Bilbao: Vol. V, Servicio Editorial de la UPV.
- COHEN-JONATHAN, G. (2000). "Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *Les Droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant.
- CHAUMONT, J-M. (1997). *La concurrence des victimes. Génocide, identité, reconnaissance*. Paris: La Découverte.
- DAVID, R. and YUK-PING, CH. (1995). "Victims of Transitional Justice: Lessons from the Reparation of Human Rights Abuses in the Czech Republic", *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, n° 2, pp. 392-435.
- DE GREIFF, P. (ed.) (2006). *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press.
- DE GREIFF, P. (2004). "Universal Jurisdiction and Transitions to Democracy", en MACEDO, S. (ed.). *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

- DE GREIFF, P. and WIERDA, M. (2005). "The Trust Fund for Victims of the International Criminal Court: Between Possibilities and Constraints", en DE FEYTER, K.; PARMENTIER, S; BOSSUYT, M. and LEMMENS, P. (eds.). *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Antwerpen-Oxford: Intersentia.
- FERUDI, F. (1988). "New Britain-a nation of victims". *Social Science and Modern Society*, Vol. 35.
- FINKELSTEIN, N. G. (2002). *La Industria del Holocausto. Reflexiones sobre la explotación del sufrimiento judío*. Madrid: Siglo XXI de España Editores.
- GOMEZ ISA, FELIPE (dir.) (2006). *El derecho a la memoria*. Zarauz: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Diputación de Guipúzcoa, Alberdania.
- GOMEZ ISA, F. (ed.) (2003). *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- HACHIYA, M. (2005). *Diario de Hiroshima*. Madrid: Turner.
- HAMBER, B. (2005). "The Dilemmas of Reparations: In Search of a Process Driven Approach", en *The Right to Reparation for Victims of serious human rights violations*. Brussels: International Conference, University of Leuven-University of Antwerp, 25 February 2005 (artículo en poder del autor de esta contribución).
- HAMBER, B. (1998). "Repairing the Irreparable: Dealing with double-binds of making reparations for crimes of the past", Paper presented to the African Studies Association of the UK, London, 14-16 September 1998, en <http://www.incore.ulst.ac.uk/publications/conference/thepast/repair.html>.
- HAMBER, B. and WILSON, R. (2002) "Symbolic Closure through Memory, Reparation and Revenge in Post-Conflict Societies", *Journal of Human Rights*, Vol. 1, n° 1. (en <http://www.du.edu/humanrights/working-papers/papers/05-hamber-04-00.pdf>).
- ICJ (*International Center for Transitional Justice*) *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949. *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, ICJ Reports 1980.
- ICJ. *Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (La Grand Case)*, ICJ Reports 2001.
- ICTJ *Parámetros para el Diseño de un Programa de Reparaciones en el Perú. Informe conjunto del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH)*, septiembre de 2002, en www.ictj.org.
- JORDA, C. and DE HEMPTINNE, J. (2002). "The Status and Role of the Victim", en CASSESE, A.; GAETA, P. and JONES, J. R. (eds.). *The Rome Statute of the ICC: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

- KELSALL, T. (s. f.). "Truth, Lies, Ritual: Preliminary Reflections on the Truth and Reconciliation Commission in Sierra Leone", *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, n° 2.
- KLEIN, E. (1999). "Individual Reparation Claims under the International Covenant on Civil and Political Rights: the Practice of the Human Rights Committee", en RANDELZHOFFER, A. and TOMUSCHAT, C. (eds.). *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.
- KRIEBAUM, U. (2003). "Restitution Claims for Massive Violations of Human Rights During the Nazi Regime. The Austrian Case", en ULRICH, G. and BOSERUP, L. K. (eds.). *Reparations: Redressing Past Wrongs*. The Hague- London- New York: Kluwer Law International.
- LANC ALTEMIR, A. (2003). "El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario", *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XIX.
- LUTZ, E. L. (1995). "After the elections: Compensating Victims of Human Rights Abuses", en KRITZ, N. J. (ed.). *Transitional Justice Transitional Justice. How emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press.
- MADRIGAL-BORLOZ, V. (2003). "Damage and Redress in the Jurisprudence of the InterAmerican Court of Human Rights", en ULRICH, G. and BOSERUP, L. K. (eds.). *Reparations: Redressing Past Wrongs*. The Hague- London- New York: Kluwer Law International.
- MAMDANI, M. (1966) "Reconciliation without Justice". *African Review of Books*, Vol. 46, November-December.
- MANI, R. (2002). *Beyond Retribution, Seeking Justice in the Shadows of War*. Cambridge: Polity Press.
- MANI, R. (2005). "Reparation as a Component of Transitional Justice Pursuing Reparative Justice in the Aftermath of Violent Conflict", en *The Right to Reparation for Victims of serious human rights violations*. Brussels: International Conference, University of Leuven-University of Antwerp, 25 February 2005 (artículo en poder del autor de esta contribución).
- MARTINEZ DE BRINGAS, A. (2004). *Exclusión y Victimación. Los gritos de los derechos humanos en la globalización*. Zarautz: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe y Diputación Foral de Guipúzcoa-Alberdania.
- MARTIN-BARO, I. (1995). "Reparations: Attention Must Be Paid", en KRITZ, N. J. (ed.). *Transitional Justice Transitional Justice. How emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press.
- MARTÍN BERISTAIN, C. (1999). *Reconstruir el tejido social*. Barcelona: Icaria.
- MARTIN BERISTAIN, C. y PAEZ ROVIRA, D. (2000). *Violencia, apoyo a las víctimas y reconstrucción social*. Madrid: Editorial Fundamentos.
- MATE, R. (2003). *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*. Madrid: Trotta.

- MATE, R. (2005). "El lugar de las víctimas". *El País*, 11 de marzo.
- MÉNDEZ, J. (2004). "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones de los derechos humanos", en ABREGU, M. y COURTIS, C. (comp.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto- CELS.
- MERON, T. (1989). *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*. Oxford: Clarendon Press.
- MINOW, M. (s. f.). *Between Vengeance and Forgiveness. Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.
- MYNNTI, K. (2003). "The Right to Reparation of Victims of Racial Discrimination in Human Rights Law", en ULRICH, G. and BOSERUP, L. K. (eds.). *Reparations: Redressing Past Wrongs*. The Hague-London-New York: Kluwer Law International.
- NAVARRO, V. (2004). "La transición y los desaparecidos republicanos", y MONEDERO, J. C. "Nocturno de la transición", en *La memoria de los olvidados. Un debate sobre el silencio de la represión franquista*. Valladolid: Ámbito Ediciones.
- NINO, C. (1995). "Response: The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: the Case of Argentina", en KRITZ, N. J. (ed.). *Transitional Justice. How emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press.
- NOWAK, M. (2003) "The Right to Reparation of Victims of Gross Human Rights Violations", en ULRICH, G. and BOSERUP, L. K. (eds.). *Reparations: Redressing Past Wrongs*. The Hague-London-New York: Kluwer Law International.
- NOWAK, M. (2005). "Reparation in the former Yugoslavia", en *The Right to Reparation for Victims of serious human rights violations*. Brussels: International Conference, University of Leuven-University of Antwerp, 25 February 2005 (artículo en poder del autor de esta contribución).
- NOWAK, M. (2000). "The Right of Victims of Gross Human Rights Violations to Reparation", en COOMANS, F. et al (eds.). *Rendering Justice to the Vulnerable*. The Hague: Kluwer Law International.
- OLIVEIRA, A. y GUEMBE, J. (2004). "La verdad, derecho de la sociedad", en ABREGU, M. y COURTIS, C. (Comp.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto-CELS.
- ORE AGUILAR, G. (2005). "El derecho a la reparación en la desmovilización de los paramilitares colombianos". *Anuario CIP 2005*. Barcelona: Icaria.
- ORENTLICHER, D. F. (1995). "Settling Accounts: the Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", en KRITZ, N. J. (ed.). *Transitional Justice. How emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press.
- ORENTLICHER, D. F. (1995). "A Reply to Profesor Nino", en KRITZ, N. J. (ed.). *Transitional Justice. How emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press.

- O'SHEA, A. (2002). *Amnesty for Crime in International Law and Practice*. The Hague: Kluwer Law International.
- RANDELZHOFFER, A. and TOMUSCHAT, C. (eds.) (1999). *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.
- RIGBY, A. (2001). *Justice and Reconciliation after the Violence*. London: Lynne Rienner Publishers.
- RODRIGO, J. (2005). *Cautivos. Campos de concentración en la España franquista*. Madrid: Crítica.
- ROMBOUTS, H. (2004). *Victim Organisations and the Politics of Reparation: A Case Study on Rwanda*. Antwerp-Oxford: Intersentia.
- ROHT-ARRIAZA, N. (1995). *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
- SALADO OSUNA, A. (2005). "La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos: la obligación de reparar en los sistemas regionales de protección", en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A. (2004). *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SCHOTMANS, M. (2005). "Victim's expectations, needs and perspectives after gross and systematic human rights violations", en *The Right to Reparation for Victims of serious human rights violations*. Brussels: International Conference, University of Leuven-University of Antwerp, 25 February (artículo en poder del autor de esta contribución).
- SEBALD, W. G. (2003). *Sobre la historia natural de la destrucción*. Barcelona: Anagrama.
- Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms", Maastricht, 11-15 March 1992, en *Netherlands Quarterly of Human Rights (SIM Special n° 12)*. 1992.
- SHELTON, D. (1999). *Remedies in International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press.
- STRANG, H. (2002). *Repair or Revenge. Victims and Restorative Justice*. Oxford: Clarendon Press.
- SUBIRATS, E. (2005). "Réquiem por Hiroshima y Nagasaki". *El País*, 6 de agosto.
- TEITEL, R. (2000). *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- TODOROV, T. (2000). *Los abusos de la memoria*. Barcelona: Paidós.
- TOMUSCHAT, C. (1999). "Individual reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: the Position under General International Law", en RANDELZHOFFER, A. and TOMUSCHAT, C. (eds.). *State Responsibility and the Individual. Reparations in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers. The Hague.

- TRAVERSO, E. (2005). "La singularidad de Auschwitz. Un debate sobre el uso público de la historia", *Pasajes de Pensamiento Contemporáneo*, Primavera.
- ULRICH, G. and BOSERUP, L. K. (eds.) (2003). *Reparations: Redressing Past Wrongs*. The Hague, London, New York: Kluwer Law International.
- UMOZURIKE, U. O. (1997). *The African Charter on Human and Peoples' Rights*. Dordrecht: Kluwer Law International.
- VANDEGINSTE, S. (2002). "Reparation for gross and systematic human rights violations: the interaction between the national and international level, against the background of the Rwandan and South African experience", en *Expert Seminar on Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations in the Context of Political Transitions*. Leuven: Universiteit Antwerpen-Katholieke Universiteit Leuven.
- VAZQUEZ SIXTO, F. (2005). "Construyendo el pasado: la memoria como práctica social", en PORTILLO, N.; GABORIT, M. y CRUZ, J. M. (comp.): *Psicología social en la posguerra: teoría y aplicaciones desde El Salvador*. San Salvador: UCA Editores.
- WILSON, R. A. (2001). *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid Regime*. Cambridge: Cambridge University Press.
- YUK-PING, CH. (s. f.). "Victims of Transitional Justice: Lessons from the Reparation of Human Rights Abuses in the Czech Republic". *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, n° 2.
- ZALAUQUETT, J. (1995). "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints", en KRITZ, N. J. (ed.). *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press.

LEGISLACIÓN – Instrumentos internacionales

- Conferencia *The Right to Reparation for Victims of serious human rights violations*, celebrada en Bruselas el 25 de febrero de 2005 (documento en poder del autor).
- Convención Europea sobre la Compensación a las Víctimas de Crímenes Violentos*, abierta a la firma y ratificación el 24 de noviembre de 1983, ha entrado en vigor el 1 de febrero de 1988.
- El derecho a la verdad*, Resolución 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos, aprobada sin necesidad de recurrir a votación el 20 de abril de 2005
- El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe final del relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión*, E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000.

- Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe definitivo presentado por el Sr. Theo Van Boven, Relator Especial*, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993.
- Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguarda y la promoción de los derechos humanos. Informe del relator especial Louis Joinet*, E/CN.4/Sub.2/1985/16, 21 de junio de 1985 *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de Principios para la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005
- Informe de la 2ª Reunión Consultiva sobre los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y reparaciones (Ginebra, 20, 21 y 23 de octubre de 2003)*, E/CN.4/2004/57, 10 de noviembre de 2003.
- La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos civiles y políticos. Informe elaborado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión*, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997
- The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, General Comment n° 31, 26 May 2004. Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005. Resolución 47/133, 12 de febrero de 1993.
- "The Right to Reparation for Victims of gross and systematic violations of human rights", documento de conclusiones presentado en la Conferencia *The Right to Reparation for Victims of serious human rights violations*, celebrada en Bruselas el 25 de febrero de 2005 (documento en poder del autor).
- Torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, General Comment n° 7, A/48/40, 1982

JURISPRUDENCIA

- Aksoy v. Turkey, Sentencia de 18 de diciembre de 1996.
- Aydin v. Turkey, Sentencia de 25 de septiembre de 1997.
- Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Reparaciones, Serie C, n.
- Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, n° 75,
- Caso Basilio Laureano Atachahua c. Perú, CCPR/C/56/D/540/1993, 16 de abril de 1996
- Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Reparaciones, Sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C, n° 88.
- Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, Sentencia de 22 de noviembre de 2004, Serie C, n° 117,

- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, n° 125
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, n° 79.
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004
- Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Reparaciones, Sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C, n° 77, para. 100;
- Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Reparaciones, Sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C, n° 92.
- Caso El Amparo vs. Venezuela, Reparaciones, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C, n° 28
- Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, n° 109, para. 295.7. Ver asimismo Caso Barrios Altos..., op. cit., para. 50.5.f).
- Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Reparaciones, Sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C, n° 116
- Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, n° 101
- Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2005, Serie C, n° 114,
- Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia., Reparaciones, Sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C, n° 92.
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, n° 4.
- Decisión Marco sobre la situación de las víctimas en los procesos penales, adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 15 de marzo de 2001.
- Eduardo Bleier v. Uruguay, Communication R. 7/30 (23 May 1978), A/37/40, 1982
- Factory at Chorzow, Merits, Judgement n° 13, PCIJ, Series A, 1928, n° 17.
- Kurt v. Turkey, Sentencia de 25 de mayo de 1998
- Selmouni v. France, Sentencia de 28 de julio de 1999.
- Tanli v. Turkey, Sentencia de 10 de abril de 2001
- Tshitenge Muteba v. Zaire, CCPR/C/OP/2, 1990; Mariya Staselovich v. Belarus, "Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade", en Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 26 de mayo de 2001, Reparaciones, Serie C, n° 77.
- Yasa v. Turkey, Sentencia de 2 de septiembre de 1998, o Tanrikulu v. Turkey, Sentencia de 8 de julio de 1999.

Contribuciones para la reivindicación social de un derecho a la memoria*

JOSÉ DARÍO ANTEQUERA GUZMÁN**

*Del encuentro con la verdad nadie se escapa.
Aunque te escondas tras la promesa de un mañana,
ya eso no alcanza.
Ojos de Perro Azul.*

Rubén Blades



Este artículo aborda la comprensión de elementos conceptuales, jurídicos y políticos para la reivindicación social del derecho a la memoria, a partir de la actual demanda por la existencia de mecanismos de visibilización y reconocimiento público de las sistemáticas vulneraciones de los derechos humanos que han determinado nuestra historia reciente. El derecho a la memoria se enmarca en la comprensión de la naturaleza del problema de la construcción de la(s) memoria(s) en nuestras sociedades atravesadas por las dinámicas de exterminio, conflicto y represión, como asunto que rebasa la remisión al pasado para la asignación de consecuencias de justicia, y que nos lleva a proponer criterios de regulación de una política de la memoria, de carácter pedagógico, público, participativo y exigible socialmente. Como sustento del derecho a la memoria, acudimos al análisis sobre la existencia de la dimensión colectiva de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, la cual viene siendo desarrollada por instancias como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reconocida por la Corte Constitucional colombiana, no obstante la necesaria perspectiva crítica desde la que es necesario impulsar su profundización, también, en cuanto a las disputas políticas sobre las consecuencias que han de producirse de su garantía.

Palabras Clave: Derechos de las víctimas, reparación integral, derecho a la memoria, política de la memoria



Contributions to the social claim for the right to memory

Starting from the demand for the creation of mechanisms of publicly recognizing the systematic violations of human rights which have characterised our

* Este artículo está basado en el trabajo de grado "El derecho a la memoria" presentado ante la Universidad Externado de Colombia, por lo que se recomienda la remisión para una mayor amplitud bibliográfica y argumentativa.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Integrante del Movimiento de Hijos e Hijas por la Memoria y contra la Impunidad.

recent history, such as integral reparation and guarantees of non-repetition, this article tackles conceptual and legal elements for the social claim for the *right to memory*. This right should be embedded in the understanding of the nature of constructing memory in our repression- and conflict-struck societies, that is to say: it should go beyond the mere working through of the past in order to call to account the persons who committed crimes. More than that, the discussion on the *right to memory* should lead to the proposal of criteria for establishing a policy of memory which has a pedagogical, public, participative and socially demandable character. To support the arguments for the *right to memory*, the article falls back on the analysis of the existence of a collective dimension of the rights to truth, justice and reparation – analysis that has been developed by legal authorities such as the Inter-American Court of Human Rights and acknowledged by the Constitutional Court of Colombia. Nevertheless, it upholds a critical angle according to which this analysis must be deepened, regarding, among other things, the political disputes on the consequences of the collective dimension of the rights in question.

Key words: Victim's right, integral reparation, right to memory, policy of memory.

INTRODUCCIÓN

Las rupturas de tantos silencios forzados por la represión, y la consecuente visibilización de una historia reciente plagada de vulneraciones sistemáticas a la dignidad, nos ubican, en el contexto latinoamericano actual, en un “momento de reactivación de la memoria” (Jelin, 2002). Asistimos a la reincidencia de movimientos sociales que reclaman el recuento de luchas, vivencias ancestrales y su exterminio sistemático, con un importante peso del valor cultural de las tradiciones y las cosmogonías. Su capacidad “desestabilizadora” del des-orden del capitalismo contemporáneo, con toda su empresa de despojo, se suma a la de las demandas surgidas por la vulneración grave y sistemática de los derechos humanos que en tiempos recientes configuraron el mapa político de nuestros países, ya sin ese impulso generacional marcado por la esperanza cierta de un mundo nuevo. Quienes representan estas últimas demandas –familiares de víctimas, sobrevivientes, defensores de derechos humanos y nuevos sujetos de cambio– se encuentran a lo largo y ancho de un territorio, donde aún se carece de reconocimiento del común denominador existente en los proyectos de exterminio y represión de las oposiciones políticas, de los y las líderes sociales, del campesinado, de las comunidades afrodescendientes; e incluso, en las exclusiones y discriminaciones en sus muy distintas formas que marcaron “el pasado” y marcan “presente”. Allí pues, “La Memoria” ha comenzado a convertirse en una reivindicación política compartida por amplios sectores sociales que rebasan la categoría de las “víctimas” como sujetos de exigibilidad. y a cuya clarificación conceptual y profundización quiere aportar este

escrito con reflexiones determinadas por la búsqueda de una óptica desde el derecho. Claramente, esta aspiración existe en un campo político y conceptual de difícil consenso. “Hay una lucha política sobre el sentido del pasado y sobre el sentido de la memoria misma” (Jelin, 2002, p. 6). Las preguntas sobre la realidad “pasada”, tan aberrante como orgullosa de valores humanos, generan posiciones contrapuestas. Hay quienes abogan por el olvido y culpan a la memoria obstinada de las venganzas que reproducen nuestra barbarie. Otras voces reclaman, por la falta de verdad y de justicia, la siembra indeterminada de resentimientos que crecen día a día en el silencio impuesto. Aún más, hay una lucha actual por lograr miradas del pasado que no sólo reconozcan lo traumático, y que reclaman el reconocimiento de la existencia de proyectos políticos de transformación social detrás de los ojos emblemáticos de individuos que ya fueron, cuya salida a la luz en el presente cuestiona los referentes hegemónicos sobre los que decimos “memoria”.¹

En ese sentido, es pertinente y necesario aportar elementos que nos permitan comprender y dar sustento a la reivindicación. Requerimos de un concepto jurídico consciente de las limitaciones de la disciplina del derecho, que en diálogo con las ciencias sociales nos permita clarificar qué entender por “memoria colectiva”, qué entender por el objeto y contenido mismo de resistencia de la memoria (el olvido) y de qué manera las dinámicas conflictivas asociadas a las vulneraciones de los derechos humanos delinean su sentido.

Para dar sustento a una propuesta coherente, contamos en la actualidad con los estándares internacionales en materia de derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, como obligaciones de “ver atrás”, de no hacer como si nada hubiese acontecido, menos silenciar

¹ Existe una noción de “memoria” ligada a la naturaleza traumática del recuerdo, con acento rememorativo en los acontecimientos de ruptura violenta, la cual desconoce ocasionalmente los procesos de lucha por transformaciones sociales, políticas y económicas, el carácter beligerante y/o político de algunas “víctimas” o el contexto de confrontación en donde se generaron y generan las situaciones de victimización. Así, se ha comentado por ejemplo, sobre la reconstrucción de la memoria en la década de los ochenta en Argentina, el que se pusiese acento en los relatos en la “inocencia de las víctimas”, consolidándose un modelo de denuncia que enfatizaba lo aberrante de los crímenes de la dictadura, dejando de lado la discusión de la situación histórica, política, incluso internacional, que los hizo posibles. Dicha marca en la reconstrucción de la memoria parece una constante a nivel latinoamericano, de manera que en el presente han venido surgiendo organizaciones que sin perder la perspectiva de denuncia y visibilización de los acontecimientos traumáticos, ponen acento también en la recuperación de la memoria de los procesos sociales de transformación, con fuerte influencia del carácter generacional de su conformación. Entre las más destacadas por ejemplo, Hijos por la Verdad, la Justicia contra el Olvido y el Silencio en países como Argentina, Guatemala y México, e Hijos e Hijas por la Memoria y contra la Impunidad en Colombia. Para una ejemplificación en el caso de “La noche de los lápices”, ver Lorenz (2004).

a quien demuestra con su vida o su muerte lo ocurrido. Vale decir, el reconocimiento de tales derechos por distintas instancias internacionales, y la adopción de los mismos en la legislación y jurisprudencia nacionales, así como el posicionamiento ético de muchos de sus promotores,² han hecho que el margen de maniobra de quienes pujan por “no abrir heridas del pasado” sea cada vez más estrecho. Así pues, cada vez es más cierto que las discusiones sobre estos temas vienen trasladándose, desde el escenario entre quienes piden justicia y quienes pretenden negarla, silenciarla, obviarla con la promesa de un mañana de paz y desarrollo a costa de una ilusoria superación del pasado, al terreno de los derechos de obligatoria garantía sobre los que entonces se discuten sus contenidos: ¿qué significan los derechos a la verdad, la justicia y la reparación? ¿Cuánta verdad, cuánta justicia y cuánta reparación? ¿Quiénes son víctimas? ¿Quiénes pueden exigir esos derechos? Pero sobre todo, ¿qué implicaciones políticas y sociales han de producirse en su garantía?³

No pretendo abordar todas esas preguntas en este artículo. Más concretamente, lo que me propongo es argumentar la necesidad de un derecho del que viene hablándose con fuerza en el marco de discusiones que menciono y del que participo desde la perspectiva reivindicativa: un *derecho a la memoria*, cuyo desarrollo conceptual, jurídico y político pasa necesariamente por el planteamiento de algunas de estas preguntas y por el proceso de abordaje previo o aproximación a algunas de sus respuestas.

La consideración que viene haciendo surgir esta posibilidad, difícil para muchos, es concreta. Además de la necesidad de que las víctimas conozcan la verdad, además de la necesidad de judicialización a los responsables y de reparación, es necesario que la sociedad en su conjunto conozca y reflexione sobre lo sucedido en un contexto histórico determinado, reconozca lo ocurrido, tenga memoria y la ejercite. Para que no se repitan los actos de barbarie, para que dejen de ocurrir en el presente, pero sobre todo, para que se asiente una base ética en las comunidades y en la sociedad en general. Esta base ética ha de incluir la apropiación, por parte de las nuevas generaciones, del legado simbólico de las luchas sociales por la emancipación, la dignidad y

² Entre las más destacadas se encuentran, las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo en Argentina, las Asociaciones de Familiares de Detenidos y Desaparecidos, en Chile, Colombia, y otros países, los movimientos de lucha por la recuperación de la memoria de las luchas republicanas en España, los movimientos de hijos e hijas, entre muchos otros.

³ En dicho marco se ubica la discusión actual en Colombia sobre la llamada reincorporación de grupos paramilitares a la vida civil. Ver Uprimny y Saffon (2006).

tantos otros objetivos cercenados, como contribución y piso hacia su materialización.⁴

Es así que en este escrito se plasma un recorrido argumentativo de la emergencia de un derecho a la memoria. En un primer momento la intención es aportar elementos de comprensión sobre “la memoria colectiva” y las “políticas de la memoria” hacia una sustentación conceptual. En segundo término se abordará el tema de los fundamentos jurídicos que nos permiten hablar de un derecho a la memoria, centrando el asunto en la búsqueda del sustento que nos lleva a defender una exigibilidad y necesidad social de medidas encaminadas a la preservación de la memoria, más que en la elaboración de un catálogo de principios y normas. Para terminar, se hará mención somera a algunos de los reconocimientos que vienen dándose de este derecho, aunque no de manera explícita, en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos ocurridos en Colombia.

Una conclusión se avizora desde el principio: la lucha por la memoria es una lucha contra el olvido, pero también es una lucha entre versiones históricas (procesos o alternativas de construcción de carácter histórico) que se ejercen desde diversas posiciones políticas, incluso en contra de la vigencia de los derechos humanos, una lucha que permanece aún fuera de los estrados judiciales o las instituciones del Estado. De otro modo, la discusión sobre los sentidos del pasado (Jelin, 2002), y por ende, de los contenidos de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación determinan las propuestas, de suerte que no es posible pretender un esfuerzo académico sobre este tema sin toma de posición. Por esto, a lo largo del escrito se expresan, valga la redundancia, posiciones políticas en medio de los debates actuales, que delinear el rumbo hacia el que pretende dirigirse el esfuerzo.

LA REIVINDICACIÓN DE LA MEMORIA. ELEMENTOS PARA SU COMPRENSIÓN

En este aparte son centrales algunas consideraciones sobre un concepto de memoria colectiva útil y pertinente para su comprensión como reivindicación política y jurídica. Bajo el subtítulo “concepto

⁴ Algunos ejemplos del avance internacional de los ejercicios de recuperación de la memoria: Fundación Topografía del Terror (Alemania), Colectivo Londres 38 (Chile), Servicio de Historia y Patrimonio de la U de Leida (Cataluña), “Grup d’estudis per a la recerca i difusió de la Memòria Històrica de Manresa” (Cataluña), Museo Memorial del Holocausto (Washington D.C.), Instituto Espacio para la Memoria (Argentina), Fils et Filles de Républicains Espagnols et Enfants de l’exode (Francia), Europe de la Mémoire (Francia), Museu de la Resistència del Delfinat (Francia), Memorial (Rusia), Instituto para la justicia y la reconciliación (Sud-áfrica), Comisiones Provinciales de la Memoria (Argentina), Ciudad Alfaro (Ecuador). Ver: www.memorialdemocratic.org

de memoria colectiva y las vulneraciones de los derechos humanos” podremos observar el centro de su desarrollo, a partir de los referentes de conocimiento del “pasado” y la comunicación, y la manera en que estos se encuentran en un escenario social de batallas entre versiones históricas. Al finalizar una primera parada, la intensión será poner el enfoque en la memoria como “problema de políticas” de lo cual se desprende la necesidad de criterios y regulaciones que afectan y determinan una determinada política desde el Estado, cuyo objeto, entonces, sea la materialización de la lucha contra el olvido con los elementos que aportamos para su entendimiento.

El concepto de memoria colectiva y las vulneraciones de los derechos humanos

El periodo comprendido entre el inicio del proyecto del nacional-socialismo en Alemania y el juicio de Nuremberg, significó el surgimiento de lo que podemos considerar como la etapa de preocupación contemporánea por la memoria en el campo jurídico. Las distintas conmemoraciones por los actos de genocidio contra los judíos⁵ fueron decisivas para la intensificación del uso de la expresión a nivel global durante los años ochenta. Así también, diferentes acontecimientos históricos contribuyeron a la configuración de la memoria de las llamadas “catástrofes del siglo XX” como un hecho cultural de trascendencia universal (González, 2004, p. 183). De igual suerte, bajo la lupa común de las “transiciones a la democracia”, los acontecimientos de vulneración de los derechos humanos en el Cono sur de Latinoamérica, Centro América, África y Europa del Este, determinan hoy la manera en que decimos “memoria.”⁶

El legado de la filosofía antigua occidental nos dejó el binomio memoria y rememoración como bastiones para la definición básica del acto de recordar.⁷ La memoria, en principio, puede ser considerada como la retención pasiva de recuerdos a partir de nuestras percepciones, pero es también la búsqueda activa en el pasado, trayéndolo al presente, llamada reminiscencia.

El recuerdo de la quema de libros, en 1983; el primer acto de violencia masiva contra la comunidad judía alemana (pogrom), conmemorado en 1988; el fin de la guerra, conmemorado en 1985 y en décadas posteriores. Ver Jelin (2002, p. 10).

Sobre el apoyo de políticas internacionales de poder a los procesos de transición y una genealogía de la justicia transicional que sustenta la afirmación, ver Teitel (2003, pp. 69-94).

Dicho legado proviene de la concepción aristotélica del tiempo. Ver Aristóteles, *Memoria y Reminiscencia*. Citado por Rogovin (1970).

Parte de los avances de los estudios de la memoria desde una óptica política se proyecta en la conclusión sobre la imposibilidad de reivindicación y regulación de la misma, desde la perspectiva que la considera como una propiedad exclusiva de los individuos, alejada de consideraciones sobre la existencia de una memoria “nuestra”, cuyas implicaciones se relacionan con la determinación de los horizontes sociales a partir de la afectación que producen los contextos de interacción sobre lo que recordamos u olvidamos.⁸

En ese sentido, el concepto de “memoria colectiva” toma centralidad a la hora de pensar en la problematización de la memoria de acontecimientos de ruptura social o implicación política. No obstante, dicho concepto está atravesado de problematizaciones que han tenido que ser clarificadas. Y es que un concepto de memoria colectiva puede plantearse desde la errada óptica que la considere como un hecho social igualado a una cosa, como un todo unificado. Así, el abismo a que nos conduce nos lleva a desconocer las disputas y divergencias que existen entre individuos y grupos sociales sobre las interpretaciones de lo ocurrido (Jelin, 2002). De la misma manera, se hace necesario identificar respecto de la “memoria” un proceso verdaderamente subjetivo que no niegue la conciencia individual, pero sin desconocer la naturaleza social del ser humano, es decir, su elaboración en medio y gracias a contextos sociales (Jelin, 2002).

Desde esa perspectiva, entendemos como componentes de la memoria, ya en términos sociales, no sólo los recuerdos “subjetivos”, sino también los “impactos objetivamente identificables de los hechos pasados” (Sánchez, 2003, p. 26), siendo éstos fundamento para el reconocimiento presente de acontecimientos de experiencia más o menos particular, pero de implicación generalizada. Así, la memoria colectiva consiste en el “conjunto de huellas dejadas por los acontecimientos que han afectado el curso de la historia de los grupos implicados y que tienen capacidad de poner en escena recuerdos comunes” (Jelin, 2002, p. 22).

Las vulneraciones de los derechos humanos tienen la característica de ser acontecimientos de afectación individual y grupal, pero cuyas afectaciones redundan en la amplitud del espectro social, en tanto determinadoras de los horizontes sociales. Así, hablar de memoria reivindicable hablar de la memoria subjetiva que plantea implicaciones

⁸ La conclusión que se ha asentado en la materia se visualiza en la discusión entre las llamadas miradas interior y exterior de la memoria, respecto de las cuales se plantea la imposibilidad de acción sobre la memoria concebida como proceso meramente individual subjetivo. Ver Fentress y Wickham (2003).

en los individuos afectados,⁹ pero también de los recuerdos sobre las mismas que se ponen o eliminan del juego social, determinando la realidad histórica y política.

De esta manera, son las huellas, referentes de reconocimiento o “vectores de memoria” (Jelin y Longoni, 2005, p. 169), las que toman relevancia a la hora de pensar en la regulación jurídica de la memoria. El centro de su existencia se basa en la comunicación, de suerte que su relación con las vulneraciones de los derechos humanos (silenciamiento) está implícita en la ocurrencia del acto de vulneración mismo; es decir, el genocidio, la desaparición, el desplazamiento forzado, etc., llevan en sí mismos, además, una intención y efecto de actuación sobre la memoria colectiva.

Al plantearse dicha comprensión, son muchas las perspectivas de análisis que aparecen en el camino, mencionándose aquí dos de particular relevancia en el tema de las vulneraciones de los derechos humanos.

En primer lugar, además de las llamadas huellas de tipo historiográfico, tantas veces levantadas como únicos recursos serios, en la actualidad se reconocen un sinnúmero de referentes de identificación del pasado, que se producen de manera más o menos institucionalizada, y respecto de los cuales subsiste la discusión sobre la veracidad histórica.¹⁰ Así, con la clasificación elaborada por Henry Russo, podemos distinguir por lo menos cuatro tipos, de los más relevantes en el asunto de los actos que nos interesan: los oficiales (monumentos, ceremonias, celebraciones organizadas por los gobiernos); los organizacionales (relativos a las prácticas de memoria de los grupos, trabajadores, soldados, víctimas, etc.); los culturales (el cine, la TV, la literatura); y los eruditos (la historiografía) (Jensen, 2005, p. 169). En este marco ampliado es posible comprender los productos judiciales (tipo sentencias, u otro tipo de piezas procesales como pruebas testimonios, confesiones, peritazgos-, el proceso mismo de selección de los hechos jurídicamente relevantes) no sólo como documentos de apoyo para la aplicación de penas a los responsables de actos de vulneración a la dignidad, sino también como referentes de memoria, y así, destacar las implicaciones simbólicas que tiene la impunidad judicial desde el punto de vista social, y las limitaciones de la búsqueda de la verdad circunscrita al ámbito estrictamente jurídico (verdad procesal). De la misma manera, visualizamos el valor de los informes de las llamadas

Sobre las consecuencias traumáticas de las vulneraciones de los derechos humanos, ver Cepeda y Girón (198).

¹⁰ Sobre la ampliación de los referentes de identificación histórica, ver Gnecco y Sambrano (2000).

“comisiones de la verdad”, sin dejar de tomar en cuenta la especificidad de sus fines y las particularidades de sus contenidos. Pero igualmente, y aquí espero aportar a la perspectiva reivindicativa, debemos romper con las visiones estrechas sobre la memoria, y entonces admitir en muy diversas manifestaciones su importancia, e incluso, valorar el ejercicio no institucional por parte de sectores victimizados y subalternos que no siempre contemplan sus posibilidades activas, más allá de la exigibilidad institucional de “verdad”, “reconocimiento”, “reparación” o de la justicia que tiene a esos como base.

Por otro lado, como parte de la relevancia jurídica que viene adquiriendo este tema, nos encontramos con problematizaciones sobre las contradicciones entre memorias, historias y usos políticos de las mismas, como manifestación misma de las contradicciones sociales. Complementariamente, lo que podemos observar es que muchas veces existe una distinción entre lo que los colectivos recuerdan y entre lo que los textos –escritos orales, visuales y arquitectónicos– de los constructores de historias les dicen que deben recordar (Gnecco et ál., 2000, p. 13). La mirada a la reconstrucción social de la memoria nos muestra un escenario de contradicciones entre versiones históricas como forma misma de la contradicción memoria-olvido, de suerte que podemos reconocer versiones y memorias hegemónicas enfrentadas a posiciones disidentes, lo cual implica, entonces, la aceptación de que lo seleccionado, escrito, mostrado, popularizado e institucionalizado, léase, reconocible como “la historia”, está influido por relaciones de poder (Gnecco, 2000, p. 172). En ese sentido, la problematización de la memoria desde el punto de vista jurídico y político desde donde se desarrolla como reivindicación, rebasa el asunto de indagar cómo hemos de remitirnos al pasado para descubrir las verdades y asignarles consecuencias, como entendimiento común de este tema. También debe tenerse en cuenta la forma en que se construye la supuesta verdad del pasado: “Indagar la memoria es básicamente un ejercicio de comprensión del presente, de las formas como se moldea socialmente el pasado, y con ello se definen las bases que fundamentan futuros posibles” (Jelin, 2002), poniendo en cuestión a la historia oficial.

La lucha por la memoria lleva implícita una lucha contra el olvido. No obstante, el significado de dicho enfrentamiento se cuestiona fuertemente sobre dos consideraciones particulares.

La primera de ellas es que el olvido entraña una doble relación con la memoria. En genérico, el olvido es objeto de resistencia, en tanto que su presencia amenaza la identidad, el conocimiento y la capacidad de ligar el pasado, el presente y el futuro. Pero también, por supuesto,

el olvido se muestra como una necesidad para no convertir la memoria en un “vaciadero de basura”, y entonces, el genérico de lucha contra el olvido, el “prohibido olvidar” como consigna, parece una suerte de llamado a la memoria obligada (Augé, 1998).

En segundo lugar, en el ámbito de la experiencia referido a las vulneraciones de los derechos humanos, hablar de olvido puede parecer un absurdo en tanto la vivencia de lo traumático significa, en sí, la vivencia de un tipo de acontecimiento que se fija en la memoria de manera permanente y recurrente. Aclaro, por el tipo de acontecimiento analizado, lo que debe entenderse es que la manera en que ello se expresa no implica por sí misma exteriorización, acción o reminiscencia: “La marca de lo traumático interviene de manera central en lo que el sujeto puede y no puede recordar, silenciar, olvidar o elaborar” (Jelin, 2002, pp. 11, 28).

Siendo ciertas dichas dificultades, lo que se pretende clarificar es que “no olvidar” no es un llamado a la perturbación del sujeto perceptivo con los recuerdos de la tragedia de la ruptura. Ni se trata de que no olvidemos nada, ni de que el recordar implique mantenernos anclados al pasado, ni mucho menos una suerte de memoria obligada y culpabilizante.¹¹ La reivindicación de la memoria rechaza el olvido como objetivo y consecuencia de la vulneración de los derechos humanos, y se desarrolla desde el punto de vista colectivo como campo de acción regulable que demuestra la importancia de la comprensión conceptual.

Así, en términos colectivos, el olvido se define como “efecto” sobre la comunicación y las huellas (Ricoeur, 2000), es decir, como omisión o actuación que determinan la imposibilidad del reconocimiento objetivado que sustenta la memoria colectiva. Su implicación se encuentra atravesada por la relación “víctima”-sociedad.¹² En ese sentido, el olvido se evidencia desde el contraste entre el recuerdo de la experiencia (de las víctimas),¹³ y el desconocimiento social, la negación, la indignidad y la continuidad de la vulneración misma que allí radica,

¹¹ Opuestas a dichas posibilidades se presenta “la memoria ejemplar” de sentido presente hacia la no repetición. Ver Todorov Tzvetan, *La conquista de América. El problema del otro*. Citado por Jelin (2002, p. 51).

¹² Utilizamos aquí una terminología que se llena de contenido en cada contexto específico, pudiendo entonces darse al concepto de víctima una noción colectiva a la luz de categorías de vulneración específica, como ocurre en el caso del genocidio del que han sido objeto comunidades indígenas, movimientos políticos, entre otros.

¹³ Existe una dificultad para utilizar el término víctima desde la perspectiva reivindicativa, ya que en gran medida el impulso de los movimientos sociales por la memoria se encuentra atravesado por un cuestionamiento a este concepto con argumentos como la carga de pasividad que se acuna en la identidad desde el daño, o la negación reiterada del carácter político, ofensivo y justificado del accionar reprimido a partir de las vulneraciones.

acompañado de la imposibilidad de justicia que surge de la “huella judicial”. A su vez, socialmente el olvido sobre las vulneraciones de los derechos humanos implica, sin más, la definición histórica desde los responsables de las mismas, con las obvias consecuencias presentes y futuras. “*Quien controla el pasado controla el futuro; quien controla el presente controla el pasado*” (Orwell, 2004).

Pero a esto debe sumarse el que inmersos en un marco de poder del cómo se construye la historia, la lucha contra el olvido es también una lucha que recae sobre ciertas formas de elaboración de la memoria colectiva, lo cual nos conduce a la búsqueda de criterios que regulen la política de la memoria que se ejerce desde el Estado por su papel en la definición de la historia oficial, las responsabilidades penales y la garantía de los derechos humanos. Vale entonces decir, la lucha contra el olvido es inseparable de la lucha por la justicia, puesto que la misma está basada, indefectiblemente, en el reconocimiento de lo ocurrido con carácter de autoridad.

La memoria es un problema de políticas

En cualquier contexto es imposible encontrar una memoria única y compartida por todos. En términos generales ésta es una consecuencia de diversas circunstancias, entre las que se encuentran los distintos niveles de afectación, cruces e interrelaciones que en los individuos y las colectividades determinan sus reconstrucciones sobre el pasado. En este sentido, en la sociedad se genera una “batalla donde la pertenencia de cada individuo a una pluralidad de grupos sociales hace imposible la construcción de una memoria unificada y provoca una fragmentación de las memoria que beneficia enfrentamientos” (Candau, 2002, p. 71).

En lo que se refiere a la memoria colectiva afectada por los contextos de conflicto o represión política, dicha característica se evidencia desde relaciones de poder ligadas a las prácticas de sometimiento, exclusión y exterminio.

Así, es evidente que la lucha por la memoria no es una lucha por los derechos humanos *per se*, ni acaso es patrimonio exclusivo de algún grupo, posición política o legado cultural.¹⁴ No es sólo la memoria

¹⁴ Entre muchas, algunas de las más evidentes ejemplificaciones se encuentran en el llamado realizado por Pablo Rodríguez Grez, del movimiento de extrema derecha chileno Patria y Libertad, para la instauración del día 11 de septiembre como feriado para que el pueblo chileno tuviese memoria, no del golpe de Estado a la Unidad Popular en 1973, sino de la Constitución de Pinochet, de 1980. En el mismo sentido ha sido analizada la reconstrucción de la memoria de la situación histórica entre hutus y tutsis por medios masivos de comunicación como elemento agudizante para la matanza en 1994.

una reivindicación sino también un recurso de legitimación de la posición presente, de manera que apoderarse de ella, o del olvido, “es una de las máximas preocupaciones de las clases, de los grupos, de los individuos que han dominado y dominan las sociedades históricas” (Le Goff, 1992, p. 134), y de quienes aspiran a la dominación. “¿Quién, y en qué circunstancias de sujeción, dominación y control decide qué y cómo se recuerda-olvida?” (Debattista, 2004, p. 42; Polomer, 2002, p. 23).

Son nuestras sociedades, atravesadas por la realidad del conflicto y la represión, escenarios de convivencia, no siempre pacífica, de versiones históricas con pesos proporcionales al poder de quienes las sostienen. Pero el que exista entonces un referente hegemónico en la construcción de la memoria ligada a las prácticas de sometimiento no significa que no existan otras narrativas que se expresan de manera más o menos pública,¹⁵ pese a las pretensiones oficiales de invisibilización. De la elaboración dinámica de la memoria colectiva participan diferentes actores sociales atendiendo al contexto específico, bajo distintas prácticas y usos, sin perjuicio del poder con que algunos de estos se expresan y dirigen el destino político y social. Esto, el conjunto de estrategias desplegadas por distintos actores que participan de la elaboración de recuerdos comunes (Debattista, 2004, p. 42), es lo que denominamos de manera general “políticas de la memoria”.

Sobre qué, cómo, para qué, recordamos u olvidamos por exceso o por defecto, depende de la relación de confrontación entre actores sociales que se mueven en un margen donde, en uso de la memoria, es posible también el abuso,¹⁶ pudiendo ser más o menos explícita (Lechner, 2002, p. 66), y donde, en comprensión de las relaciones de poder que delinean el sentido de lo ocurrido, el Estado juega un papel fundamental como ente productor de referentes de memoria con autoridad ligados a la aplicación de justicia y posición hegemónica.

Así pues, la posibilidad de la reivindicación de la memoria desde el punto de vista jurídico se vincula, entre muchas, a la posibilidad de que existan criterios jurídicos y políticos de regulación de la política de la memoria desde el Estado como asunto de importancia.

No partimos de un punto cero para pensar en la regulación necesaria. En la actualidad, diferentes instrumentos internacionales

¹⁵ “La narrativa nacional tiende a ser la de los vencedores, y habrá otros que, sea en la forma de relatos privados de transmisión oral, como prácticas de resistencia frente al poder, ofrecerán narrativas y sentidos diferentes del pasado, amenazando el consenso que se pretende imponer”. Ver Jelin (2002, p. 41).

¹⁶ Ejemplos claros de lo que podría llamarse un abuso de la memoria los encontramos en los regímenes totalitarios donde el culto a la personalidad pretendía sobrelegitimar el orden impuesto. El realismo socialista, el culto a la personalidad del fascismo italiano, de los dictadores en África, entre otros.

establecen la obligatoriedad para el Estado de una actitud activa frente al pasado de vulneraciones de los derechos humanos en los contextos en que se ha descrito. Bajo la categorización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, el mismo se encuentra obligado a la producción de consecuencias de reconocimiento, responsabilizantes y valorativas (Antequera, 2007) sobre los acontecimientos de ruptura social que implican el menoscabo de la dignidad humana como obligación complementaria a la garantía de que los mismos no ocurran.

Allí, en dicha obligatoriedad, como se pretende mostrar a continuación, se encuentra el sustento normativo de la política de la memoria desde el Estado frente a las vulneraciones de los derechos humanos, la cual debe avanzar, no sólo hacia el cumplimiento de estos derechos bajo criterios de integralidad, sino que también debe dirigirse a impulsar una pedagogía social que permita el asentamiento de una base ética de nuestra organización social, desde el reconocimiento, la dignificación y la justicia. Política de la memoria que recíprocamente incorpora la necesaria garantía de un derecho emergente como dimensión colectiva de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación dirigido a posibilitar su exigibilidad como asunto de incumbencia, necesidad y efecto social.

POR UNA POLÍTICA DE LA MEMORIA COMO REIVINDICACIÓN SOCIAL

De manera específica, se hace aquí referencia al conjunto de obligaciones principales que vinculan una actitud del Estado frente a las vulneraciones graves de los derechos humanos, las que se producen principalmente en situaciones de conflicto o represión política.

Tales obligaciones en la actualidad cuentan con un marco de referencia en los estándares internacionales que establecen los derechos de las víctimas frente a las vulneraciones de los derechos humanos, reconocidos por instancias como la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos en su carácter obligatorio y vinculante, como emanaciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario.¹⁷ Decimos, derechos a la verdad, la justicia y la reparación, desde la tipificación elaborada por Luis Joinet

¹⁷ Ver entre otros: CIDH. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia. Doc. OEA/Ser. L/V/II.120, 2004, Párr. 28. “las normas internacionales vigentes para los Estados miembros, su interpretación por la jurisprudencia y los lineamientos recogidos por los órganos intergubernamentales, coinciden en identificar a la verdad, la justicia y la reparación como desafíos fundamentales e ineludibles en la reconstrucción de una cultura de paz, tolerancia, respecto a la ley y rechazo a la impunidad”.

en 1997, en su informe como relator especial sobre la impunidad¹⁸ (Principios de Joinet). Así mismo, se han sumado recientemente, entre otros, documentos que reafirman el carácter imperativo de estos derechos, haciéndose cada vez más difícil el campo de maniobra para quienes pujan por “no abrir heridas del pasado”. Así, la actualización realizada por la experta Diane Orentlicher del conjunto de principios sobre la impunidad,¹⁹ y los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario, a interponer recursos y a obtener reparaciones²⁰ aportan, para efectos de la argumentación de este escrito, un marco de referencia suficiente como sustento para proponer al final de este aparte algunos elementos constitutivos de una determinada política de la memoria como reivindicación social.

El sustento de exigibilidad de una política de la memoria: la dimensión dual de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación

Es amplísima la bibliografía actual sobre los estándares internacionales en materia de derechos de las víctimas, por lo que en este escrito no redundaremos en una descripción de los contenidos de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Lo que es necesario evidenciar es que estos derechos tienen una dimensión dual, individual y colectiva, que implica la toma en consideración de las implicaciones sociales y políticas que se desprenden de su garantía.

La dimensión individual

En lo que respecta a la dimensión individual, la experiencia de los acontecimientos traumáticos recoge la necesidad de conocer la

¹⁸ ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49º periodo de sesiones. Informe Final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por del Sr. L Joinet de conformidad con la resolución 196/119 de la subcomisión. Doc. E/CN.4./Sub.2/197/20/ Rev 1. Anexo II.

¹⁹ ONU, Comisión de derechos humanos, 61º periodo de sesiones. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encarga de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005. 20 ONU, Comisión de Derechos Humanos, 61º periodo de sesiones. 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. Doc. E/CN.4/ RES/2005/35, 2005.

²⁰ ONU, Comisión de Derechos Humanos, 61º periodo de sesiones. 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. Doc. E/CN.4/ RES/2005/35, 2005.

verdad sobre las vulneraciones de los derechos humanos por parte de las víctimas. La posibilidad que se abre para estas es el logro efectivo del duelo como proceso de superación de la naturaleza perturbadora del recuerdo. Hablamos de un derecho vinculado directamente con la salud, mental y física, en la medida en que la no realización del duelo es “fuente de patología” (Cepeda y Girón, 1998, p. 85). En este sentido, tal como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la verdad en su dimensión individual tiene “en esencia una virtualidad reparadora”.²¹

Por su parte, el derecho a la justicia se plantea desde una dimensión individual la posibilidad de las víctimas, de sus familiares, para hacer valer sus derechos “beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su opresor sea juzgado, obteniendo su reparación”²². En este sentido, el Estado tiene la obligación “de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción”.²³ Son parte de lo que este derecho incorpora, entre otros, las previsiones sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de especial carácter cruel e inhumano (Fruhling, 2005), las garantías del debido proceso, el derecho de defensa, y la aplicación del llamado principio del *non bis in idem*, con las excepciones pertinentes en casos en que los juicios contra responsables de violaciones se producen de manera irregular, aparente o simulada (Botero y Restrepo, 2006, p. 69).

De manera interdependiente, el derecho a la reparación implica para las víctimas la posibilidad de que se cumplan de manera integral las previsiones que incorporan una intensión de “remedio” o de resarcimiento, frente a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. A partir de la garantía de la restitución de derechos vulnerados, es posible para las víctimas “el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración a su empleo y la devolución de sus

²¹ Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez, sentencia de noviembre 8 de 2000. Serie C, No. 70. Citado por Botero y Restrepo (2006, p. 73).

²² ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49º periodo de sesiones. Informe Final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por del Sr. L Joinet de conformidad con la resolución 196/119 de la subcomisión. Doc. E/CN.4./Sub.2/197/20/ Rev 1. Anexo II, Principio 26.

²³ ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49º periodo de sesiones. Informe Final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por del Sr. L Joinet de conformidad con la resolución 196/119 de la subcomisión. Doc. E/CN.4./Sub.2/197/20/ Rev 1. Anexo II, Principio 27.

bienes”.²⁴ La indemnización apropiada y proporcional de los daños se suma a la necesaria atención médica y psicológica (rehabilitación), y a las medidas de satisfacción que se centran en las implicaciones personales del reconocimiento público de las vulneraciones a la dignidad, la certeza sobre la muerte o el paradero de los desaparecidos que se concreta en la búsqueda de sus cuerpos, las disculpas públicas y la aceptación de responsabilidades, y la aplicación de sanciones que se acompañen de medidas de dignificación²⁵. Por supuesto, las llamadas medidas de no repetición, consideradas por algunos como independientes de la reparación, se suman a la garantía de derechos individuales, en tanto sustento de desaparición del miedo y recuperación de confianza, vínculo, participación y acción de las víctimas en el mundo social y político, siendo la vulneración de los derechos humanos la forma de exclusión y silenciamiento de los escenarios colectivos y sociales.

La dimensión colectiva²⁶

No obstante, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación tienen una dimensión colectiva relacionada, como lo hemos reiterado, con las implicaciones sociales y políticas que han de desprenderse de su garantía, en fin, con la posibilidad de “preservar del olvido a la memoria colectiva.”²⁷

El derecho a la verdad, incorpora la necesidad de aquello que se establece (a partir de la investigación) sea objetivado, deje de ser negado y puesto como barrera entre la víctima y la sociedad como si se tratara de universos de realidad diferentes. El descubrimiento, la investigación sobre hechos del pasado que constituyen graves violaciones de los derechos humanos, por parte de órganos del Estado, tiene que hacerse público y objetivo en la medida en que, si bien muchas víctimas se enfrentan al desconocimiento, una gran cantidad de ellas, y la sociedad

²⁴ Entendiendo ésta como dimensión abarcadora de una “sociedad” con la que se desarrolla la preocupación por el reconocimiento público y la preservación de la memoria como recurso de aprendizaje, transformación y no repetición, y no sólo como dimensión abrazante de “colectivos de víctimas”.

²⁵ ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49º periodo de sesiones. Informe Final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por del Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 196/119 de la subcomisión. Doc. E/CN.4/Sub.2/197/20/ Rev 1. Anexo II, principio 2.

²⁶ Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones, sentencia de febrero 22 de 2002, Serie C, No. 91, párr 77.

²⁷ ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49º periodo de sesiones. Informe Final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por del Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 196/119 de la subcomisión. Doc. E/CN.4/Sub.2/197/20/ Rev 1. Anexo II, Principios 2, 13, 14, 15, 16 y 17.

incluso, se ven enfrentadas más bien a una negación permanente. Así por ejemplo, “Los activistas anti-*apartheid* en Sudáfrica insisten en que hubiera sido imposible para cualquier surafricano el no haber sabido que la tortura, matanza y otras técnicas represivas eran comunes bajo el régimen del *apartheid* (...)” (Hayner, 2003, p. 132).

En ese sentido se trata de un derecho que incorpora la posibilidad de que la sociedad conozca lo ocurrido, pero a partir de la publicidad de la totalidad de los acontecimientos,²⁸ de las motivaciones y contexto histórico de las violaciones de los derechos humanos, lo cual implica memoria colectiva histórica. Dimensión colectiva del derecho a la verdad que se expresa, en el orden de la interdependencia, como dimensión colectiva vinculada al derecho a la justicia, en tanto que la publicidad de los productos judiciales es parte fundamental de su cumplimiento.

De la misma forma, las previsiones que establecen la necesidad de la existencia de comisiones de la verdad para asegurar el conocimiento público de lo ocurrido, permiten ampliar el legado del pasado hacia una comprensión de la realidad y origen de los conflictos (Beristain, 2006, p. 20).

Esta dimensión colectiva del derecho a la verdad tiene, entonces, un pilar en el recurso a diferentes huellas de referencia al pasado destinadas al reconocimiento objetivo que han de ser conservadas como parte de las obligaciones que conciernen al Estado. Así pues, hace parte de la misma la “preservación de archivos para establecer las violaciones”, y por supuesto, “su acceso como parte de interés de investigación histórica”, así como la preservación del producto de esta como parte del patrimonio histórico y cultural de los pueblos. En tal caso, no es posible que se impongan obstáculos distintos a los idóneos para salvaguardar la integridad y seguridad de las víctimas.²⁹

Como criterio doctrinario necesario para el cumplimiento del derecho a la verdad en dimensión colectiva, cada vez es más clara la necesidad de poner las diferentes reconstrucciones en juego político, como expresión democrática. De esta manera, “parece conveniente

²⁸ ONU, Comisión de Derechos Humanos, 61º periodo de sesiones. 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. Doc. E/CN.4/RES/2005/35, 2005, Principio 23.

²⁹ Según lo establecido como carácter consultivo de las reparaciones por implementar. ONU, Comisión de derechos humanos, 61º periodo de sesiones. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encarga de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005, Principio 32.

considerar las tres formas de reconstrucción de la verdad: verdad judicial, mecanismos extraprocesales de verdad y verdades sociales como mecanismos complementarios que pueden traer mejores resultados si funcionan de manera interdependiente que de manera excluyente” (Uprimny y Saffon 2006a p 159).

La canalización de versiones a través del procedimiento judicial y de las comisiones de la verdad, permite una institucionalización cuya fuerza vinculante y producción de consecuencias exigibles y punitivas en el plano jurídico se basan en lo que no es más que una remisión del Estado hacia el pasado, hacia la generación de *consecuencias de reconocimiento* ligadas a la producción de consecuencias *responsabilizantes*, desde lo cual es posible contar con una memoria social coherente con la verdad y la aplicación de justicia.

En ese mismo sentido, el derecho a la justicia avanza en sus aspectos de dimensión colectiva, además del tema de la publicidad de las decisiones judiciales y las etapas procesales correspondientes. Tratándose de crímenes de lesa humanidad, desde este derecho se comprende la posibilidad de que las víctimas y actores sociales diversos participen de los procesos de juzgamiento y búsqueda de responsabilidad en la medida en que el cumplimiento de dicha obligación es de incumbencia social: “La impunidad es también la validación social del afianzamiento de un Estado de cosas en el que no sólo no se reprime el crimen cometido, sino que se convalida la posición de sus gestores como detentadores del poder y los bienes adquiridos a costa de la eliminación de las víctimas” (Cepeda y Girón, 2005, p. 266).

Por su parte, el derecho a la reparación y las garantías de no repetición que aquí tratamos como una misma categoría, nos muestran de la manera más clara el desarrollo de la dimensión colectiva que pretendemos demostrar.

Las previsiones en materia de disculpas públicas, actos de homenaje y dignificación, educación en derechos humanos y memoria histórica, el reconocimiento expreso de estas manifestaciones y formas de difusión de la verdad no oficial en los programas pedagógicos, el impulso a la producción cultural en torno al contexto de vulneración de los derechos humanos y reconstrucción de memoria; la propia publicidad de las decisiones judiciales, la búsqueda de personas desaparecidas, son parte de una dimensión de incumbencia y necesidad social, colectiva, en cuanto grupos afectados identificables, pero amplia en el espectro social. La incorporación en la memoria de la realidad de los hechos pasados conduce a que la sociedad rechace también esos acontecimientos, los considere suyos como humanidad a través de una política que debe rebasar a los gobiernos en su tendencia ideológica para su obligatorio cumplimiento, y que no pretende ser momentánea sino permanente en tanto que determinadora de sustento ético de la organización social.

En el mismo sentido, las garantías de no repetición están ligadas directamente a la producción de consecuencias políticas de transformación, por lo menos, de las condiciones mínimas que aseguren un debido respeto a la dignidad en el presente y futuro, asunto que por supuesto rebasa a las víctimas individual y grupalmente consideradas. Se trata entonces de medidas que implican un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas; el ajuste de los procesos civiles y militares a las normas internacionales de derechos humanos; la independencia del poder judicial; la protección a defensores de derechos humanos; la educación en derechos humanos para toda la sociedad; la promoción de formas pacíficas de resolución de conflictos, y la reforma de las leyes que no se ajusten a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario.³⁰

Lo que podemos ver claramente en esta somera mirada a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, es que los mismos plantean elementos constitutivos de una regulación de la política de la memoria desde el Estado. A partir de la obligatoriedad de la garantía de determinados derechos para las víctimas (dimensión individual), se debe también velar por la garantía de derechos que vinculan a la sociedad en general; de derechos que le son suyos por su interés e implicación colectiva. La “preservación del olvido de la memoria colectiva” es una reivindicación materializable, la cual tiene un sustento jurídico para profundizar, y que a través de una comprensión conceptual de sus fundamentos nos conduce a pretender como forma de dicha materialización una determinada política de la memoria.

De manera propositiva, entonces, podemos en principio mencionar algunas de las características que deberían ser adoptadas en desarrollo de esa política, y que se encuentran implícitas en lo descrito anteriormente en términos conceptuales, reivindicativos y normativos. En primer lugar, la necesidad de que la política de la memoria se base en el cumplimiento integral de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación como sustento de reconstrucción de la realidad de los acontecimientos, pero con el necesario impulso de la investigación, descubrimiento y publicidad del contexto histórico en que los mismos se produjeron. En segundo lugar, el necesario carácter explícito de la misma, en la medida en que no es que el Estado no tenga una política de

³⁰ “Deben hacerse esfuerzos concertados para asegurar que las mujeres y los grupos minoritarios participen en las consultas públicas encaminadas a elaborar, aplicar y evaluar los programas de reparación”. Ver ONU, Comisión de derechos humanos, 61º período de sesiones. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005, Principio 32.

la memoria frente a las vulneraciones de los derechos humanos (Lechner, 2002), sino que la que le es propia debe cumplir con los requisitos de transparencia y ajuste en concordancia con las normas internacionales de garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en dimensión individual y colectiva permitiendo la claridad que posibilita la participación y vigilancia de la misma. En tercer lugar, la centralidad en la política de una pedagogía social en torno a la memoria histórica, siguiendo los puntos anteriores, con carácter de política de Estado. En cuarto lugar, el carácter participativo de la misma no sólo en términos consultivos y definitorios,³¹ sino también en términos del necesario fomento de las expresiones de memoria social, teniendo a las “víctimas” en un nivel protagónico, desde una definición amplia de tal identidad, que incluye claramente a los pueblos indígenas, afrodescendientes y mujeres, entre otros, como sectores deudores históricos.³²

Y por último, para la profundización y el desarrollo real de la dimensión colectiva es necesaria la previsión de un derecho autónomo que logre rebasar las limitaciones que presentan los derechos a la verdad, la justicia y la reparación como derechos de tendencia particular, y que tiene como fin la exigibilidad social de los aspectos colectivos mencionados, es decir, un derecho a la memoria.

La batalla por la memoria: la discusión de los contenidos

Es claro que la discusión sobre los contenidos de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y sobre lo que significa su integralidad, se encuentra en el centro de las disputas actuales. Es necesario tomar partido entonces por una garantía integral de los derechos en mención que políticamente rechace distintas afirmaciones. Sobre el carácter nocivo de la memoria y el descubrimiento de la verdad, con el argumento de la necesidad de privilegiar las gobernabilidades presentes y los “desarrollos prometidos en el futuro”, es imperativo que se comprenda la implicación humana real del desconocimiento de la verdad y su negación o desconocimiento público, como verdadera fuente de resentimientos continuados y forma de vulneración permanente de los derechos humanos. La verdad tiene un carácter desestabilizador, pero allí no radica una naturaleza nociva o indeseable de la misma, sino su potencia como elemento necesario para que se produzcan transformaciones que son deseables en tanto determinadoras de un estado de cosas donde el respeto de la dignidad se encuentre materializado, y donde los responsables no sean quienes dirijan el destino de nuestras sociedades. De igual forma, el argumento que pregona la necesidad de sacrificar el derecho a la justicia como forma de alcanzar la paz, en el marco de negociaciones políticas, requiere de observaciones particulares. Entre las muchas, resalta el

imperativo de que si bien en algunos casos las amnistías e indultos son admitidos por el orden jurídico –y forman parte de las reivindicaciones relacionadas con la memoria según el contexto específico–,³³ éstas no pueden desconocer la memoria pública, es decir, no se puede sacrificar la verdad aún cuando no se produzca castigo punitivo. De igual forma, las mismas sólo son admisibles bajo estrictos criterios,³⁴ dentro de los cuales brilla aquel que establece que las amnistías e indultos no pueden ser autoimpuestas, lo que determina su inadmisibilidad para los agentes del Estado comprometidos con la violación de derechos humanos, y para los propios grupos paramilitares que sirven a objetivos represivos (Roth, 1999). Sobre el derecho a la reparación debemos identificar sus discursos paralelos. Los que proponen la reparación como un asunto de programas que privilegian únicamente las reparaciones económicas y las huellas simbólicas estáticas tipo monumentos deben rechazarse, ya que sólo una reparación integral permite la satisfacción de derechos de las víctimas y la posibilidad de una política de la memoria coherente con los derechos humanos (Centro Internacional, 2002). Aún más, debemos reconocer que la tendencia más avanzada de la reparación cuestiona algunos de los hasta ahora mecanismos de identificación de la realidad “por excelencia” como los propios monumentos de carácter estático, y se dirige al impulso de los llamados “lugares de memoria” como centros de reflexión pública e impulso a la organización de víctimas, desde lo cual se desarrolla con mayor certeza la memoria colectiva necesaria.³⁵

Vale decir, entre todos, un criterio que es condición *fundamental* para la implementación de una política de la memoria como reivindicación social. Deben superarse las visiones estrechas sobre los sujetos de exigibilidad de los derechos mencionados, es decir, las que consideran a las “víctimas” de acuerdo con la definición del “modelo ONU”, como exclusivos participantes en la reivindicación de la memoria. Éstas

³³ Algunos de los ejemplos más importantes de lugares de memoria en el mundo: la conversión por parte de los vecinos y activistas de derechos humanos del campo de Villa Grimaldi en el parque de la Paz en Santiago de Chile; el monumento a las víctimas del terrorismo de Estado en Argentina, como parque de la memoria; el Vietnam Memorial en la ciudad de Washington; y como uno de los más importantes del mundo, el llamado Museo del Holocausto de Jerusalén (Yad Vashem) (Jelin y Langland, s. f.).

³⁴ Así por ejemplo, en Brasil, a través del trabajo de los abogados que buscaban amnistías para los presos políticos y exiliados, se logró el acceso a los archivos del Supremo Tribunal Militar y se realizó la duplicación clandestina de los archivos de las fuerzas armadas. El resultado fue la posterior publicación del libro *Brasil Nunca Más* en 1985, que se constituyó en una guía para motivar a los tribunales a la iniciación de juicios en contra de los victimarios (Da Silva Catela, 2002, p. 34).

³⁵ Relevante aparece el ejercicio de las Comisiones provinciales por la Memoria o del Instituto Espacio por la Memoria en Argentina, así como el Memorial democrático en Cataluña. Ver: www.institutomemoria.org.ar, www.memorialdemocratic.net.

hacen parte de un espectro más amplio y ampliable de *emprendedores de memoria* (Jelin, 2002), de demostrada potencialidad en cuanto a la lucha contra el olvido,³⁶ que requieren ser tenidos en cuenta, no como un elemento desestabilizador para reprimir, sino como un sujeto de importancia capital para la superación de las situaciones de conflicto y represión política, y para la no repetición.

POTENCIALIDADES PARA LA EMERGENCIA DE UN DERECHO A LA MEMORIA EN EL MARCO JURÍDICO COLOMBIANO

El desarrollo de la dimensión colectiva de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación se encuentra en un estado precario, teórica y prácticamente. Apoyándonos en las palabras de Uprimny sobre estos derechos, “sus propósitos son particulares, y tienen un carácter preciso de derechos de las víctimas, por lo que su consagración legal, y su efectiva puesta en práctica, pueden ser insuficientes para asegurar que las graves violaciones de los derechos humanos cometidas en el pasado no vuelvan a tener lugar en el futuro” (Uprimny y Saffon, 2006b, p. 175); agrego yo, para preservar, recuperar e impulsar la memoria como problema de incumbencia y necesidad social. Por esto, es innegable que son pocas las experiencias de su desarrollo actual tal y como lo establecen los estándares internacionales, asunto vinculado al “privilegio de las gobernabilidades”, y el argumento que ubica a la verdad y a la discusión social sobre la misma como desestabilizadora. Acaso las “comisiones de la verdad” canalizan su aplicación, no obstante el esperanzador impulso de experiencias como las de Argentina, Chile o España que ya comienzan a rebasar el nicho.³⁷

Para la superación de dicha dificultad es necesario que visualicemos que la dimensión colectiva de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación conserva una unidad de fines y propósitos referidos a la “preservación del olvido de la memoria colectiva”. Y que además, ésta concibe como denominador común a la sociedad en su conjunto como sujeto de exigibilidad y beneficio de la misma. Su profundización requiere, entonces, de un derecho autónomo que permita el impulso de la reivindicación tal y como ha sido planteada; un derecho a la memoria.

³⁶ Corte IDH, Caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 195, Serie C, No. 22.

³⁷ Corte IDH, Caso Las Palmeras, sentencia del 6 de diciembre de 2001, Serie C, No. 90.

En este aparte, entonces, se pretende el análisis de algunas de las potencialidades que nos permiten considerar el derecho a la memoria como un derecho emergente.

El recorrido que se propone parte de considerar, como primera medida, el tratamiento dado a la dimensión colectiva de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de responsabilidad del Estado colombiano, siendo esta jurisprudencia un criterio especialmente relevante para la interpretación de las normas de derecho interno en nuestro país. Posteriormente, será la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana la que nos permita advertir la emergencia del derecho que defendemos como aporte último de este escrito.

Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Diferentes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de responsabilidad del Estado colombiano nos muestran un recorrido evolutivo en la importancia dada a las medidas para “preservar el olvido a la memoria colectiva”.

El primer caso que podríamos mencionar es el conocido como caso Caballero Delgado y Santana.³⁸ En el mismo, luego de declarar la responsabilidad del Estado colombiano por la detención y desaparición de Isidro Caballero y María del Carmen Santana, se incluyó en la parte resolutive la orden de continuar realizando todos los esfuerzos necesarios para localizar sus restos. Aún modesta en su comprensión del problema de la memoria, la Corte Interamericana dejó por fuera otras importantes órdenes que fueron advertidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual recomendó, infructuosamente para el momento: “...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 difusión de los derechos humanos” (Gómez y Montoya, 2006, p. 133).

En una segunda decisión, referida al caso Las Palmeras,³⁹ vemos ilustrada una visión más avanzada. Allí, luego de demostrarse el asesinato de siete personas a manos de la fuerza pública, y la falsa acusación a las mismas de tratarse de guerrilleros muertos en combate,

³⁸ En la instalación del monumento se planteó obligatoria la participación de miembros de las más altas esferas del Estado (Botero y Restrepo, 2006, p. 82).

³⁹ En el mismo sentido ver Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán, sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C, No. 14, y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C, No. 148.

se incluyeron resolutivamente algunas medidas referidas a la dimensión colectiva. Así pues, se ordenó la divulgación pública de la sentencia, a través del *Diario oficial* y en un boletín de prensa de las fuerzas armadas a manera de reconocimiento público de responsabilidad.

En referente obligado en esta materia se convirtió la sentencia del caso “19 comerciantes”, por superar las comprensiones limitadas de sentencias anteriores. Por el asesinato de 19 comerciantes a manos de grupos paramilitares, cuya autoría evidenció el nexo de estos actores con las fuerzas armadas, se condenó al Estado colombiano, correspondiéndole a éste la obligación de implementar medidas como:

la realización de un acto público por parte del Estado para el reconocimiento de su responsabilidad, y la obligación de erigir un monumento⁴⁰ en memoria de las víctimas, el cual debía ser entregado en una ceremonia pública y en presencia de los familiares, que además, debía tener el nombre de los 19 comerciantes y la mención de que su existencia obedece al cumplimiento de la reparación ordenada por la corte (Gómez y Montoya, 2006, p. 136).

En los casos resueltos con posterioridad⁴¹ se ha mantenido esta línea jurisprudencial de manera que como acciones de reparación se han incluido la realización de actos de reconocimiento público de la responsabilidad estatal, divulgación de las decisiones de la Corte, el pedido de disculpas a las víctimas y a la sociedad, y la construcción de objetos memoriales tales como monumentos o placas, donde sea identificable por la sociedad de manera objetiva la ocurrencia de los acontecimientos de vulneración de los derechos humanos.⁴² Así pues, el derecho que comporta el cumplimiento y la exigibilidad de estas medidas se viene mostrando cada vez más como un necesario elemento de integralidad en la reparación, avance hacia la no repetición y dignificación.

La dimensión colectiva de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en la Corte Constitucional colombiana

Por su parte, la Corte Constitucional ha comenzado también a mostrar en sus decisiones lo que considero un reflejo inevitable de la emergencia del derecho a la memoria, asunto que se ilustra con tres decisiones en particular.

De un lado se destaca la sentencia C-580 de 2002, que declaró la exequibilidad de la ley aprobatoria de la Convención Americana sobre

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Sentencia C- 580 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴² Sentencia T- 249 DE 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

la desaparición de personas. Allí, de manera muy expresa se mencionan como fundamentos el interés de la sociedad en conocer la verdad y en lograr justicia:

En esa medida, tanto el interés en que se conozca la verdad, como el que se atribuyan responsabilidades individuales e institucionales por los hechos, sobrepasan el interés individual de las víctimas. Por el contrario, constituyen verdaderos intereses generales de carácter prevalente en los términos del artículo 1 de la Constitución Política.⁴³

En el mismo sentido, la sentencia T-249 del 2003,⁴⁴ partió de aquella consideración, de manera que en ella se planteó la posibilidad de la participación del actor civil popular en los procesos penales de responsabilidad por crímenes de lesa humanidad, quedando claro también el interés de la sociedad ampliamente considerada en la verdad, la justicia y la reparación, y la necesidad de que el mismo tenga formas de exigibilidad concretas.

Posteriormente, la sentencia C-370 de 2006⁴⁵ nos permite observar también con mucha claridad una amplitud de reconocimientos referidos a la dimensión colectiva de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, sin adentrarnos en una crítica particular de la llamada ley

⁴³ Sentencia C-370 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁴ Otras decisiones proferidas sobre la llamada ley de justicia y paz: sentencia C-127 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis; sentencia C-319 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis; sentencia C- 400 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; sentencia C- 426 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis; sentencia C-455 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería; sentencia C-476 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis; sentencia C- 531 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; sentencia C-575 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis; sentencia C-650 de 2006 M. P. Álvaro Tafur Galvis; sentencia C- 670 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil; sentencia C-719 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería; sentencia C-080 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁵ Artículo 10 original: Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones: 10.1 Que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento de acuerdo con el Gobierno Nacional. 10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal. 10.3 Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados. 10.4 Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita. 10.5 Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito. 10.6 Que se liberen las personas secuestradas, que se hallen en su poder.

de justicia y paz, ni en una observación de muchas de las modificaciones que le han sido realizadas.⁴⁶

Luego de un recorrido por los estándares internacionales en materia de derechos de las víctimas, donde quedan evidenciadas las previsiones sobre dimensión colectiva que ya son base del derecho que defendemos, asume centralidad en esa sentencia la protección del conocimiento de la verdad por parte de las víctimas y la sociedad como obligación inaplazable e ineludible. Así, fueron declaradas inexecutable el conjunto de disposiciones parciales de la Ley 975 de 2005 desde las que se permitía la obtención de beneficios legales para los “miembros de grupos armados al margen de la ley”, sin el requisito real de la confesión de la verdad completa sobre sus actos. Como fundamento de ello se reitera recurrentemente en la sentencia el derecho de la sociedad a conocer la verdad más allá de las víctimas, a “conocer su propia historia, [a través de elaborar un relato colectivo fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos”.

Sobre este mismo tema, la Corte debió declarar la exequibilidad condicionada del artículo 10 de la ley.⁴⁷ Debe entenderse, de acuerdo con la jurisprudencia, que quienes se acojan al proceso de desmovilización también tienen la obligación de señalar el paradero de las personas desaparecidas, asunto resaltado por la sentencia C-580 de 2002 como de interés social y no meramente individual.

Al abordar el tema de las medidas de satisfacción y no repetición, la Corte sienta una importante doctrina en lo que se refiere a los límites a la publicidad y al conocimiento público de los acontecimientos de vulneración de los derechos humanos. En virtud del artículo 48 parcial de la ley, hacen parte de las medidas de satisfacción y por tanto de reparación, la difusión completa de la verdad judicial, “en la medida en que no provoque daños innecesarios a la víctima, los testigos u otras personas, ni cree un peligro para su seguridad”.

Dando aún mayor peso a esta consideración, se cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se establece la obligación, como parte del derecho a la reparación, de hacer público el producto del ejercicio el derecho a la justicia. La misma parte del principio según el cual, además de la satisfacción de la necesidad de saber, el conocimiento público de la verdad está ligado a la compensación moral por el daño producido, y por lo mismo, es parte de la reparación.

⁴⁶ Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname.

Específicamente sobre el artículo 58 de la ley de justicia y paz, en la sentencia se determina el deber del Estado de establecer medidas para facilitar el acceso a archivos y demás soportes. Éstos, en virtud del artículo 57 donde se establece el deber del Estado de su conservación a través de la Procuraduría General de la Nación, deben ser accesibles, no sólo para las víctimas, sino también en interés de la investigación histórica. La ley de justicia y paz contiene ya limitaciones a dicho acceso basadas en que las formalidades de autorización sólo tendrán finalidad del control de acceso, custodia y adecuado mantenimiento del material y “no con fines de censura”. Al decir de la sentencia, las limitaciones en este sentido no deben entenderse como cláusulas generales de reserva de información, sino por el contrario, como reafirmaciones del derecho colectivo a conocer la verdad, a lograr justicia, y a que se logre la reparación.

Un análisis general de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia, la que sólo hemos podido abordar someramente por las exigencias formales de este escrito, nos permite afirmar el reconocimiento al carácter constitucional de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, así como de la dimensión colectiva emanada de los mismos. No obstante, según lo que podemos leer en las decisiones de la Corte, la dimensión colectiva relacionada con la no repetición está, sobre todo, vinculada a que se haga pública la verdad judicial, y en ese sentido, la dimensión colectiva de los derechos de las víctimas parece, en principio, restringida a un derecho colectivo a saber. Lo que llama la atención y debe ser base de un análisis crítico es que tanto los principios de Joinet y Orentlicher, como la jurisprudencia internacional y nacional, expresan el problema de la dimensión colectiva, no sólo ligado al derecho a la verdad, sino también al derecho a la justicia y a la reparación.

Es por esto que si bien la Corte hasta el momento ha venido hablando solamente de una dimensión colectiva del derecho a la verdad, se hace necesario avanzar hacia un derecho reivindicable que englobe otras posibilidades. Es decir, que abarque las exigencias que rebasan la publicidad plana sobre el pasado, y pujan por el ejercicio reflexivo social constructivo, más allá de un derecho colectivo a saber, y que además permitan el impulso de la pedagogía social hacia el reconocimiento de la memoria histórica. En suma, se impone la aceptación de un derecho a la memoria.

Para terminar con una frase en redondo, diríamos que el derecho a la memoria emerge como la garantía en virtud de la cual el Estado se ve obligado a implementar mecanismos necesarios para que la sociedad reconozca las vulneraciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario desde una política de elaboración constante, pedagógica, pública, participativa y exigible socialmente, destinada a

la consolidación de los ejercicios de memoria pública como un bastión cultural de la sociedad colombiana, sobre la base de la garantía integral de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Apuntes finales

Muchas problematizaciones conceptuales y políticas están por saldarse en este tema. Somos conscientes aquí de la necesidad de dar a la categoría de “huellas” o “vectores de memoria” una comprensión más avanzada hacia su desarrollo; no obstante, lo ya recorrido constituye un avance para quienes reivindican la memoria en cuanto a la comprensión de las diversas herramientas que existen, no sólo para exigir, sino para hacer memoria pública.

También somos conscientes de la dificultad que implica la toma en cuenta del desarrollo de este tema desde las instancias internacionales, y al tiempo de la necesidad de desestructurar una concepción formal de los principios elaborados por ellas, que muchas veces los posicionan por encima de la realidad que conocemos y sobre la que queremos actuar, y nos conduce a pretender “acomodar” lo que simplemente necesita ser nombrado como diferente de acuerdo con nuestras particularidades históricas.

Y por supuesto, también hay en este escrito conciencia de las dificultades que implica pretender una determinada política de la memoria en el contexto colombiano. Allí, los contenidos en sí son materia de una discusión difícil de solucionar mientras se sucede la continuidad del conflicto, y la memoria es campo y objeto de disputas relacionadas con la legitimidad de los actores, y de la supervivencia misma.

Existe una narrativa base, producto de las relaciones de fuerzas, confrontaciones y negociaciones para dar solución a los conflictos y situaciones de vulneración sistemática de los derechos humanos, que estructura el contenido y la forma de las políticas de la memoria, sin que aún la normatividad jurídica permita que los “silencios” y “mentiras consensuadas” se revertan del todo ajustándose a las obligaciones. En el contexto colombiano, el punto de solución del conflicto parece un capítulo que quiere ser saldado y que vuelve y emerge sobre la ineficacia de las más absurdas propuestas de solución por la vía militar, con el vedado objetivo de una empresa de despojo de tierras y silenciamiento de opositores. Y allí, en ese ring de tantos rounds con narrador y árbitro pagos, y contendores sucios, la memoria –quizás mejor el olvido–, se construye sobre la impunidad social y judicial, y sobre la elaboración de huellas de todo orden que poca cuenta toman de las voces disidentes.

La reivindicación de la memoria, en el caso colombiano, se constituye en un hito en la búsqueda de la solución a un conflicto persistente siendo necesario abordar, en primer lugar su reconocimiento y

el de la verdadera dinámica de la confrontación, optando posteriormente por la búsqueda de una salida que tome en cuenta los dolores que han causado las vulneraciones sistemáticas a la dignidad, y también las razones y sinrazones de las mismas, es decir, por una salida política y negociada. Sobre la base de dicha posibilidad, es posible que la no repetición se convierta en una realidad, y que la sociedad colombiana emprenda el diálogo necesario que estructure, además, una política de la memoria que no termine siendo el recurso legitimador de la democracia neoliberal, de la empresa de despojo de tierras, y de la victoria de los victimarios, porque entonces allí no habría derecho.

REFERENCIAS

Libros y artículos

- AUGÉ, M. (1998). *Las formas del olvido*. Barcelona: Gedisa.
- BERISTAIN, C. M. (2006). “Reconciliación luego de conflictos violentos: un marco teórico”. En Internacional Institute for democracy and Electoral Assistance (IDEA). Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- BOTERO, C. y Restrepo, E. (2006). “Estándares Internacionales y Proceso de transición en Colombia”. En Centro de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia *¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Ediciones Antropos.
- CANDAU, J. (2002). *Antropología de la memoria*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- CENTRO Internacional de Justicia Transicional (2002). “Parámetros para el diseño de un programa de reparaciones en el Perú”. *Informe conjunto del Centro Internacional para la justicia transicional (ICTJ) y la Asociación por Derechos Humanos (Aprodeh)*, s.l, ICTJ.
- CEPEDA, I. y Girón, C. (comps.) (1998). “Memoria y derechos humanos en América Latina”. En *Duelo, memoria y reparación*. Bogotá: Fundación Manuel Cepeda Vargas y Defensoría del Pueblo.
- CEPEDA, I. y Girón, C. (2005). “La segregación de las víctimas de la violencia política”. En A. Rettberg (comp.) *Entre el perdón y paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Bogotá: Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes.
- DA SILVA Catela, L. (2002). “Territorios de la memoria política”. En Jelin, E. y Da Silva Catela, L. (comps.), *Los archivos de la represión: Documentos, memoria y verdad*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- DEBATTISTA, S. (2004). “Los caminos del recuerdo y el olvido”. Jelin, E. y Lorenz, F. (comps.). *Educación y memoria, la escuela elabora el pasado*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- FENTRESS y Wickham (2003). *Memoria Social*. Madrid: Ediciones Cátedra.

- GNECCO, C. (2000). "Historias hegemónicas, historias disidentes: la domesticación política de la memoria social". En AA.VV. *Memorias hegemónicas, memorias disidentes: el pasado como política de la historia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Ministerio de Cultura.
- GÓMEZ, M. y Montoya, A. (2006). *Verdad, justicia y reparación. Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Fundación Social, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Grupo Editorial Ibáñez.
- GONZÁLEZ, E. (2004). "La globalización del derecho a la verdad". *Memorias en conflicto, aspectos de violencia política contemporánea*. Lima: Embajada de Francia en el Perú, Instituto de Estudios Peruanos, Instituto Francés de estudios Andinos, Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú.
- HAYNER, P. (2003). "Enfrentando crímenes pasados y la relevancia de las comisiones de la verdad". En Internacional Center for transitional justice. *Ensayos sobre la justicia transicional*. Nueva York: International Center for Transitional Justice.
- JELIN, E. (2002). *Los trabajos de la memoria*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- JENSEN, S. (2005). "Del viaje no deseado al viaje de retorno". En E. Jelin y A. Longoni (comps.). *Escrituras, imágenes y escenarios ante la represión*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- LECHNER, N. (2002). *Las sombras del mañana. Una dimensión subjetiva de la política*. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- LE GOFF, J. (1992). *El orden de la memoria*. Barcelona: Paidós.
- LORENZ, F. (2004). "Tomá la voz dámela a mi. La noche de los lápices: el deber de memoria y las escuelas". En Jelin, E. y Lorenz, F. (comps.). *Educación y memoria. La escuela elabora el pasado*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- ORWELL, G. (2004). *1984*. Barcelona: Ediciones Destino.
- POLOMER, A. C. (2002). "El día interminable, memoria e instalación del 11 de septiembre de 1973 en Chile (1974-1999)". En E. Jelin (comp.). *Las conmemoraciones, las disputas en fechas in-felices*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- RICOEUR, P. (2000). *La memoria, la historia y el olvido*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ROGOVIN, M. S. (1970). *Problemas filosóficos de la teoría de la memoria*. Bogotá: Ediciones Suramérica.
- ROTH, N. (1999). *La necesidad de la reconstrucción moral tras violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado. Entrevista con José Zalaquett. Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*. Carla Hesse y Roberto Post (eds.). Nueva York: Zone Books.
- SÁNCHEZ, G. (2003). *Guerras, memoria e historia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia.
- TEITEL, R. (2003). "Genealogía de la justicia transicional". *Harvard Human Rights Journal*, 16. Cambridge, MA.
- UPRIMNY, R. y Saffon, M. (2006a). "Derecho a la verdad. Alcances y límites de la verdad judicial". En Centro de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSti-

cia. *¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Ediciones Antropos.

- UPRIMNY, R. y Saffon, M. (2006b). "La ley de 'Justicia y paz': ¿Una garantía de justicia y paz y de no repetición de las atrocidades?". En Centro de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia. *¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Ediciones Antropos.

DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Organización de Naciones Unidas

- Comisión de Derechos Humanos, 49º periodo de sesiones. Informe Final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por del Sr. L Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la sub-comisión. Doc. E/CN4./Sub.2/1997/20/ Rev 1. Anexo II.
- Comisión De Derechos Humanos, 60º Periodo de sesiones. El derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos, y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones. Doc. E/CN 4./2004/57/Anexo/Apéndice 1.
- Comisión de derechos humanos, 61º periodo de sesiones. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encarga de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005.
- Comisión de Derechos Humanos, 61º periodo de sesiones. 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. Doc. E/CN.4/RES/2005/35, 2005.
- ### Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de noviembre 8 de 2000. Serie C, No. 70.
- Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones. Sentencia de febrero 22 de 2002. Serie C, No. 91.
- Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana. Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C, No. 22.
- Corte IDH. Caso las palmeras. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. Serie C, No. 90.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 14.

Corte IDH. Caso 19 Comerciantes. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie C, No. 109.

Jurisprudencia Constitucional

Sentencia C- 580 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T- 249 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

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

Documentos de Internet

FRUHLING, M. Director para la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Jornadas de concertación social para superar el fenómeno del paramilitarismo. www.hchr.org.co

VALDEZ, P. Culturas, memorias y traumas nacionales, s.d. zwww.wilsoncenter.org

Derecho a la reparación y género en los conflictos armados*

GABY ORÉ AGUILAR**



El presente artículo analiza el potencial transformador de la reparación, teniendo como referente la forma en que las sociedades se relacionan con las mujeres, con la sexualidad, y en general con la diferencia. Se destaca la inclusión y la visibilización de los derechos de las mujeres en el desarrollo conceptual y normativo que se aplica a los crímenes de género ocurridos en los conflictos, así como la interpretación y aplicación de los elementos centrales de género en la jurisprudencia nacional e internacional. La complejidad de abordar las reparaciones desde la perspectiva de género amerita la necesidad de articular las respuestas jurídicas con otros marcos de acción desde el Estado y los agentes privados, que contribuyan a la superación de las discriminaciones estructurales que exacerban el impacto de la violencia contra las mujeres durante el conflicto, a través de la transformación de la relación de la sociedad con las víctimas de los conflictos en tanto personas individuales y parte de un colectivo.

Palabras clave: Género, conflictos armados, reparación integral, derechos de las mujeres y violencia



The right to reparation and gender in armed conflicts

Referring to the way societies deal with women, sexuality and differences in general, this article analyses the transforming potential of reparation. It stresses the inclusion and visualisation of women's rights in the conceptual and normative development of human rights and the international humanitarian right (with special regard to gender crimes committed in an armed conflict) as well as the application of essential gender elements in the national and international jurisprudence. The complexity of approaching reparations from a gender perspective implies the necessity to relate the legal measures to other strategies of action carried out by the state and private agents in order to overcome – by means

* Publicado en Felipe Gómez Isa (dir.) (2006).

** Abogada, máster en leyes (L.L.M.) por la Universidad de Columbia, Nueva York; graduada en derecho y ciencias políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

of transforming the relation between society and the individual and collective victims of an armed conflict – the structural discriminations that aggravate the impact of violence on women during a conflict.

Key words: Gender, armed conflicts, integral reparation, women's rights

INTRODUCCIÓN

La imagen descarnada de la violencia contra las mujeres en las guerras y los conflictos contemporáneos ha servido para lograr su inclusión en la agenda del sistema de Naciones Unidas. La jurisprudencia y codificación de algunos de estos crímenes en el derecho internacional constituyen sin duda uno de los aspectos más relevantes del derecho y la justicia penal internacional en la pasada década.

Aunque las mujeres han sido objeto de crímenes sistemáticos, a través de toda la historia de la humanidad, el silencio sobre lo que les pasaba en las guerras y los conflictos era igualmente sistemático. El hecho de que en los años noventa coincidieran varios factores, medios humanos y tecnológicos que expusieron el horror de la limpieza étnica en la ex Yugoslavia o el genocidio de Ruanda, la presión del activismo influyente del movimiento de mujeres, unido a la receptividad del sistema de Naciones Unidas, hicieron posible la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY), y del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (ITCR)¹ también denominados tribunales *ad-hoc*. La jurisprudencia de estos tribunales constituye un salto cualitativo en la justicia penal internacional, ampliando las definiciones de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y tortura, para incluir los crímenes más graves que sufren las mujeres en las guerras. Más adelante, el Estatuto de Roma –que crea y regula el funcionamiento de la Corte Penal Internacional– recogería y codificaría estos avances.

Hace más de diez años que el Estatuto del Tribunal de la ex Yugoslavia estableció por primera vez la violación sexual como un crimen contra la humanidad,² y hoy es evidente que ni el reconocimiento de los crímenes ni el encarcelamiento de algunos de los perpetradores más visibles han sido suficientes para prevenir estos crímenes o para erradicar la impunidad por su comisión. Cientos de miles de mujeres y niñas atrapadas en los 32 conflictos armados existentes en el mundo en el año 2004 (Plougshares, 2005) actualmente no encuentran protección efectiva, ni justicia ni reparación por las violaciones de sus derechos

¹ El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se crea a través de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, del 25 de mayo de 1993, y el Tribunal Penal para Ruanda mediante Resolución 955, del 8 de noviembre de 1994.

² Artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 1993.

(Rehn y Jonson, 2002).³ El informe del 2004 del Secretario General de las Naciones Unidas que da cuenta del progreso de la implementación de la Resolución 1325 constata que la comunidad internacional “no ha sido capaz” de prevenir los actos de violencia contra las mujeres durante los conflictos armados, que existe “evidencia alarmante” de la persistencia de dicha violencia, y que la conformidad de los Estados con la legislación humanitaria, de derechos humanos y de refugio sigue siendo “deplorable” (Women, 2004). La respuesta a esta frustración no es simple, y hay que buscarla en muchos espacios y a distintos niveles, estructurales y políticos, nacionales e internacionales, cuyo análisis escapa al objetivo de este ensayo.

En lo que compete al derecho internacional, es el sistema de protección de los derechos humanos el que sin duda tiene el mayor potencial para la erradicación de la impunidad por los crímenes cometidos contra las mujeres, sobre todo en los conflictos contemporáneos que son predominantemente internos (Amnistía Internacional, 2004b, p. 10). Las batallas más importantes por la erradicación de la impunidad se han librado dentro del marco de protección de los derechos humanos. La consolidación del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación es un logro del proceso de evolución de los derechos humanos de las víctimas.⁴ Hacer visible la experiencia de las mujeres en los contextos de violencia es un reto que está siendo gradualmente asumido por el sistema de protección de los derechos humanos. La centralidad en la persona/la víctima, distinta al carácter del derecho humanitario, cuyo objeto central es la acción violatoria y el perpetrador,⁵ es la característica que permite a los derechos humanos un desarrollo progresivo cada vez más atento a las experiencias y necesidades de las personas afectadas por situaciones de violencia o conflicto.

En 1994, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas creó una Relatoría Especial sobre violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias.⁶ La violencia en los conflictos armados ha sido uno de los ejes del trabajo de la Relatoría. Así mismo, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha ocupado recientemente del tema específico de la violación sexual

Ver el capítulo sobre Justicia y Recomendaciones.

Para un análisis más detallado de la evolución de este concepto y del derecho a la reparación como su expresión más certera, ver el artículo de Felipe Gómez Isa en este libro.

Ver un importante análisis de la relación entre los derechos humanos y el derecho humanitario, las distinciones y el carácter complementario de estos cuerpos normativos en Hampson y Salama (2005).

Resolución 1994/45, adoptada el 4 de marzo de 1994. El mandato fue prorrogado mediante la Resolución 2003/45.

sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas de esclavitud relacionadas durante los conflictos armados (OACNUD, 2005). El Centro Internacional para la Justicia Transicional, con sede en Nueva York, indica que los temas en los que se han concentrado la mayoría de las iniciativas de justicia transicional, aún siendo importantes, no tienen en cuenta de manera suficiente dimensiones fundamentales de las experiencias de violaciones de los derechos humanos de las mujeres que las afectan en un número desproporcionado y de maneras que tienen implicaciones de más largo alcance para sus derechos humanos. Estos temas casi nunca reciben la misma prioridad que otros por parte de los mecanismos de justicia transicional.⁷

A su vez, la Comisión de Derechos Humanos, al referirse a la protección de la población civil en los conflictos armados, ha reafirmado el carácter complementario y de mutuo refuerzo de los derechos humanos y el derecho humanitario.⁸ Una expresión concreta de la complementariedad de estos sistemas normativos es la reciente adopción por este órgano 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” (Principios y Directrices), considerado el *corpus juris* que provee al sistema de Naciones Unidas con un instrumento universal para avanzar estos derechos.⁹ En este contexto, este ensayo tiene como objetivo introducir una lectura de género del derecho a interponer recursos y a obtener reparación para las mujeres víctimas de los conflictos en el derecho internacional.

La primera sección del ensayo hace una referencia breve al desarrollo conceptual y normativo que se aplica a los crímenes de género ocurridos en los conflictos, enfatizando los elementos centrales de género que surgen de la normatividad y la jurisprudencia internacional, ya que estos elementos estarán presentes a lo largo del análisis en las secciones siguientes. En la segunda parte nos ocuparemos de analizar en mayor detalle el tratamiento del derecho a obtener recursos y el derecho a la reparación en la legislación y en la jurisprudencia internacional. En

⁷ Presentación de Juan Méndez, Presidente del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) durante el Seminario “Peace Needs Women and Women Need Justice”, coorganizado por el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para las Mujeres (Unifem), y el Institute for Legal Action (ILAC), Nueva York, 15 de septiembre de 2004.

⁸ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/63 sobre la protección de los derechos humanos de la población civil en los conflictos armados.

⁹ Intervención escrita conjunta de 15 organizaciones de derechos humanos presentada a la 61 sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 10 de febrero de 2005. Disponible en <http://www.icj.org>

este caso, el artículo de Felipe Gómez Isa –que desarrolla de manera exhaustiva el derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos– nos sirve de marco de referencia general y permite que nos centremos en el análisis del impacto que este marco tiene para reparar las violaciones de los derechos humanos de las mujeres. En la tercera parte haremos una lectura del contenido de los Principios aprobados por la Comisión de Derechos Humanos en la construcción de un marco integral de reparaciones, cuyos elementos proponemos también a lo largo del análisis.

LOS CRÍMENES RELACIONADOS CON EL GÉNERO EN LOS CONFLICTOS¹⁰

Con el objetivo de situar el análisis de las reparaciones en el contexto de los tipos y las formas de violencia que enfrentan las mujeres, dada la ausencia de una definición de crímenes de género en el derecho internacional, nos vamos a referir brevemente a algunos elementos importantes presentes en el abordaje conceptual de estos delitos. Tales elementos serán retomados más adelante al analizar distintos aspectos del derecho a la reparación.

La inclusión de la experiencia de las mujeres ha sido el punto de partida y uno de los elementos centrales en el diseño del marco de protección trazado por la jurisprudencia penal internacional sobre la violencia sexual en tiempos de guerra. Antes del establecimiento de los tribunales *ad-hoc* no existía un marco jurídico para enfrentar eficazmente las diversas formas de violencia ni para proteger los derechos de las mujeres víctimas de los conflictos (ONU, 2003). Por ejemplo, aunque en los Convenios de Ginebra la violación sexual estaba prohibida,¹¹ no se consideraba un crimen de guerra ni un crimen contra la humanidad, de manera que los Estados no se sentían obligados a procesar a los responsables, y los crímenes permanecían invisibles a la justicia penal internacional.¹² A partir de las normas y, sobre todo, de la jurisprudencia de los tribunales *ad-hoc*, la experiencia de las mujeres que han sufrido diversas formas de violencia sexual ha empezado a ser más visible, han cambiado el concepto de violación sexual tradicional, y puesto

¹⁰ Un desarrollo más exhaustivo del impacto de la violencia sobre las mujeres y la legislación y los mecanismos aplicables a los delitos de género puede encontrarse en Gaby Oré Aguilar (en prensa).

¹¹ Cuarto Convenio de Ginebra, artículos 27 y (4)(2) del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que regula la protección de los civiles en los conflictos armados internos.

¹² Este argumento “fue defendido enérgicamente por las autoridades japonesas cuando se les planteó la cuestión de las mujeres ‘de solaz’ y la esclavitud sexual”. Ver informe de la Relatora Especial sobre Violencia contra las mujeres Radhika Coomaraswamy (2003).

en tela de juicio otros elementos del proceso y de la metodología de investigación de estos crímenes perjudiciales para el acceso a la justicia de las mujeres (la eliminación de la fuerza física abrumadora, del escrutinio del consentimiento de la víctima, de la penetración sexual como configuración del delito...).¹³ Sin embargo, esta experiencia aún no ha sido desarrollada en el derecho a la reparación a las víctimas de estos crímenes.

El principal objetivo del Consejo de Seguridad al establecer los tribunales *ad-hoc* era asegurar el enjuiciamiento penal de los responsables de las violaciones del derecho internacional humanitario.¹⁴ La consideración a las reparaciones ha sido mínima, tal y como veremos en la siguiente sección.

El impacto desproporcionado y diferenciado de la violencia durante el conflicto es un factor crítico, quizás el más evidente, en el abordaje de los crímenes relativos al género en el derecho internacional. En las guerras contemporáneas, hombres y mujeres, civiles, se han convertido en destinatarios de las acciones del conflicto en un número enormemente más alto que en guerras anteriores.¹⁵ El impacto desproporcionado de esta violencia tanto en la escala como en la naturaleza diferenciada de sus consecuencias individuales y estructurales revela que las mujeres están sobrerrepresentadas entre las víctimas. Sin embargo, como advertían correctamente las académicas ante la creación del ICTY, el énfasis en la dimensión masiva de estos crímenes o la sistematicidad que le da la naturaleza de crímenes contra la humanidad no debe oscurecer la experiencia individual (diferenciada) de las víctimas, como la función de las motivaciones de la violación sexual en la guerra.

La violación es un crimen de guerra o una violación grave a las Convenciones de Ginebra al margen de si ésta ocurre en una

¹³ "...Hemos desarrollado un marco legal y una metodología de investigación. Más aún, entendemos el enorme impacto que el género de la intérprete puede tener en nuestras investigaciones de crímenes sexuales" ... (traducción libre). Entrevista a Patricia Viseur Sellers, *Legal officer* en temas de género de la Procuraduría del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en *Women & Therapy* (19, p. 56).

¹⁴ La Resolución 827 del Consejo de Seguridad que crea el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) indica que este tribunal se crea "con el único propósito de procesar a las personas responsables por violaciones graves al derecho internacional", mientras que la Resolución 955 señala que el tribunal de Ruanda fue creado con el objetivo de "poner fin" a los crímenes perpetrados en ese territorio, y para juzgar a "las personas responsables de graves violaciones del derecho humanitario".

¹⁵ "Mientras que durante la Primera Guerra Mundial solo el 5 por ciento de las bajas fueron civiles, durante los años noventa los civiles alcanzaron el 90 por ciento de las bajas", en *Women, Peace and Security* (2002, p. 2), citando varias fuentes.

escala masiva demostrable o si está o no asociada a una política general. Las violaciones individuales que funcionan como tortura o trato cruel, inhumano o degradante constituyen en sí mismas graves violaciones de los Convenios de Ginebra (Thomas y Ralph, 1994, citadas por Alston y Steiner, 1996, p. 1070).

La desproporcionalidad de los crímenes sexuales contra las mujeres no es ni casual ni inevitable, y está fundada invariablemente en razones de sexo y género. Como señala Amnistía Internacional, los patrones de violencia contra las mujeres en los conflictos no surgen *naturalmente* sino que son ordenados, avalados o tolerados como resultado de una política calculada. Más aún, estos crímenes son cometidos por individuos que saben que no serán castigados por atacar a las mujeres y a las niñas. Los estereotipos o actitudes violentas predominantes en la sociedad son conscientemente exaltados o manipulados por fuerzas militares, políticas, sociales o económicas que consideran que como estrategia de guerra les acarrea ventajas (Amnistía Internacional, 2004b, p. 6).¹⁶

La Plataforma de Acción de Beijing reconoce que en los contextos de conflicto "las mujeres y las niñas son afectadas de manera particular debido a su estatus en la sociedad y su sexo" (Declaración de Beijing, 1995, para. 136). Los efectos directos, físicos y psicológicos, así como las consecuencias sociales de la violencia sexual, son diferentes para hombres y mujeres. Los efectos indirectos de la pérdida de parejas, padres e hijos en su posición y su situación en la comunidad son de un alcance negativo mayor que el de los hombres, y están determinados de manera más directa por la cultura y la tradición. Los matrimonios forzados y de niñas en muchos lugares afectados por el conflicto tienen su origen en estas pérdidas de posición social y económica en la comunidad.

Aunque el impacto desproporcionado de la violencia se ha recogido en el derecho penal internacional y en el derecho humanitario principalmente con respecto a las violaciones de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres y las niñas, otras violaciones resultantes de la dinámica de las guerras tienen impactos igualmente diferenciados en los derechos económicos y sociales de las mujeres. El desplazamiento forzado o la pérdida de bienes básicos para vivir son muchas veces consecuencia directa de la violencia sexual y, en otros casos, de la dinámica del conflicto.¹⁷ Dado que estas figuras escapan a la justicia

¹⁶ Traducción libre.

¹⁷ Un informe exhaustivo sobre los derechos económicos y sociales de las mujeres, basado en testimonios de mujeres en Colombia, es *El desplazamiento forzado y los DESC de las mujeres*, por Patricia Ramírez Parra, documento presentado en la Conferencia Inaugural de la Red Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Chiang Mai, Tailandia, del 8 al 11 de junio de 2003.

penal internacional, ésta se convierte en una tarea pendiente para el sistema de derechos humanos.

Otro elemento en la definición de los crímenes de género por la jurisprudencia penal es la relevancia del contexto en la conceptualización del delito. En la definición de la jurisprudencia penal y del Estatuto de Roma, una violación sexual perpetrada en el contexto de una guerra es un crimen de guerra, una violación grave del derecho humanitario.¹⁸ Deja de ser un crimen ordinario y sale de la relación ordinaria víctima-perpetrador, convirtiéndose en un crimen en el que una de las partes es una no-combatiente y, la otra, es parte del conflicto. Éste es un cambio cualitativo en el abordaje del crimen, y tiene consecuencias y efectos tanto para la penalización del delito como para su reparación. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señala en su último informe sobre el tema que “la violencia sexual en los conflictos armados debe considerarse como un tipo particular de violencia que es al mismo tiempo sexual, físico y psicológico. Nunca se podrá insistir lo suficiente en que las mujeres violadas en los conflictos armados son víctimas de esta forma de abuso varias veces” (OACNUD, 2005, para 6).

Además, tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz la violación sexual puede constituir un crimen contra la humanidad cuando reúne las características de dimensión, gravedad y conocimiento del ataque que requiere la legislación.¹⁹ Si es parte de un ataque generalizado o sistemático, la violación constituye una expresión de un crimen contra la humanidad.

El carácter interrelacionado e interdependiente de los crímenes de género es crucial en el abordaje conceptual y la valoración judicial de estos crímenes en todos los contextos, pero es ineludible en el caso de los conflictos armados. La Alta Comisionada para los Derechos Humanos ha observado que:

¹⁸ En el caso Furundzija (ICTY, IT-95-17/1, sentencia del 10 de diciembre de 1998) el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia condenó a un líder paramilitar por violaciones a la dignidad personal y tortura a través de la violación sexual, crimen de guerra bajo el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra.

¹⁹ Para configurar un crimen contra la humanidad se requiere que la violación sexual haya sido cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y que haya habido conocimiento de dicho ataque (art. 7 del Estatuto de Roma). En el caso Akayesu, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda lo condenó por cometer crímenes contra la humanidad con base en la evidencia de que él, en su calidad de autoridad comunal, había favorecido, presenciado y facilitado actos de violencia sexual contra las mujeres tutsis. Caso ICTR-96-4-T, ver sentencia del 2 de octubre de 1998.

la violación en tiempo de conflicto armado pocas veces es un incidente aislado, sino que, con frecuencia, forma parte de una práctica generalizada que suele quedar impune y que va acompañada de otros traumas relacionados con la guerra, como la pérdida del marido, de los hijos, de los padres o de otros familiares, y la destrucción o pérdida de los bienes.²⁰

El estigma asociado a la violencia sexual, y la pérdida de posición social y económica tienen que ser valorados en el otorgamiento de las reparaciones procedentes tanto en el sistema legal como en el político.

El carácter continuado de la violencia es una categoría de análisis ineludible en el abordaje de la conceptualización, investigación y procesamiento de dichos crímenes, pero, sobre todo, debe estar presente en el diseño de las modalidades y formas de reparación de las víctimas de la violencia que ocurre en sociedades cruzadas por valoraciones y normas basadas en el género. En los años recientes, investigaciones y estudios de documentación de casos, incluidos informes solicitados por las Naciones Unidas, han argumentado el hecho de que el abuso a gran escala contra las mujeres en tiempos de guerra está enraizado en la discriminación estructural social y económica, y en la impunidad de los crímenes contra las mujeres alimentada en “tiempos de paz”.²¹ Los factores sociales, tradicionales o económicos que determinan una posición subordinada de las mujeres, en los cuales el género es un factor de exclusión y discriminación, favorecen la comisión y la impunidad de los crímenes contra las mujeres.

El reconocimiento de la violencia como forma y manifestación de la discriminación está instalado en el sistema internacional de los derechos humanos.²² Las formas extremas de barbarie y crueldad con que se han cometido y se cometen muchos de los crímenes contra las mujeres, el estigma que acarrean las víctimas de las violaciones sexuales en sus comunidades, la impunidad y el sesgo contra ellas de los propios sistemas de justicia encargados de protegerlas, dan cuenta una y otra vez del círculo de discriminación y violencia en que están atrapadas las mujeres en sociedades en conflicto.

²⁰ Caso ICTR-96-4-T, ver sentencia del 2 de octubre de 1998.

²¹ Ver, por ejemplo, el capítulo “In War as in Peace, Sexual Violence and Women’s Status”, por Lashon Jefferson, en el Informe Mundial 2004 de Human Rights Watch <http://hrw.org/wr2k4/15.htm#_Toc58744964>, (ONU, 2004, p. 2; Rehn y Johnson, 2002, p. 9).

²² La Convención Interamericana para la Erradicación de Todas las formas de Discriminación contra las Mujeres, la Recomendación 19 del Comité que monitorea la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (Cedaw), y la creación de una Relatoría especial sobre la violencia contra las mujeres por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas son las expresiones más acabadas de este reconocimiento.

El género como instrumento de análisis actúa como en un prisma que permite de-construir conceptos homogeneizantes sobre los que se han construido el derecho humanitario y los derechos humanos. De igual manera que categorías como crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra están siendo reinterpretadas y ampliadas para dar cuenta de las realidades de las violencias diferenciadas, los “civiles”, los “no combatientes”, “las víctimas” no constituyen abstracciones jurídicas y, aunque existen avances en la visibilización de las personas detrás de las categorías, un mayor desarrollo y visibilización de los derechos e intereses diferenciados de las distintas categorías de víctimas en los instrumentos de derechos humanos y de derecho humanitario es crucial para hacer efectivo el derecho a interponer recursos y a obtener reparaciones.

La irrupción de los crímenes de género en el derecho internacional tiene su expresión más concreta en la definición de los crímenes relativos al género en el Estatuto de Roma,²³ y constituye actualmente la codificación más avanzada en el derecho internacional.

EL DERECHO A DISPONER DE RECURSOS LEGALES Y A OBTENER REPARACIÓN POR LOS CRÍMENES DE GÉNERO

El derecho a disponer de recursos legales y a obtener reparación²⁴ por las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos

²³ El artículo 7, apartado g) párrafo 1 del Estatuto de Roma define como crímenes de lesa humanidad la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otros abusos sexuales de grado comparable cuando se den los elementos constituyentes del delito. El apartado c) párrafo 2 de este mismo artículo establece que el tráfico de mujeres y niños está incluido en el crimen de esclavitud, y el apartado h) del párrafo 1 establece que el género es un motivo de persecución independiente cuando tiene que ver con crímenes de lesa humanidad. El artículo 8, apartado b) párrafo 2, inciso xxii) define estas mismas figuras como crímenes de guerra en caso de conflictos internacionales, mientras que el párrafo 2, apartado e) inciso vi) los reconoce en caso de conflictos internos.

²⁴ El derecho a la reparación se encuentra legislado en: artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 2(3), 9(5) y 15(6) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 14 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; artículo 5(5) y 41 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos; artículos 25 y 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 21(2) de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos; artículo 12 de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Crímenes y Abuso de Poder; artículo 19 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las desapariciones forzadas; principio 20 de los Principios sobre la Protección Efectiva e Investigación de las Ejecuciones Extra-judiciales, Arbitrarias o Sumarias; artículo 68 de la Tercera Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra; artículo 91 del Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra relacionadas con la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales.

y del derecho humanitario está reflejado en numerosos convenios y declaraciones, así como en la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos y, más recientemente, en el Estatuto de Roma. Sin embargo, ninguno de estos sistemas de normas establece reparaciones específicas para los crímenes relativos al género.

El eje central de la acción punitiva del derecho humanitario ha sido el establecimiento de la responsabilidad penal de los autores de las violaciones, y el desarrollo jurisprudencial de los tribunales regionales de derechos humanos más activos se ha centrado en el enjuiciamiento de casos de violaciones como las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, y otros. No existe jurisprudencia relevante sobre el derecho a la reparación aplicable de manera específica a los crímenes por razones de género. En general, el derecho a la reparación, visto tradicionalmente como un derecho subsidiario de la responsabilidad penal,²⁵ no fue objeto de desarrollo conceptual ni de precisión de sus implicaciones para las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario hasta inicios de los años noventa.

Casi en paralelo a la evolución de los crímenes relativos al género en la justicia penal internacional, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas inició un proceso de elaboración y consulta para el establecimiento de principios y directrices que sirvieran de base a los Estados y a los tribunales para el establecimiento de medidas de reparación más eficientes y adecuadas a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos. Un proceso de elaboración que incluyó el trabajo de dos expertos independientes y tres reuniones consultivas, y que culminó con la aprobación, en abril de 2005, 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”.²⁶

El tratamiento de las reparaciones por los tribunales AD-HOC

La Relatora Especial sobre Violencia contra las Mujeres de la Comisión de Derechos Humanos, al evaluar los avances en la justicia penal internacional, indicaba que la experiencia de las víctimas debe ser un elemento esencial del proceso, y debe hacerse mayor hincapié en los intereses, problemas y derechos de las víctimas, incluida la indemnización para que el procedimiento contribuya a su rehabilitación.²⁷

²⁵ Para un análisis más detallado de la obligación de reparar y las tendencias en debate respecto a la naturaleza del derecho a la reparación, ver el artículo de Felipe Gómez Isa.

²⁶ Resolución 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos.

²⁷ Ver informe de la Relatora especial sobre Violencia contra las mujeres Radhika Coomaraswamy (ONU, 2003; para. 22).

La Relatora se refiere específicamente a la indemnización (y no a las otras modalidades de reparación) precisamente porque los Estatutos de los tribunales *ad-hoc* no los contemplan, y su mandato con respecto a las reparaciones es muy limitado.

El tratamiento de las reparaciones por los tribunales *ad-hoc* es tributario tanto de la naturaleza clásica del derecho penal nacional e internacional, centrados en el procesamiento y el castigo de los autores de los crímenes, como de la naturaleza de su creación en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. La Resolución 827 del Consejo de Seguridad, que da lugar al ICTY, indica que este tribunal se crea “con el único propósito de procesar a las personas responsables por violaciones graves al derecho internacional”, mientras que la Resolución 955 señala que crea el tribunal de Ruanda fue creado con el objetivo de “poner fin” a los crímenes perpetrados en ese territorio y para juzgar a “las personas responsables de graves violaciones del derecho humanitario”. El derecho a la reparación de las víctimas de estos crímenes no es un objetivo de la acción judicial.

A los tribunales *ad-hoc* sus Estatutos no les otorgan la facultad de ordenar *compensaciones* como parte de las penas impuestas a quien comete un crimen. Éstos solo pueden ordenar la *restitución* a la víctima de cualquier propiedad y ganancias adquiridas por conducta criminal, incluidas aquéllas conseguidas a través del uso de la fuerza o las amenazas por el perpetrador o los perpetradores.²⁸ Hasta la fecha, en ninguno de los casos más relevantes que involucran crímenes de género los tribunales han otorgado una orden de restitución.²⁹ Varios factores que pueden influir en este resultado pueden deducirse de la forma en que esta figura está definida. El hecho de que haya que probar que la propiedad obtenida es consecuencia de la violencia sexual es de por sí un obstáculo enorme en el manejo y la valoración de la evidencia. Adicionalmente, las víctimas son predominantemente mujeres de escasos recursos cuyos bienes carecen de registros o catastros que permitan hacer un seguimiento de éstos y, en la mayoría de los casos, la apropiación de bienes y tierras de las mujeres ocurre cuando éstas huyen de la posibilidad de ser víctimas de estos crímenes o para evitar ser nuevamente violadas (Amnistía Internacional, 2004a, pp. 52-53).

²⁸ Artículo 24.3 del Estatuto del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia; artículo 23 .3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. Las normas de procedimiento de estos tribunales regulan en detalle la figura de la restitución, norma 105 en ambos casos.

²⁹ Hemos revisado los casos Akayesu (ICTR, caso ICTR-96-4-T, decisión del 2 de setiembre de 1998), Delalic y Otros (ICTY, IT-96-21), sentencia del 16 de noviembre de 1998; Furundzija (ICTY, IT-95-17/1), sentencia del 10 de diciembre de 1998; Kunarac and others “Caso Foca” (ICTY, IT-96-23&23/1), sentencia del 22 de febrero de 2002), y el caso Bralo (ICTY, caso IT-95-17-S), sentencia del 7 de diciembre de 2005.

Por ello no es de extrañar que el único caso en el que el ICTY ordenó la inamovilidad provisional de los bienes con el propósito de otorgar restitución o pago de las propiedades si ello resultara del procesamiento es el caso Milosevic, que se halla actualmente en curso.³⁰

Los estatutos y las normas de procedimiento de estos tribunales abren la posibilidad de que una condena final emanada de ellos puede dar lugar a que la víctima busque compensación a través de los tribunales nacionales.³¹ Con este fin, el tribunal debe remitir a las autoridades nacionales la sentencia, y las víctimas o las personas que reclaman a través de ésta pueden interponer una acción en el tribunal nacional competente para obtener la compensación.³² En el ámbito nacional, el tema de las reparaciones no recibe atención alguna. A finales de 2002 todavía no se había ejecutado ninguna sentencia para la obtención de compensación por daños en Ruanda (Análisis of Trends, 2002),³³ y no hay indicación alguna de que esta situación haya cambiado.

Haciéndose eco de las preocupaciones de las mujeres, un informe señala que “si alguna vez se da una compensación, es muy probable que venga en forma de proyectos de educación, desarrollo o salud, en cualquier caso, dentro de la asistencia tradicional al desarrollo”.³⁴ La desconfianza y la frustración de las mujeres se hace evidente cuando en este mismo informe se indica que el hecho de que el ICTR no pueda otorgar compensaciones cuestiona la validez y la utilidad para la gente de Ruanda de un sistema penal que condena pero que no compensa ni repara.³⁵

Pese al reconocimiento internacional por las importantes contribuciones de los tribunales *ad-hoc*, el balance de su actuación es “bastante matizado y revelador de la relación entre la política y la justicia” (Andreu-Guzmán, 2004, pp. 114-115). Adicionalmente al tema de las reparaciones, la crítica a estos tribunales tiene que ver no sólo con los grandes recursos financieros y humanos destinados a su implementación³⁶ frente a las escasas condenas, y al hecho de haberse

³⁰ Decision on Review of Indictment and Application for Consequential Orders, Prosecutor v. Milosevic et al., 24 de mayo de 19, IT-99-37, para. 27.

³¹ Normas de procedimiento del ICTY y del ICTR, norma 106 (A), (B) y (C).

³² Idem.

³³ Ver nota a pie de página número 90 en dicho informe. Disponible en: http://www.womensrightscoalition.org/index_en.htm (traducción libre).

³⁴ Ibíd., nota a pie de página 94.

³⁵ Idem.

³⁶ Entre 1993 y el 2003 el Tribunal había recibido más de 700 millones de dólares americanos como presupuesto regular, mientras que hasta el 4 de marzo del 2003 había juzgado a 35 personas, 80 estaban bajo acusación del tribunal, 57 procesadas y 23 fugitivas, 47 se hallaban detenidas y 10 en libertad provisional. En cuanto al tribunal de Ruanda, a la misma fecha, desde 1994 hasta el 2003 había condenado a 9 personas y tenía 8 juicios en curso contra 20 acusados. Ver más detalle y referencias en (Andreu-Guzmán, 2004, pp. 114-115).

originado por mandato del Consejo de Seguridad y no por un convenio, y que, en esta lógica, fue concebido “más como un instrumento de represión penal internacional dentro de una política de mantenimiento de la paz y la seguridad que como un instrumento de justicia autónoma” (p. 117).

En cuanto al Tribunal Especial de Sierra Leona, creado en el año 2000 por la Resolución 1315 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, las reglas y limitaciones sobre el otorgamiento de compensaciones y restitución ya descritas para los tribunales *ad hoc* se aplican de manera similar.³⁷ En consecuencia, el Tribunal no puede otorgar compensaciones, puede ordenar la restitución de bienes adquiridos ilegalmente o a través de la comisión de un crimen, y una condena firme del Tribunal se puede usar como base para reclamar compensaciones ante las instancias nacionales.³⁸

En 1999 el Consejo de Seguridad estableció los denominados “mecanismos híbridos” para Kosovo y Timor Oriental.³⁹ Estos no son tribunales, sino mecanismos de apoyo a la justicia transicional en esos países. En ambos casos los sistemas legales estaban colapsados y con necesidad de reformas urgentes. En estos casos, la justicia por las violaciones del derecho humanitario y de los derechos humanos está en manos de los poderes judiciales nacionales y el marco aplicable es el derecho interno, con algunas enmiendas introducidas por los mecanismos antes mencionados.⁴⁰ Por ello, no hay mecanismos idóneos para las reparaciones por estos crímenes. El Panel Especial establecido en Timor Oriental tiene jurisdicción para juzgar las ofensas graves,⁴¹ y puede ordenar la restitución de propiedades o bienes derivados directa o indirectamente de la acción criminal.⁴² Contempla también el establecimiento de un Fondo de Compensación para el beneficio de las víctimas y sus familiares.⁴³

Existen enormes retos en el ámbito nacional para lograr justicia en Timor Oriental, al igual que en otros países en reconstrucción (ONU, 2005b). Aunque las investigaciones por las violaciones ocurridas entre enero y octubre de 1999 (incluidos los crímenes sexuales) concluyeron a finales de 2004,⁴⁴ sólo 74 personas fueron declaradas culpables de

³⁷ Estatuto para el Tribunal especial de Sierra Leona, artículo 19(3).

³⁸ *Idem*.

³⁹ Nos referimos a la Misión de Administración Interina de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK), UN Doc. S/RES/1244 (19), y la Administración Transicional de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET), UN Doc. S/RES/1272 (19).

⁴⁰ Información detallada en www.unmikonline.org/regulations y www.un.org/peace/etimor/untaetN.htm

⁴¹ UNTAET/REG/2000/15, 6 de junio del 2000.

⁴² *Ibid.*, regulación 10(1) c).

⁴³ *Ibid.*, regulación 25.

⁴⁴ En cumplimiento de la Resolución del Consejo de Seguridad 1543 (2004).

crímenes de lesa humanidad y asesinato (para. 41). En mayo de 2004, el presidente conmutó las penas de 7 reclusos culpables de delitos graves y redujo las penas de otros 23, de los cuales 10 eran culpables de violación sexual (para. 48).

Es en el ámbito nacional en el que el grado de compromiso político con la agenda de la justicia se hace más evidente, y donde se afectan de manera más directa los derechos de las víctimas.

Reparaciones en el Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma⁴⁵ que crea la Corte Penal Internacional fue adoptado el 17 de julio de 1998 por 120 de los 149 Estados participantes en la Conferencia Diplomática de Roma; entró en vigor el 1 de julio de 2002 al haberse reunido el número necesario de ratificaciones requerido (60), y la Corte Penal Internacional (CPI) se instaló en marzo del 2003 e inició sus labores en julio del mismo año.

Además de reconocer los crímenes de género,⁴⁶ el artículo 75 (1) del Estatuto reconoce como modalidades de reparación la compensación, la restitución y la rehabilitación a las víctimas o sus causahabientes. Los principios que regirán el otorgamiento de estas modalidades de reparación deberán ser establecidos por los jueces.⁴⁷ Aunque estos principios aún no han sido delineados, existe un marco de referencia básico en los Principios y las Guías recientemente adoptados por la Comisión de Derechos Humanos, cuyas definiciones en su versión preliminar ya habían sido recogidas en la elaboración del Estatuto de Roma.⁴⁸ Sin embargo, es en el otorgamiento de las reparaciones por los crímenes de género contemplados en el Estatuto de Roma, cuando la CPI enfrentará el reto de enriquecer los Principios antes mencionados para hacer visible las distintas dimensiones del daño causado por estos delitos sobre las víctimas.

Adicionalmente, la Corte Penal Internacional puede otorgar reparaciones individuales y, cuando lo considere apropiado, otorgará reparaciones colectivas, o ambas.⁴⁹

⁴⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (198), texto que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, del 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* del 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002.

⁴⁶ Ver nota 31 a pie de página.

⁴⁷ Estatuto de Roma, Artículo 75 (1).

⁴⁸ Ver documentos preparatorios disponibles en www.iccnw.org/docuemnts/prepcom/papersonprepcomissues/AlEnsureEffectiveRoleJuly99.pdf

⁴⁹ Normas de Procedimiento del Estatuto de Roma, norma 97(1).

Así mismo, es importante notar que el Estatuto de Roma no define el término “víctima”, pero en los trabajos preparatorios de éste se ha considerado que las reparaciones también podrían otorgarse a personas relacionadas tales como familias o sucesores de la víctima.⁵⁰ A este efecto, los Principios y las Directrices también pueden servir de marco interpretativo.

EL DERECHO A LA REPARACIÓN EN EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS Y UNA LECTURA DE GÉNERO DE LOS PRINCIPIOS Y DIRECTRICES BÁSICOS (2005)

La impunidad

En el ámbito nacional las reparaciones establecidas en los periodos posteriores a los conflictos han incluido una variedad de modalidades de compensación para las violaciones de los derechos humanos, principalmente por desapariciones forzadas, detenciones y juicios arbitrarios, tortura y exilio forzado. En el marco de los derechos humanos, las violaciones “flagrantes y sistemáticas”⁵¹ han dado lugar a reparaciones de carácter distinto en ámbito y en naturaleza. Las respuestas a estas violaciones han sido variadas pero tienen en común el responder a dos objetivos esenciales: prevenir la recurrencia de la violencia y reparar el daño causado, en la medida de lo posible (Shelton, 1999, p. 321). Sin embargo, el derecho a la reparación como concepto autónomo ha sido objeto de evolución y definición en la última década.

En el marco de los derechos humanos, el acceso a la justicia no termina con el enjuiciamiento ni el encarcelamiento de los responsables, sino que reconoce el derecho de las víctimas y sus familias, u otros que hayan resultado perjudicados, a obtener reparación. En el año 2005 hemos asistido a una producción importante de instrumentos emanados de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a interponer recursos y a la efectividad de estos recursos, el derecho a la reparación por las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario,⁵² y sobre la erradicación de la impunidad (Comisión de Derechos Humanos, 2005c).

⁵⁰ *Report of the Working Group on Procedural Matters*, UN Doc. A/Conf.183/C.1/WGPM/L2. Add.7, de 13 de julio de 1998.

⁵¹ Comisión de Derechos Humanos, Resolución 1503 (XLVIII), 1970, que autoriza a la Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías a considerar comunicaciones recibidas de personas individuales y grupos que “parecen revelar un patrón consistente de violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales flagrantes y confiablemente respaldadas”. Ver un análisis al respecto en Dinah Shelton (19, p. 320).

⁵² Principios y Directrices Básicos ya citados.

La impunidad es uno de los temas centrales de la agenda de justicia de las mujeres. El establecimiento de mecanismos más efectivos, informados e idóneos para interponer recursos y atender los reclamos de justicia de las mujeres, durante el conflicto y con posterioridad a éste, son en sí mismas medidas reparatorias que, de ser implementadas, actuarían como forma de prevención de la violencia contra las mujeres.

El último informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual en Darfur (ONU, 2005d) es indicativo de que la impunidad se asienta en una serie de factores legales y no legales que deben ser enfrentados eficazmente a distintos niveles y por diversos actores.

El informe describe en detalle la falta de procesamiento y castigo de los responsables, la ausencia de una reparación adecuada a las víctimas, el sesgo y prejuicio del sistema legal y judicial doméstico contra las mujeres, la arbitrariedad en la recolección de pruebas, las humillaciones de que éstas son objeto, y el hecho de que ellas soportan toda la carga de la prueba. No existe protección para las víctimas ni para los testigos, ni siquiera se protege a las niñas, que son enfrentadas a sus violadores sin custodia alguna. Las víctimas son amenazadas incluso durante los procesos por los propios policías colegas de los perpetradores. Se forman comisiones para investigar la escena del crimen mientras no se les da a los médicos medios para recoger las pruebas (ONU, 2005d). En marzo de 2005, la Comisión de Derechos Humanos recomendó al Consejo de Seguridad que refiriera el caso a la Corte Penal Internacional. El caso fue referido el 6 de junio del 2005 y el Fiscal de la Corte ha declarado la apertura de una investigación oficial sobre la situación de Darfur (ONU, 2005d).

La Resolución 1325 establece que las partes en un conflicto armado deben respetar el derecho internacional aplicable a los derechos humanos y a la protección de las mujeres y las niñas, y que deben tener presente las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La resolución pone énfasis en la responsabilidad de los Estados de acabar con la impunidad y de enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual y de otro tipo contra las mujeres y las niñas.⁵³ La resolución destaca la necesidad de excluir estos crímenes, siempre que sea viable, de las disposiciones de amnistía, mandato que es corroborado por los principios promovidos por la Comisión de Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad (Comisión de Derechos Humanos, 2005c, principio 24).

⁵³ Resolución del Consejo de Seguridad 1325 (2000), paras. 9-11.

Amnistía Internacional opina que en algunas situaciones, como las de quiebra del sistema judicial nacional o similares, los mecanismos “no judiciales pueden parecer la única opción viable para la justicia [...]”; sin embargo, estos procesos no deben excluir los procesamientos ni limitar el derecho a obtener reparación” (Amnistía Internacional, 2004c, p. 86). En el informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual en Darfur, antes mencionado, se indica que aunque la ley permite acuerdos entre familias, el manejo de casos graves en esta forma, sin un recurso efectivo que permita acceder a la justicia formal, puede estar negándole la justicia a las víctimas, especialmente a las mujeres (ONU, 2005d, para. 54).

SOBRE LAS IMPLICACIONES DE GÉNERO DE LOS PRINCIPIOS Y LAS DIRECTRICES (2005)

A manera de observaciones generales es importante destacar que los Principios y las Directrices se establecen en respuesta a la necesidad de contar con un conjunto de reglas básicas que definan los estándares del derecho a la reparación en el derecho internacional, y que sirvan de referencia a las diversas instancias internacionales, regionales y nacionales que generan reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos y del Derecho humanitario.⁵⁴ La multiplicidad de estándares y términos que se usan de manera análoga, según las organizaciones de derechos humanos, socava las posibilidades de las víctimas de obtener reparaciones.⁵⁵

El Preámbulo indica que: “[...] los principios y directrices no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido”. Si se considera que la mayoría de los conflictos actualmente son internos, la complementariedad del derecho humanitario y los derechos humanos es crucial, y es un elemento clave en la erradicación de la impunidad. Aunque los tribunales regionales de derechos humanos habían avanzado ya en distinto grado en la aplicación y el uso del derecho humanitario, los Principios refrendan la legitimidad de este desarrollo complementario.

⁵⁴ *Background information concerning the right to a remedy and reparation*, Documento de antecedentes y análisis creado por la Comisión Internacional de Justicia y una coalición de ONG de derechos humanos a fin de participar en el proceso de consulta para la aprobación de los Principios y Directrices, 10 de septiembre de 2002. Disponible en: http://www.icj.org/news.php3?id_article=28&lang=en

⁵⁵ *Idem.*

Otro factor potencialmente positivo para la reparación de crímenes que sufren las mujeres, sobre todo las mujeres indígenas y pertenecientes a pueblos nativos, es el reconocimiento de que “las formas contemporáneas de victimización, aunque dirigidas esencialmente contra personas, pueden estar dirigidas además contra grupos de personas, tomadas como objetivo colectivamente”. Sin perjuicio de hacer valer las reparaciones por los crímenes de género reconocidos en el derecho internacional, las mujeres podrían reclamar y acceder a reparaciones por la erosión o destrucción de sus derechos culturales, tradiciones, o pertenencia a un grupo étnico, colectivo político o religioso que ha sido objetivo de la violencia. En Colombia, las organizaciones sociales de mujeres, comunidades indígenas y afrocolombianas, dirigentes sindicales, entre otras, son blanco de ataques sistemáticos de las partes enfrentadas en el conflicto. La Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos ha pedido al Estado que tome medidas especiales y urgentes en defensa de las comunidades indígenas en riesgo de extinción (Comisión de Derechos Humanos, 2005a, paras. 119-124).

Principios I a IV

Los Estados deben armonizar su legislación interna con las normas y obligaciones jurídicas internacionales “incorporando las normas internacionales de derechos humanos y el derecho humanitario a su derecho interno o aplicándolas de otro modo en su ordenamiento interno [...] adoptando procedimientos equitativos, efectivos y rápidos [...] disponiendo para las víctimas de los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados...incluida la reparación” (Principio 1.2 párrafos ad). Este principio exige que los Estados proporcionen “como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que imponen sus obligaciones internacionales”.

El efecto de la armonización del derecho interno incluye la sanción de los crímenes de género en las leyes penales, la ampliación del derecho adjetivo para facilitar el acceso a la justicia y, sobre todo, la implementación coherente e integral del derecho a la reparación.

El acceso a la justicia de quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario debe ser “equitativo” y “efectivo”, y los recursos, incluida la reparación, deben ser “eficaces” (Principio II.3 párrafos c y d).

La adopción de procedimientos equitativos debe entenderse también como aplicable al desarrollo de criterios y estándares para determinar las modalidades aplicables y la fijación de la cuantía de los daños materiales e inmateriales causados a las víctimas. Este aspecto no está específicamente mencionado en los Principios, y reviste especial

*importancia para la reparación del daño en los casos de crímenes de género que, por su propia complejidad y multidimensionalidad, no pueden quedar librados a criterios aleatorios de los jueces o de reglas penales o administrativas inadecuadas para la reparación del daño.*⁵⁶

La incorporación y aplicación del “principio de jurisdicción universal” es una apuesta clara por la erradicación de la impunidad en un contexto en que Estados progresistas han desmontado estos mecanismos de sus legislaciones internas, como es el caso de Bélgica, a raíz de las repercusiones del caso Pinochet (1998). Éste es el ejemplo más reciente y sobresaliente de los alcances de la aplicación de dicho principio por un tribunal nacional. Sin embargo, el potencial del uso del principio de jurisdicción universal para enjuiciar a los autores de crímenes por razón de género aún está por determinarse.

Principios V a VIII

Entre los elementos más importantes que regula este documento está el de la conceptualización de víctima y su tratamiento. La relevancia formal de esta definición es que contribuye a llenar el vacío que sobre este concepto tiene el Estatuto de Roma, induciendo así los elementos conceptuales que deben ser tomados en cuenta por la Corte Penal Internacional.

El principio V. 8 indica que:

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

En la definición de “víctima” contenida en los Principios existe un esfuerzo por incluir tanto los aspectos materiales como inmateriales de su experiencia, así como las dimensiones individual y colectiva del daño y, ciertamente, tiene el potencial de contribuir a la visibilización de

⁵⁶ Este tema es objeto de un análisis exhaustivo en el estudio comparativo en curso de los casos de Colombia y Sri Lanka del Proyecto *Gender Justice: Remedies and Armed Conflict*. Disponible en: www.genderjustice.org.

la experiencia distinta de las víctimas de crímenes relativos al género. Sin embargo, será necesaria una atención especial de parte de quienes apliquen o legislen en aplicación de este principio a lo desarrollado en los ámbitos práctico y teórico, desde el feminismo y los movimientos de mujeres, sobre la naturaleza del sufrimiento emocional o la experiencia diferenciada de la violencia sexual infligida a las mujeres, y sus consecuencias para que pueda responder de manera más efectiva y equitativa a reparar el daño.

La Alta Comisionada de Derechos Humanos, en su informe más reciente sobre violación sexual sistemática, esclavitud sexual y prácticas similares durante los conflictos armados, al evaluar la situación de los crímenes de Darfur indica lo siguiente:

Las mujeres sometidas a cualquier forma de violencia sexual durante los conflictos armados deberían tener un tratamiento especial como víctimas. Distintas respuestas serán necesarias para las mujeres que han sido violadas sin resultar embarazadas, aquellas que se embarazaron y dieron término a su embarazo y aquellas que dieron a luz [...]. Las mujeres que deciden dar a luz después de haber sido embarazadas por medio de una violación deberían obtener asistencia médica, psicológica y social, pero la misma asistencia debería ser dada a quienes deciden dar sus hijos en adopción. Sin embargo, la opción de dar término a un embarazo que es consecuencia de una violación debería estar abierta a todas las mujeres que decidan escoger esta vía (OACNUD, 2005).

Es importante también para las mujeres y niñas el reconocimiento expreso de la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa como “víctimas”. La pérdida de las parejas, los padres o los hijos en los conflictos posiciona a las mujeres de manera (negativamente) distinta en su comunidad, reduce sus posibilidades de supervivencia, y las expone a la violencia.

Muchas mujeres líderes que han sido víctimas de violencia por defender los derechos de otras mujeres o de su comunidad son reconocidas como víctimas. Lo son también las defensoras de derechos humanos en el ámbito de la definición de este principio.

El Principio V (9) reconoce la violencia de que son objeto las mujeres por miembros de su propia familia o miembros de su comunidad. Este párrafo indica que “una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”. Si tenemos en cuenta que estas disposiciones se aplican tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, las víctimas de las manifestaciones de violencia resultantes del pandillaje

o la desestructuración social en el posconflicto son consideradas sujetos de las garantías y los estándares contenidos en los Principios. Este aspecto es particularmente relevante para el procesamiento y la reparación de la violencia contra las niñas y los niños.

El principio VI se refiere al tratamiento de las víctimas, y está centrado en la protección de la seguridad y los derechos al bienestar físico y psicológico de éstas, así como a la protección de su intimidad individual y familiar. El segundo párrafo está claramente destinado a la protección de quien sobrevive a un acto de violencia procurando que la experiencia del procesamiento jurídico o administrativo destinado a hacer justicia u otorgar reparación “no dé lugar a un nuevo trauma”.

Es razonable pensar que la experiencia de las víctimas y los testigos que han aparecido ante los tribunales ad-hoc, o que han brindado sus testimonios ante las comisiones de la verdad y la numerosa documentación producida sobre el tema, haya trascendido el trabajo de los expertos y las organizaciones que los han elaborado o han sido consultados en los quince años de duración del proceso de deliberaciones y examen de estos Principios.

Principios VII a IX

El principio VII regula el derecho a disponer de recursos legales e incluye el acceso igual y efectivo a la justicia; la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación. Este principio es desarrollado en estos componentes en los siguientes párrafos.

El principio VIII se refiere al acceso a la justicia, y garantiza un acceso igual a las víctimas de “violaciones manifiestas” de las normas internacionales de derechos humanos o de una violación grave del derecho internacional humanitario. Esta disposición obliga a los Estados a informar sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario; otorgar protección a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra “injerencias ilegítimas” y protegerlas, al igual que a su familia y testigos, de actos de amenaza e intimidación y represalia, “durante y después” del procedimiento (párrafos a y b).

Muchas organizaciones han evaluado que entre los elementos que obstaculizan el acceso a la justicia de las mujeres se encuentran la ausencia de conocimientos sobre sus derechos y sobre el proceso legal, así como la falta de tiempo y de dinero para seguir esta vía.⁵⁷ Así mismo,

los sesgos de género en el sistema, desde la recogida de pruebas hasta el tratamiento por los jueces, han causado una enorme desconfianza en el sistema legal. La implementación de los Principios por los Estados tendrá que ir acompañada de un enorme esfuerzo por entrenar adecuadamente a sus agentes de justicia, vigilar su actuación, y reconstruir los aparatos judiciales quebrados por la violencia.

En concordancia con los principios anteriores, éste conmina a los Estados a “procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda”. Una vez reconocida la categoría colectiva de las víctimas, son necesarias las reformas que faciliten la implementación del derecho y la clarificación de los daños de carácter colectivo.

El principio IX desarrolla de manera detallada el derecho a la reparación. Establece que “una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia”, y que la reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.

Es particularmente relevante que, además de establecer la clásica obligación de los Estados de reparar por los actos u omisiones que resulten en una violación, la establezca también para la persona natural o jurídica u otra entidad que resulte responsable de una violación de derechos humanos o de derecho humanitario. Contempla también por parte de estas últimas la indemnización al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima.

Además de la proporcionalidad de la reparación, este principio establece la obligación de los actores no estatales (corporaciones o grupos armados) de reparar el daño causado, no sólo en la figura de la devolución de lo adquirido por la comisión del delito, como en la justicia penal, sino en todas las modalidades disponibles en los Principios.

El establecimiento de programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones es otra medida importante que busca proveer de oportunidades de reparación incluso a quienes no quieren recurrir a un tribunal, tratando de paliar las deficiencias del acceso a la justicia en sistemas que no sean capaces de responder a las demandas de justicia resultantes de violaciones masivas de los derechos humanos.

El principio IX establece las modalidades de reparación, restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. El principio define en detalle cada una de estas modalidades y sus elementos constitutivos.

La *restitución* plantea el objetivo de “devolver a la víctima a la situación anterior a la violación”. En este sentido, representa la aspiración

⁵⁷ United Nations Development Fund for Women, *Issues, Brief on Justice*. Disponible en www.womenwarpeace.org

del principio *restitutio in integrum*. Se establece que la restitución incluye el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de los bienes a la víctima.

La *indemnización* se dirige a reparar “los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones”, incluidos el daño físico o mental, la pérdida de oportunidades (empleo, educación y prestaciones sociales), los daños materiales y pérdida de ingresos incluido el lucro cesante y los perjuicios morales, los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, y servicios psicológicos y sociales. Esta figura equivaldría en los sistemas nacionales a aquélla de la compensación, que es la predominante en los esquemas nacionales de reparaciones, pero su definición en estos cuerpos legales es más estrecha y aleatoria.

Uno de los antecedentes más relevantes de la adopción de indemnizaciones en casos de guerra internacional es la Comisión de Compensaciones de las Naciones Unidas (CCNU), que en la guerra de Irak-Kuwait estableció reparaciones por la violencia sexual contra las mujeres kuwaitíes. Las compensaciones fueron establecidas para resarcir los “serios daños individuales”, incluida específicamente la violación sexual.⁵⁸ La CCNU estableció montos indicativos para reparar violaciones específicas de los derechos humanos, incluyendo la agresión agravada, la agresión sexual, la tortura, y otros crímenes.⁵⁹ Sin embargo, al tratarse de un mecanismo de compensación *ad-hoc* en una guerra internacional, estas compensaciones eran otorgadas a los Estados y, a través de éstos, a las víctimas.

Las reparaciones que atienden a las implicaciones sociales y económicas de la violencia sexual han sido escasamente reconocidas en la jurisprudencia internacional de los tribunales *ad-hoc*, y es prácticamente inexistente en los esquemas nacionales de reparación (no judiciales) en el posconflicto. El principio IX abre la posibilidad de un reconocimiento de estos efectos de manera más expresa e integral.

La *rehabilitación* incluye la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

La *satisfacción* incluye una serie de medidas no materiales dirigidas a procurar resarcir el daño moral o social causado a la víctima e

incluye, entre otras medidas: la cesación de las violaciones continuadas; la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad siempre que ésta no amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares o de los testigos; una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; o una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades.

Las *garantías de no repetición*, tal y como se plantea en los Principios, tienen un potencial transformador de la realidad de discriminación que sostiene el continuo de la violencia contra las mujeres en las sociedades en conflicto, y que está dirigido a prevenir la ocurrencia de mayores o nuevas violaciones. Incluye, entre otras medidas: la promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar 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; la garantía de que todos los procedimientos 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 en derechos humanos y el derecho internacional humanitario de todos los sectores sociales, 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 del respeto de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales por los funcionarios públicos, personal de las fuerzas de seguridad, medios de información, etc.

Las reformas legales y judiciales planteadas deben corregir la estructura de discriminación formal y *de facto* existente en las sociedades. De lo contrario, se pierde la oportunidad de corregir las causas que subyacen a la violencia brutal que sufren las mujeres en los conflictos.

Por último, el Principio XI se refiere específicamente a la no discriminación en la aplicación e interpretación de los principios y las directrices. Establece que éstos “se ajustarán sin excepción a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, sin discriminación de ninguna clase ni por ningún motivo”.

El borrador preliminar de los Principios (2000) mencionaba de manera específica los factores de discriminación, indicando que los principios se aplicarían “sin distinción perjudicial por motivos de raza, color, género, orientación sexual, edad, idioma, religión, creencia

⁵⁸ La Comisión de Compensación de las Naciones Unidas fue creada por Resolución 687 del Consejo de Seguridad, 3 de abril de 1991.

⁵⁹ Decisión 3, UNCC, segundo periodo de sesiones, párrafo 2, Documento S/AC.26/1991/3. De acuerdo con las decisiones de la CCNU, las víctimas de violencia sexual podían reclamar hasta 5.000 dólares por cada incidente, y en caso de daños acumulados el tope era de 30.000 dólares por demandante y 60.000 por familia (Shelton, 19, pp. 341-342).

política o religiosa, origen nacional, étnico o social, situación económica, nacimiento, situación familiar o de otra índole o impedimento físico”.

En el texto final se optó por la fórmula arriba descrita. No existe un registro en el documento oficial de observaciones y discusiones de la última reunión consultiva sobre las razones que motivaron el cambio en el texto a una fórmula general.⁶⁰ Aunque el texto no excluye ningún factor de discriminación en su prohibición, es importante tener en cuenta que en vía de interpretación, la tendencia debe ser expansiva y no restrictiva, en concordancia con la intención precedente del principio.

CONCLUSIÓN

El derecho a la reparación es un derecho pendiente para las mujeres afectadas por los conflictos armados y que, en su mayoría, son víctimas de crímenes sexuales. La legislación penal internacional, aunque ha avanzado en definiciones importantes para sancionar estos crímenes, y ha sentado las bases de conceptos inclusivos de las experiencias de las mujeres en el derecho internacional, no es adecuada para dar respuesta a los reclamos de reparación, un factor clave en la reintegración y la recuperación de las mujeres victimizadas por el conflicto. El sistema de derechos humanos presenta una oportunidad para avanzar en el derecho a la reparación para ellas.

En los últimos quince años el derecho a la reparación ha sido objeto del trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, y ha resultado en la aprobación de Principios y Directrices inclusivos de las experiencias de las víctimas, que constituyen un punto de partida y un referente importante para promover las reformas legales y administrativas en el ámbito nacional que tengan en cuenta el género. El potencial transformador de la reparación a través de las medidas colectivas que plantean los principios es uno de los aspectos más importantes de este derecho de cara a la equidad de género y etnia.

Sin embargo, para que las reparaciones tengan el efecto de generar equilibrio y justicia en una sociedad que ha atravesado o atraviesa un conflicto desarticulante, y para restaurar y servir a los derechos y las necesidades de las mujeres, éstas deben poder transformar la forma como las sociedades se relacionan con ellas, con la sexualidad, con la diferencia. Es decir, transformar la relación de la sociedad con

⁶⁰ Informe de la Tercera Reunión Consultiva acerca de “Los Principios y Directrices Básicos sobre los derechos de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Ginebra, 29 de septiembre a 1 de octubre de 2004, presidente-relator Alejandro Salinas, E/CN.4/2005/59, 21 de diciembre de 2004

las víctimas de los conflictos en tanto personas individuales y parte de un colectivo.

Dicha complejidad evidencia la necesidad de articular las respuestas jurídicas con otras respuestas y marcos de acción desde el Estado y los agentes privados, que coadyuven a la corrección de las discriminaciones estructurales que exacerban el impacto de la violencia contra las mujeres durante el conflicto.

REFERENCIAS

- ALSTON, Ph. y STEINER, H. J. (1996). *International Human Rights in Context, Law, Politics and Morals*. Oxford: Clarendon Press.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2004a). *Cuerpos marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado*. Informe AMR 23/040/2004, Colombia.
- (2004b). *Lives Blown Apart, crimes against women in times of conflict*. Amnesty International Publications.
- (2004c). *Vidas rotas, crímenes contra las mujeres en situaciones de conflicto*. ACT 77/075/2004.
- ANDREU-GUZMÁN, F. (2004). La justicia universal: entre luces y sombras. En J. Zalaquett (coord.). *Temas de derechos humanos en debate*. Lima: Instituto de Defensa Legal-Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- GÓMEZ ISA, F. (dir.) (2006). *El derecho a la memoria*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
- ORÉ, G. (en prensa). *Género y justicia en sociedades transicionales: una aproximación desde los derechos humanos*. Instituto Complutense de Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid.
- RAMÍREZ, P. (2003). *El desplazamiento forzado y los DESC de las mujeres*. Documento presentado en la Conferencia Inaugural de la Red Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Chiang Mai, Tailandia, del 8 al 11 de junio.
- REHN, E. y E. J. Sirleaf (2002). *Women, War and Peace. The Independent Experts' Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women's Role in peace building*. Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para las Mujeres (Unifem).
- SHELTON, D. (1999). *Remedies in International Human Rights Law*. Oxford University Press.
- THOMAS, D. y R. Regan (1994). Rape in War: Challenging the Tradition of Impunity. *SALS Review* (Winter-Spring).

Instrumentos internacionales

Comisión de Derechos Humanos (2005a). *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos Humanos sobre la situación de*

- los derechos humanos en Colombia*, E/CN.4/2005/10, 28 de febrero de 2005.
- (2005b). *Working paper on the implementation in domestic law of the right to an effective remedy*. Elaborado por Françoise Hampson, E/ CN.4/ Sub.2/2005/15 del 27 de junio de 2005.
- Comisión de Derechos Humanos (2005c). *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Working paper on the relationship between human rights law and humanitarian law*, por F. Hampson e I. Salama, E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 de junio de 2005. Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995). Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres, 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20 (1995) y A/CONF.177/20/Add.1.
- ONU (2003). Informe de la Relatora especial sobre violencia contra las mujeres Radhika Coomaraswamy respecto a *La integración de los derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer*, E/CN.4/2003/75, 6 de enero.
- OACNUD (2005). Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas sobre La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, E/CN.4/Sub.2/2005/33, 11 de julio.
- ONU (1994). Resolución 1994/45, adoptada el 4 de marzo de 1994. El mandato fue prorrogado mediante la resolución 2003/45.
- ONU (2004). *Women, Peace and Security*. Informe del Secretario General, S/2004/814, 13 de octubre de 2004, original en inglés, páras. 73-75 (traducción libre).
- ONU (2005a). Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/63 sobre la protección de los derechos humanos de la población civil en los conflictos armados.
- ONU (2005b). Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la cooperación técnica en la esfera de los derechos humanos en Timor Oriental, E/CN.4/2005/115, 22 de marzo.
- ONU (2005c). Resolución 2005/35 de la Comisión de Derechos Humanos.
- Women & Therapy* (1999). The Haworth Press Inc., Vol. 22, No. 1.
- Working paper on the relationship between human rights law and humanitarian law* (2005). F. Hampson e I. Salama, E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 de junio de

Documentos disponibles en internet

Analysis of Trends in Sexual Violence Prosecutions in Indictments by the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) from November 1995 to November 2002 (2002). Estudio de McGill Doctoral Affiliates Working Group on International Justice, Sección para Ruanda, a nombre de la red de ONG Coalition for Women's Human Rights in Conflict Situations,

- Montreal, November 28. Disponible en: http://www.womensrightscoalition.org/index_en.htm
- Background information concerning the right to a remedy and reparation* (2002). Documento de antecedentes y análisis creado por la Comisión Internacional de Justicia y una coalición de ONG de derechos humanos para participar en el proceso de consulta para la aprobación de los Principios y Directrices, 10 de septiembre. Disponible en: http://www.icj.org/news.php?id_article=28&lang=en
- ONU (2005d). Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Access to Justice for victims of sexual violence, 29 de julio. Disponible en: <http://www.ohchr.org/english/press/docs/20050729Darfurreport.pdf>
- Intervención escrita conjunta de 15 organizaciones de derechos humanos presentada a la 61 sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 10 de febrero de 2005. Disponible en: <http://www.icj.org>
- "In War as in Peace, Sexual Violence and Women's Status", por Lashon Jefferson, en el Informe Mundial 2004 de Human Rights Watch. Disponible en: http://hrw.org/wr2k4/15.htm#_Toc58744964
- Ploughshares Project (2005). *Armed Conflict Report 2005*. Disponible en: www.ploughshares.ca
- Proyecto *Gender Justice: Remedies and Armed Conflict*. Disponible en: www.genderjustice.org. United Nations Development Fund for Women, *Issues, Brief on Justice*. Disponible en: www.womenwarpeace.org

Estándares internacionales en materia del derecho a la reparación integral

Balance de su aplicación frente a las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia

CARMEN ANDREA BECERRA BECERRA*



El presente artículo constituye un balance del marco normativo promulgado en Colombia con la finalidad de desarrollar un modelo de *justicia transicional* impuesto por el gobierno en un contexto en el que sólo de manera ilusoria podría afirmarse la proximidad del posconflicto ante la violación generalizada, sistemática y continua de los derechos humanos. El énfasis del análisis que se propone recae sobre las víctimas del desplazamiento forzado, a partir de tres aspectos relacionados: i) las dificultades en la adopción de un modelo de justicia transicional, evaluando la formulación y la aplicación de los estándares internacionales en materia del derecho a la reparación integral frente a las víctimas del desplazamiento forzado; ii) la continuidad del desplazamiento forzado bajo el *modelo de justicia transicional a la colombiana*, destacando la persistencia en la vulneración de los derechos de la población desplazada, la invisibilización del desplazamiento forzado como un delito, la ausencia de garantías para hacer efectivo el derecho a la reparación integral, y la inexistencia de garantías de no repetición, entre otros, como elementos relacionados que desvirtúan la existencia de una transición que el discurso oficial se empeña en avizorar paralelamente a la adopción de un modelo de justicia transicional; iii) el margen de impunidad frente al delito de desplazamiento forzado, evidenciando uno de los temas privilegiados en el marco de la negociación del gobierno y los paramilitares: la invisibilización, o más bien, la sustracción de los estrados judiciales de las causas, los efectos y los mecanismos del despojo o abandono forzado de tierras de las comunidades desplazadas, obstaculizando con ello los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia.

* Socióloga, Universidad Nacional; abogada especializada en Instituciones Jurídico Penales; investigadora del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
Recibido: 15-08-07 - Aceptado: 22-09-07

Palabras Clave: Reparación integral, víctimas, desplazamiento forzado, impunidad, justicia transicional.



International standards of the right to integral reparation – analysis of their application for the victims of forced displacement.

The present article takes stock of the application of the normative framework that has been promulgated in Colombia in order to develop the model of transitional justice imposed by the government in a context which is far from being post-conflictive and characterised by a serious humanitarian crisis which is the result of the forced expulsion of more and more people from their homes, the robbery of their land and the violation of their rights. The analysis focuses on the victims of forced displacement, stressing the following aspects: i) The first one refers to the difficulties of adopting a model of transitional justice, evaluating the application of international standards of the right to integral reparation for the victims of forced displacement. ii) The second aspect emphasizes the continuity of forced displacement under the Colombian model of transitional justice, stressing, among other things, the persistence of the violation of the displaced people's rights, the "invisibilization" of forced displacement as a crime, the absence of guarantees to make effective the right to integral reparation and the inexistence of guarantees which ensure the non-repetition of the crimes. These elements refute the argument of a transition to a postconflictive situation which is again and again defended by the government. iii) The third aspect focuses on the high degree of impunity which exists, within the legal framework of the paramilitary groups' demobilisation, with regard to the crime of forced displacement. This factor highlights an important point of the negotiations between the government and the paramilitaries: the "invisibilization" of the causes, the effects and mechanisms of the robbery of the displaced communities' land and their forced expulsion and, in consequence, the obstruction of their rights to truth, justice and reparation as well as the guarantees of non-repetition.

Key words: Integral reparation, victims, forced displacement, impunity, transitional justice.

INTRODUCCIÓN

El balance de la aplicación del marco normativo previsto para garantizar el acceso a un conjunto de beneficios jurídico-penales a los paramilitares con posterioridad a la desmovilización meramente formal de algunos bloques y frentes, revela una constante: La ausencia de investigación, juzgamiento y sanción frente al delito de desplazamiento forzado, consolidada por la inexistencia de garantías para la realización de los derechos y de las víctimas. Este proceso de impunidad será analizado a través de tres aspectos relacionados que serán considerados durante el desarrollo del presente artículo: i) las dificultades en la

adopción de un modelo de justicia transicional frente a las víctimas en general, y en particular frente a las víctimas del desplazamiento forzado; ii) la continuidad del desplazamiento forzado bajo el *modelo de justicia transicional a la colombiana*, y iii) el margen de impunidad frente al delito de desplazamiento forzado.

Las dificultades en la adopción del modelo de justicia transicional frente a las víctimas del desplazamiento forzado, primer aspecto enunciado, serán analizadas destacando los siguientes elementos: a) el sentido mismo de la expresión, y b) los presupuestos que se asumen tras la adopción de un proceso transicional.

El segundo aspecto se abordará a partir del análisis del desplazamiento forzado durante la aplicación del modelo de *justicia transicional a la colombiana*, destacando al menos dos elementos: a) la persistencia del desplazamiento forzado, el despojo ó abandono forzado de tierras, y el despoblamiento de territorios, y b) la continuidad en el desconocimiento del derecho a la reparación integral de las víctimas del desplazamiento forzado, durante la adopción de las disposiciones integrantes de la justicia de transición, como manifestaciones concretas de la inexistencia de garantías de no repetición y, en general, de la ausencia de mecanismos encaminados a la realización del derecho a la verdad, la justicia y la reparación de conformidad con los estándares internacionales.

El margen de impunidad frente al delito de desplazamiento forzado, tercer aspecto integrante del proceso inicialmente caracterizado, será analizado a través de: a) los mecanismos mediante los que pretenden equilibrarse los objetivos contrapuestos de justicia y paz (Uprimny, 2000, p. 13), y b) la valoración de estos mecanismos bajo el modelo de justicia transicional, contrastando la magnitud del desplazamiento forzado con el reducido y mínimo reporte o alusión a éste como uno de los delitos no confesados durante la aplicación de la Ley 975 de 2005. Se destaca que el olvido y la amnesia, notas características de los relatos innominados acerca del desplazamiento forzado en el marco de la aplicación de las disposiciones de la ley, no han sido atribuciones exclusivas de los paramilitares; las investigaciones oficiosas que sobre este delito han cursado en la Fiscalía, han sido cautas y cómplices en ocultar el desplazamiento forzado como una estrategia de guerra y un mecanismo de control territorial, político, militar y económico. La ausencia de confesiones o de investigación –según el caso– ha sido, pues, una de las manifestaciones más contundentes del margen de impunidad que ha caracterizado desde el inicio mismo, el llamado proceso de negociación o acercamiento entre el gobierno y el paramilitarismo, convenientemente justificado por el gobierno destacado la necesidad de adoptar un modelo de justicia transicional.

Durante el desarrollo de los aspectos identificados en el proceso de impunidad frente al delito del desplazamiento forzado, se hará referencia a la aplicación del marco normativo previsto para la desmovilización y la concesión de beneficios a los paramilitares, haciendo necesaria alusión a la normatividad nacional e internacional, y a la jurisprudencia que han reconocido y garantizado los derechos de la población desplazada como víctima de un delito, individual y colectivamente considerada. Reconociendo la imprecisión que representaría circunscribir el margen de impunidad identificado bajo el modelo de justicia transicional, impuesto oficialmente en Colombia, al periodo correspondiente a la aplicación de la Ley 975 de 2005 (o a las leyes y decretos anteriores referentes a la desmovilización de los miembros del paramilitarismo), se incluirá en el análisis el proceso de investigación, juzgamiento y sanción del delito de desplazamiento forzado a partir del año 2000. Se destacará allí que desde la entrada en vigencia de esta normatividad, hasta la fecha, el reducido número de casos denunciados, investigados y juzgados contrasta drásticamente con los millones de víctimas de esta conducta. Se explica así cómo la impunidad registrada en el campo de la justicia penal ordinaria, y recientemente, en la justicia transicional, se convirtió en uno de los temas privilegiados en el marco de la negociación del gobierno y los paramilitares: la invisibilización, o más bien, la sustracción de los estrados judiciales de las causas, los efectos y los mecanismos del despojo o abandono forzado de tierras de las comunidades desplazadas, pactadas y gestadas por el paramilitarismo, en alianza con sectores empresariales, narcotraficantes, megaproyectos, autoridades locales y fuerza pública.

Así como no es posible circunscribir el margen de impunidad frente al delito de desplazamiento forzado, a la aplicación de la ley que, de acuerdo con las pretensiones del gobierno, materializó el modelo de justicia transicional a la colombiana, tampoco puede restringirse el análisis de este margen al diseño y aplicación de la política pública en materia de transición, siendo obligada la referencia al análisis de la política pública de desarrollo rural y a la política pública en materia de atención al desplazamiento forzado, entendiendo la primera como un mecanismo de consolidación del proceso de concentración de las tierras mejor calificadas y mejor ubicadas, al servicio de los intereses de los grandes proyectos de desarrollo, del narcotráfico y de los actores armados, y la segunda como un estado de cosas inconstitucional que aún persiste, pese a los esfuerzos inocuos por superar el enfoque predominante e insuficiente de asistencia humanitaria con el que se desconoció, en vigencia de la Ley 387 de 1997, a los desplazados como víctimas de un delito reconocido en la legislación nacional e internacional. Las políticas públicas mencionadas coinciden con el propósito común de consolidar la

inequitativa distribución de la tierra, favorecer la legalización del despojo y asegurar un amplio margen de impunidad frente a las víctimas del desplazamiento forzado.

DIFICULTADES EN LA ADOPCIÓN DE UN MODELO DE JUSTICIA TRANSICIONAL FRENTE A LAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

La adopción expresa, en la Ley 975, de un supuesto modelo de justicia transicional a la colombiana, hace necesario analizar detenidamente: a) el sentido mismo de la expresión, y b) los presupuestos que se asumen tras la adopción de un proceso transicional.

Bajo el nombre de justicia transicional se describen los procesos que llevan a la transformación de un orden social o político, como es el caso del tránsito de una dictadura hacia una democracia, o la terminación de un conflicto armado en el escenario nacional como fruto de una solución negociada, en el marco de un proceso de paz. Una vez efectuada la transición, o durante el proceso encaminado hacia ella, se impone el ejercicio de ponderación entre las exigencias de verdad, justicia y reparación, por un lado, y las concesiones brindadas a los perpetradores, orientadas hacia el logro de la paz y la reconciliación nacional, por el otro.

Respecto al proceso de negociación del gobierno con el paramilitarismo no es posible hablar del diseño y aplicación de un modelo de justicia transicional, teniendo en cuenta los supuestos que implican la adopción del mismo; aunque en Colombia el gobierno señale que nos encontramos en un proceso de paz, lo que realmente se ha estado fraguando es un proceso de negociación o acercamiento con un actor armado, del cual no es posible concluir que se está avanzando hacia la paz, como lo demuestra el rearme de los grupos paramilitares, la desmovilización apenas formal de algunos bloques y frentes¹, la continuidad de las atrocidades por parte de estos,² la permanencia del control económico, político y militar de este actor y, en general, su presencia e

¹“La presencia y actuación de diversos grupos ilegales en diferentes regiones del país continúa constituyendo uno de los principales riesgos para la consolidación del Proceso de Paz. Algunos de estos grupos estarían siendo liderados por comandantes de las autodefensas que no se acogieron al llamamiento del gobierno para participar en el proceso, mientras que otros reflejan la alianza entre antiguos paramilitares y narcotraficantes. En el mismo orden, se registra la participación de mandos medios de las autodefensas dirigiendo nuevas estructuras armadas ilegales. Las operaciones de estos grupos continúan afectando gravemente a la población civil, principalmente a los grupos vulnerables como mujeres, niños, afrodescendientes e indígenas”. Noveno informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), p. 1.

²Ibíd., p. 5.

incidencia en prácticamente todos los escenarios institucionales locales, regionales y nacionales. La única aproximación mínima y remota a lo que podría ser una transición es la “negociación” entre el gobierno y un actor armado cuyos vínculos han dejado de ser un secreto a voces entreverado en el texto de varios procesos en curso, decisiones judiciales y fallos de organismos internacionales,³ para revelarse como un diálogo o proceso de negociación caracterizado por una excesiva indulgencia y generosidad con los paramilitares, que correlativamente ha recaído en detrimento de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral.

El debate se formula en los siguientes términos: verdad sin justicia-justicia sin verdad, cuáles deberían ser o cuáles son efectivamente los límites de la justicia transicional respecto a la impunidad por un lado, y el derecho a la reparación integral a las víctimas, por el otro.

De acuerdo con lo anterior, el referente para medir el margen de impunidad⁴ que resulta como consecuencia de contraponer los beneficios previstos para los perpetradores frente a los derechos de las víctimas, con la supuesta finalidad de avanzar hacia la búsqueda de la paz, no se limita a la Ley 975 de 2005, sino que encuentra precedentes y continuidades en la legislación nacional, que nos permiten concluir que la fórmula consistente en la adopción de una versión limitada y reducida de los derechos de las víctimas –pero prolífica en cuanto a los beneficios garantizados a los paramilitares desmovilizados– aplicada actualmente en Colombia, no se agota en la mal llamada ley de justicia y paz, sino que remonta a instrumentos normativos anteriores⁵ y actuales⁶ así como a políticas públicas articuladas con este propósito. Basta mencionar a este respecto la política pública en materia de desplazamiento forzado y la

³ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenas al Estado colombiano por la masacre de Mapiripán, Ituango, Pueblo Bello, 19 comerciantes, en todos estos casos se ha establecido la responsabilidad del Estado, así como los vínculos de la fuerza pública con el paramilitarismo.

⁴ A propósito de este tema se hace necesario retomar el análisis de la justificación de lo que se ha denominado el margen de impunidad como componente inherente a las experiencias de procesos de paz, lo cual remite a la ambigua tarea de limitación de las obligaciones estatales frente a los derechos de las víctimas, y la consecuente afectación o detrimento de los mismos al adoptarse figuras como la alternatividad penal y la concesión de beneficios jurídicos que se proponen en el marco de flexibilización de la justicia en aras de la consecución de la paz. La aplicación del marco legal colombiano en el contexto de conflicto armado posibilita la adopción por parte del Estado de medidas que suspendan o sobrepasen el derecho, con el fin de garantizar la paz y el orden público. En esta medida, el margen de impunidad inherente al proceso de negociación se explica como parte de una serie de medidas excepcionales, legitimadas por el derecho, que hacen posible el desarrollo de procesos de desmovilización previos a la aplicación de un marco normativo para los desmovilizados que hayan cometido delitos no amnistiables ni indultables (Chaparro, 2005).

⁵ Ley 418 de 197; Ley 782 de 2002, Decreto 128 de 2003, Decreto 3360 de 2003, Decreto 2767 de 2004 y Ley 1106 de 2006; normas referidas a la desmovilización y al proceso de reincorporación de los miembros de los grupos paramilitares

⁶ Los decretos 4760 de 2005, 2898 de 2006, 3391 de 2006, 4417 de 2007, 315 de 2007 y 423 de 2007, todos ellos reglamentarios de la Ley 975 de 2005.

política pública de desarrollo rural; la primera de estas ha sido valorada por la Corte Constitucional en la sentencia T-025, así como en los informes de seguimiento posteriores a la declaratoria de estado de cosas inconstitucional frente al desplazamiento forzado, como precaria frente a la difusión y garantía de los derechos de las víctimas del desplazamiento forzado a la verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición. Es notoria, además, la ausencia de un enfoque diferencial, la insuficiencia en la atención a los derechos económicos, sociales y culturales, y la inexistencia de garantías encaminadas a la realización de los derechos patrimoniales de la población desplazada. Respecto a la política de desarrollo rural, además de coincidir con la política pública en materia de desplazamiento forzado en el desconocimiento del derecho de las víctimas a la reparación integral y, por tanto, al restablecimiento y a la restitución de sus derechos, continúa invisibilizando el derecho a la tierra y al territorio de la población desplazada en Colombia, privilegiando una concepción civilista de propiedad, y consolidando el modelo de concentración de la tierra a través de la legalización del despojo.

La Ley 975 de 2005 se suma a las políticas y la legislación brevemente mencionadas a través del forzado intento de acompañar una versión limitada y reducida de los derechos de las víctimas mediante el reconocimiento formal de los mismos, seguido de una insuficiencia en materia de garantías y mecanismos hacia la efectividad y concreción de estos derechos; lo anterior contrasta con el excesivo conjunto de beneficios otorgados a los victimarios y evidencia, en suma, la amplitud del margen de impunidad que venía construyéndose a través de la formulación y aplicación de políticas e instrumentos normativos coincidentes con la Ley 975 de 2005 a fin de favorecer un proceso de desmovilización meramente formal y simulado, como fase previa a la aplicación de un conjunto de mecanismos dispuestos con el propósito de evadir la investigación, el juzgamiento y sanción frente a los miembros del paramilitarismo responsables de conductas delictivas consideradas como tales en la legislación nacional e internacional.

La falta de voluntad del Estado colombiano en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, reflejada en el incumplimiento de las obligaciones nacionales en materia de protección de los derechos de las víctimas de crímenes atroces, concretamente en la consolidación de la impunidad entendida como *la ausencia de investigación, juzgamiento y sanción* (Naciones Unidas, 1998), o como el desarrollo de juicios simulados en los que se aplica una justicia negociada, puede verificarse a través de la ausencia de mecanismos para hacer efectivos los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

El contraste entre lo dispuesto en los estándares internacionales en materia del derecho de las víctimas a la reparación integral, y el balance

de la aplicación de estos frente a las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia, se ilustra en el cuadro 1, en el cual se identifica, respecto a los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, su respectiva caracterización, dimensiones, deberes y mecanismos. Al final de cada uno de los derechos enunciados, se puntualizan algunos aspectos que permiten confrontar su contenido con la inexistencia de mecanismos encaminados a la garantía y realización de los mismos.

Cuadro 1. Estándares internacionales en materia del derecho a la reparación integral⁷

Derecho a la verdad	
Caracterización	<ul style="list-style-type: none"> - Es un derecho inalienable e imprescriptible. - Se relaciona con el derecho a la justicia en cuanto al proceso de construcción de la verdad procesal. - No se encuentra circunscrito exclusivamente al ámbito jurídico, abarcando la verdad como proceso de memoria histórica, concepto más amplio e inclusivo.
Dimensiones	<ul style="list-style-type: none"> - Individual: comprende el derecho de toda víctima directa o de sus familiares de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como los motivos, los discursos y el contexto en que se desarrollaron las violaciones de los derechos; independientemente de las acciones judiciales que puedan entablarse por estos hechos. - Colectiva: el derecho de saber es también un derecho colectivo que tiene su origen en la historia de los pueblos y en la memoria colectiva, para evitar que en el futuro las violaciones se repitan.

⁷ Naciones Unidas. 1) Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, 1985; 2) Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 198; 3) 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. Consejo Económico y Social, 2005.

Deberes	<ul style="list-style-type: none"> - Supone el deber de los Estados de recordar y de preservar la memoria histórica. - Comprende además el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial y para hacer efectivo en el marco de los procesos judiciales el derecho a saber. - Las medidas apropiadas para asegurar este derecho pueden incluir también procesos no judiciales que complementen o sean alternativos a la función del poder judicial. - Los procesos no judiciales, encaminados al esclarecimiento de la verdad, deben establecerse de tal manera que garanticen su independencia, imparcialidad y competencia. - Preservación de los archivos
Mecanismos	<ul style="list-style-type: none"> - La adopción de medidas adecuadas para preservar los archivos con dos propósitos: i) el registro de la memoria histórica y ii) la preservación de pruebas relativas a las violaciones de los derechos de las víctimas. - La adopción de medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la vida privada y la intimidad de las víctimas y los testigos en el marco de los mecanismos judiciales y no judiciales de establecimiento de la verdad. - En caso de la adopción de comisiones de la verdad o comisiones de investigación, debe ser expresa y clara la delimitación del mandato, excluyendo expresamente que las comisiones tengan como finalidad reemplazar a la justicia. - Si no se adopta ninguna de las comisiones anteriormente mencionadas el Estado, o ante la falta de voluntad del mismo, las víctimas y organizaciones de víctimas pueden garantizar la preservación de los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos y la posibilidad de consultarlos. - La adopción de medidas técnicas y sanciones penales para impedir la sustracción, la destrucción, la alteración o la falsificación de los archivos. - Se deberá facilitar la consulta de los archivos en interés de las víctimas y de sus familiares para hacer valer sus derechos.

<p>Balance de la aplicación del derecho a la reparación integral frente a las víctimas del desplazamiento forzado</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Respecto al derecho a la verdad en cuanto al delito de desplazamiento forzado, tipificado en la legislación nacional desde el año 2000, considerado como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad, ha permanecido la falta de voluntad del Estado en cuanto a la adopción de medidas judiciales y no judiciales encaminadas a garantizar el derecho a saber –que tienen las víctimas, sus familiares y la sociedad en general– las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como las motivaciones o los discursos que han generado y han pretendido justificar el despojo o el abandono forzado de tierras de la población desplazada, los mecanismos empleados para este fin, así como la identificación de quienes se han beneficiado con el consiguiente proceso de acumulación de tierras. - Además forman parte del derecho a la verdad respecto a las víctimas del desplazamiento forzado: la magnitud misma del desplazamiento (información que las fuentes oficiales aún presentan con un amplio margen de subregistro), las causas, prácticas e intereses que han mantenido esta conducta de manera generalizada, sistemática y continua, ya sea prolongando en el tiempo la vulneración de los derechos de la población desplazada, o bien, bajo la modalidad de desplazamientos sucesivos de una misma persona, familia o comunidad, y finalmente, el reconocimiento del desplazamiento forzado como un delito. - Ante la reticencia del Estado a aceptar su responsabilidad por omisión, y la mayoría de las veces por acción y en complicidad o anuencia con los grupos paramilitares en el desplazamiento forzado de más de cuatro millones de colombianos, se realizó a iniciativa de la Coordinación Nacional de Desplazados (CND), entre el 21 y el 23 de noviembre del 2007, la audiencia central del Tribunal Internacional de Opinión: “El desplazamiento forzado un crimen de Estado.” Los testimonios de las víctimas que participaron en las audiencias regionales⁸ del tribunal, así como en la audiencia central, permitieron identificar al menos cuatro factores generadores de desplazamiento forzado en Colombia: a) el desplazamiento forzado como estrategia de control social y político; b) el desplazamiento forzado como estrategia de control territorial y económico; c) el desplazamiento
--	--

	<p>forzado como estrategia de control militar, y d) el desplazamiento forzado en el marco de la política pública de atención a la población desplazada. El veredicto llamó la atención al Estado colombiano, a las multinacionales, a los gobiernos de países desarrollados y a sus agentes para que cesen en las prácticas que violan gravemente los derechos humanos de la población, y para que respeten los principios y las normas del derecho internacional humanitario, de los derechos humanos y derecho de los refugiados. Además, exigió al gobierno de Colombia generar un proceso de verdad que revele los autores intelectuales y materiales para que la justicia los juzgue y los castigue buscando la reparación a las víctimas.</p> <ul style="list-style-type: none"> - La magnitud, identificación y características de las tierras despojadas, las causas del despojo o del abandono forzado de tierras, los mecanismos formales e informales de despojo, los cambios en el uso del suelo, los daños causados sobre tierras, territorios, viviendas, enseres, animales, cosechas y, en general, el patrimonio de la población desplazada, así como los daños al proyecto de vida individual o colectivo y las transacciones realizadas con la finalidad de legalizar el despojo, bajo la modalidad de ventas simuladas, testaferrato o ventas con vicios del consentimiento o lesión enorme, han sido aspectos constituyentes de la verdad en torno al desplazamiento forzado, relegados o convenientemente ocultados por el estado, pese a la importancia fundamental que representan para la identificación de los daños y para el desarrollo de acciones judiciales tendientes a la reparación de las víctimas del desplazamiento forzado, y también como parte del proceso de reconstrucción de la memoria histórica. - Ante la ausencia de mecanismos judiciales o extrajudiciales que investiguen, registren y difundan los aspectos anteriormente analizados, el Movimiento Nacional de Víctimas de crímenes de estado ha incluido dentro de sus ocho estrategias una denominada catastro alternativo, iniciativa que articulando una serie de herramientas técnicas, cartográficas, jurídicas y sociales se propone realizar un inventario de las tierras que han sido despojadas o abandonadas forzosamente por la población desplazada, identificando la ubicación de las mismas, sus características físicas, los diferentes tipos de daños ocasionados sobre el patrimonio (tierras, cultivos, animales, construcciones, aperos) de las personas, familias y comunidades desplazadas, los cambios en el uso del suelo, los mecanismos formales e informales de despojo, la legalización del despojo, la identificación de los beneficiarios
--	--

⁸ Audiencia Suroccidente, Chocó, Centro, Nororiente y Norte.

	<p>directos e indirectos del despojo o abandono forzado de tierras y de la correlativa acumulación e inequitativa distribución de las tierras; lo anterior con dos propósitos: a) establecer la prueba técnica para el proceso de construcción de acciones jurídicas encaminadas a la identificación y reclamación de los diferentes daños causados sobre las tierras y territorios, así como los daños ocasionados a los proyectos de vida de las comunidades campesinas y grupos étnicos a causa del desplazamiento forzado, y b) como herramienta fundamental para la construcción de la memoria histórica desde las mismas comunidades</p>
Derecho a la justicia	
Caracterización	<ul style="list-style-type: none"> - Implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos a través del acceso a un recurso o acción jurídica en la que se investiguen los hechos, se juzgue a los responsables, se establezcan los diferentes tipos de daños ocasionados, se sancione con penas adecuadas y proporcionales a los responsables, y se repare a las víctimas, respetando en todo caso las reglas del debido proceso.
Dimensiones	<ul style="list-style-type: none"> - Individual: se encuentra estrechamente relacionado con el derecho de las víctimas directas y sus familiares a saber o conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como los motivos, los discursos y el contexto en que se desarrollaron las violaciones de los derechos, de acuerdo con lo que se pueda establecer en el marco de los procesos judiciales como parte del proceso de reconstrucción y difusión de la verdad. - Colectiva: el esclarecimiento de los hechos a través de la investigación, juzgamiento y sanción de los autores de crímenes atroces, contribuyen a la lucha contra la impunidad, objetivo común de toda la sociedad, con la finalidad de evitar la repetición de las atrocidades.
Deberes	<ul style="list-style-type: none"> - Investigación: pronta, imparcial y exhaustiva; no debe ser una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. - Sanción a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos.

Deberes	<ul style="list-style-type: none"> - Deber de respetar en todos los procesos judiciales las reglas del debido proceso: legalidad de los delitos y las penas; derecho de defensa; publicidad del juicio; impugnación de las decisiones. - Deber de imponer penas adecuadas a los responsables. - Sanciones proporcionadas respecto a los delitos y a la gravedad de las conductas. - Implica la obligación de combatir los obstáculos en la aplicación de la justicia mediante la restricción o exclusión, según el caso, de medidas tales como las amnistías, los indultos, la prescripción y los tribunales militares. - Dar a conocer a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad en general, los recursos y mecanismos existentes para denunciar la violación de sus derechos. - Adoptar en cualquier proceso medidas encaminadas a la protección de víctimas y testigos.
Mecanismos	<ul style="list-style-type: none"> - La regla general es la competencia de los tribunales nacionales para conocer respecto a los delitos cometidos en su territorio. - El Estado deberá prever que todas las víctimas puedan ser parte civil en el marco de los procesos penales en los que se denuncien las violaciones de los derechos de las víctimas. - Aunque, en principio, la iniciativa de abrir investigación por las violaciones de los derechos de las víctimas corresponde al Estado, deberán adoptarse normas procesales complementarias para que las propias víctimas y sus familiares puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente. - Cuando los tribunales nacionales no están en condiciones de administrar justicia de forma imparcial, se plantea la difícil cuestión de la competencia de un tribunal internacional, el cual podrá tener el carácter de un tribunal ad hoc como los que se establecieron en Ruanda o ex Yugoslavia. Además, existe la posibilidad de acudir a la Corte Penal Internacional. - Los Estados deberán garantizar la participación en el proceso judicial a todas las víctimas, a sus familiares y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso.

<p>Medidas restrictivas</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Prohibición de prescripción respecto de los crímenes graves, que de acuerdo con el derecho internacional son considerados crímenes contra la humanidad. - Prohibición de asilo: los Estados no podrán permitir que se beneficien de esos estatutos protectores, incluido el asilo diplomático, las personas respecto de las cuales haya motivos fundados para creer que son autoras de delitos graves conforme al derecho internacional. - Prohibición de extradición: los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán, para evitar su extradición, ampararse en las disposiciones favorables que suelen aplicarse a los delitos políticos ni al principio de no extradición de los nacionales. - Prohibición de amnistía. - Prohibición de exoneración de la responsabilidad penal en razón de la obediencia debida. - Respecto a las llamadas leyes de arrepentimiento que se establecen usualmente en el marco de procesos de restablecimiento de la democracia o de transición hacia ella, con la finalidad de disminuir las penas, subsiste la prohibición de exonerar de totalmente a los autores de los crímenes. - Se prohíbe la competencia de los tribunales militares en caso de investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los derechos humanos.
<p>Balance de la aplicación del derecho a la reparación integral frente a las víctimas del desplazamiento forzado</p>	<ul style="list-style-type: none"> - En el marco de las versiones libres desarrolladas de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005, como parte del proceso de construcción de la verdad procesal, las escasas alusiones al desplazamiento forzado por parte de los versionados han surgido accidentalmente como episodios que han sido calificados por ellos mismos como un “efecto colateral” o como una “consecuencia no querida o no buscada del conflicto”; además, no se ha permitido participación a las víctimas del desplazamiento forzado en la construcción de la verdad procesal en el marco de estas audiencias. - Pese a ser los desplazamientos masivos un hecho notorio, son mínimas las investigaciones que la Fiscalía ha iniciado y concluido sobre este delito. - En aplicación de la Ley 975 de 2005 se ha evidenciado la ausencia de investigación respecto al delito de desplazamiento forzado, siendo lo anterior una constante respecto a la inacción en materia de investigación, juzgamiento y sanción de dicho delito, desde su tipificación en la legislación penal nacional.

	<p>Según datos publicados por ACNUR, en el periodo comprendido entre los años 2004 y 2006 fueron registradas 619.000 personas desplazadas y sólo se inició la investigación de 6500 casos, durante el mismo periodo llegaron a juzgados penales 32 procesos y sólo 13 casos fueron fallados, sancionando por ese delito a 15 personas⁹. Las razones que explican la diferencia entre una y otra cifra, de acuerdo al informe de ACNUR están relacionadas con la confidencialidad en el registro de población desplazada; la desconfianza en las autoridades judiciales; la omisión sistemática de la investigación oficiosa y del cumplimiento del deber de denuncia por parte de la autoridad; la precaria capacidad de individualizar responsabilidades por parte del órgano investigador, y la debilidad en la gestión judicial (UNHCR-ACNUR, 2007, p. 143).</p> <ul style="list-style-type: none"> - Otra constante en el marco de la aplicación de las normas que integran la llamada por el gobierno justicia transicional y la justicia ordinaria está relacionada con la ausencia de garantías para el acceso a un recurso judicial efectivo, así como la ausencia de garantías para la protección del derecho a la vida y a la integridad personal de los líderes de población desplazada que hacen denuncias públicas referentes a la crisis humanitaria y a la violación generalizada de derechos de la población desplazada¹⁰.
<p>Derecho a la reparación</p>	
<p>Caracterización</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El derecho de reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima. - Las formas no excluyentes de reparación individual o colectiva son: <ul style="list-style-type: none"> a) La restitución que consiste en restablecer la situación a su estado original y anterior a la violación del derecho. b) La rehabilitación se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica, así como garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines.

Fuente: UNHCR-ACNUR (2007, p. 142).

¹⁰ “Los desplazados son doblemente víctimas, no hay garantías para que puedan reclamar la verdad, la justicia, la reparación, ni mucho menos la no repetición. En Maicao fue asesinado Óscar Cuadrado Suárez, líder de la Asociación Departamental de Desplazados de La Guajira. En Cotorra, departamento de Córdoba fue asesinado Gustavo Espitia, y en Montería sicarios acabaron con la vida de Yolanda Izquierdo, una de las voceras de las víctimas de los paramilitares. En Turbaco, departamento de Bolívar, fue incendiado el Centro Comunitario de la Liga de Mujeres Desplazadas. En Bogotá, Cúcuta y Barranquilla, se registraron en el último año amenazas, intimidaciones y hostigamientos contra representantes de las organizaciones de población desplazada. La mayoría de estas acciones fueron atribuidas a grupos paramilitares que siguen actuando contra las víctimas del desplazamiento” (Codhes, 2007).

	<p>c) La indemnización se refiere a la “compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una violación [...] y que fuere evaluable económicamente”; y comprende tanto el lucro cesante como el daño emergente. Se concede en casos de daño físico o mental; de pérdida de oportunidades –incluyendo las relativas a la educación–; de daños materiales y pérdidas de ingresos –incluido el lucro cesante–; así como para los gastos de asistencia jurídica o de otros expertos, de medicinas o de servicios médicos.</p> <p>d) Las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición plantean el deber del Estado de “adoptar medidas adecuadas para que las víctimas no puedan volver a ser objeto de violaciones que vulneren su dignidad”.¹¹</p>
Dimensiones	<ul style="list-style-type: none"> - El derecho a la reparación comprende: medidas individuales de reparación y medidas colectivas encaminadas a restaurar e indemnizar los derechos de las colectividades o comunidades afectadas por las violaciones.
Deberes	<ul style="list-style-type: none"> - La reparación ha de ser suficiente, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad del crimen y del daño sufrido. - El Estado deberá esforzarse por resarcir a la víctima cuando el responsable de la conducta ilícita no haya podido o no haya querido cumplir sus obligaciones. - El Estado deberá repetir contra el culpable de un crimen cuya responsabilidad no le sea imputable cuando haya resarcido a la víctima del mismo. - El Estado debe garantizar la ejecución de las sentencias nacionales e internacionales que impongan reparación a personas o entidades privadas responsables de violaciones.
Mecanismos	<ul style="list-style-type: none"> - Es importante determinar los mecanismos concretos que permitan que efectivamente las víctimas puedan recibir la reparación a la cual tienen derecho. - Independientemente de la obligación de reparar por parte de los victimarios, el Estado debe respetar su obligación de reparar cuando sus funcionarios sean responsables por acción o por omisión en los hechos, o cuando el responsable de éstos no cumpla con su obligación de reparar. Con este propósito, los Estados deberían crear fondos nacionales para resarcir a las víctimas y buscar otras fuentes de financiación cuando fuera necesario para complementarlos.

¹¹ Las garantías de no repetición serán analizadas como un componente del derecho a la reparación integral junto con los derechos a la verdad, justicia y reparación, teniendo en cuenta el desarrollo normativo jurisprudencial alcanzado en materia de estándares internacionales.

	<ul style="list-style-type: none"> - La satisfacción ha de incluir,¹² cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: <ul style="list-style-type: none"> a) Medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas. b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones. c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad. d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella. e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades. f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones. g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas. h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles. - Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: <ul style="list-style-type: none"> a) El ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas
--	---

¹² La distinción entre medidas de satisfacción y garantías de no repetición que se adopta para efectos analíticos en el texto corresponde a la trabajada en el documento: *Principios y directrices básicos sobre los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Naciones Unidas, Consejo Económico y social, E/2005/30. Distr. General 10 de agosto de 2005.

	<p>internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;</p> <p>c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;</p> <p>d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;</p> <p>e) 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;</p> <p>f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, incluso el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, la salud, la psicología, los servicios sociales y las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;</p> <p>g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;</p> <p>h) 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.</p>
<p>Balance de la aplicación del derecho a la reparación integral frente a las víctimas del desplazamiento forzado</p>	<ul style="list-style-type: none"> - En cuanto al derecho a la reparación de las víctimas del desplazamiento forzado el principal obstáculo deriva de la ausencia de investigación, juzgamiento, sanción a los responsables, y consiguientemente de la adopción de medidas destinadas a reparar los daños causados a las víctimas. - Durante la aplicación de la Ley 975 de 2005 pueden identificarse además como obstáculos del derecho a la reparación, la dificultad en cuanto a la identificación de los autores o determinadores de este delito por parte de las víctimas, lo cual representa un obstáculo para la participación de las víctimas en el marco de este proceso, y consiguientemente de su derecho a la reparación. - Además, en el marco de la Ley 975 la población desplazada ha sido reconocida apenas parcialmente como parte del universo de víctimas de los paramilitares. Las distantes posibilidades de reparación individual que prevé la ley son insuficientes frente a la necesidad de

	<p>adopción de medidas de reparación que además de las particularidades propias de la reparación individual contemplen las especificidades de reparaciones colectivas de conformidad con un enfoque diferencial, étnico, campesino y de género. Lo anterior teniendo en cuenta que las mujeres representan más del 50% del total de la población desplazada, que las comunidades afrodescendientes conforman el 8% de la población total en Colombia y representan el 11% de la población internamente desplazada en el país, y que los pueblos indígenas conforman el 2% de la población total de Colombia y representan el 8% de la población en situación de desplazamiento forzado (Alto Comisionado, 2004, p. 114).</p> <ul style="list-style-type: none"> - La Ley 975, pese a reconocer formalmente las medidas de restitución como prioritarias para la garantía del derecho a la reparación integral, impone una serie de condicionamientos a la restitución de los bienes. De conformidad con el balance de la política pública para la atención integral del desplazamiento forzado publicado por ACNUR, se enumeran los siguientes condicionamientos: a) voluntad de los victimarios de entregar la totalidad de los bienes; b) capacidad de individualizar al titular de los derechos de propiedad o posesión del bien restituido. En especial, tratándose de mujeres y viudas, pues son ellas quienes están reclamando las reparaciones; c) garantías de seguridad y oportunidades efectivas para que los titulares de derechos sobre los bienes devueltos o no devueltos puedan reclamar su derecho; d) capacidad de perseguir y administrar los bienes en poder de victimarios y de terceros. Incluso de personas que cumplen la labor de testaferros de los desmovilizados, sobre los cuales se puede aplicar el principio de oportunidad (UNHCR/ACNUR, 2007, p. 151). - Otra de las dificultades para hacer efectivo el derecho a la reparación integral de la población desplazada y en general de las víctimas en el marco de la Ley 975 de 2005, es la política esbozada por CNRR, en cabeza de Eduardo Pizarro, quien ha priorizado las medidas de reparación simbólicas, bajo el argumento de no ser la reparación un cheque en blanco¹³ considerando además los escasos recursos disponibles en el Fondo Nacional de Reparación.
--	---

¹³ "Eduardo Pizarro León-Gómez plantea revolución a la ley de justicia y paz. La reparación no es un cheque en blanco". *El Espectador*, Bogotá, 12 de agosto del 2006.

Garantías de no repetición	
Caracterización	<ul style="list-style-type: none"> - Son un conjunto de medidas orientadas a evitar la violación de los derechos de las víctimas, a prevenir las repeticiones de estas violaciones y a asegurar el respeto por el Estado de derecho y la protección de los derechos humanos.
Dimensiones	<ul style="list-style-type: none"> - El propósito de este conjunto de garantías es asegurar a las víctimas en particular, y a la sociedad en general, que no serán afectadas con la comisión de nuevos crímenes.
Deberes	<ul style="list-style-type: none"> - El Estado tiene el deber de reparar a las víctimas. - Tiene el deber de garantizar el acceso a la administración de justicia para que se pueda acceder al derecho a la reparación por vía penal, administrativa, civil o disciplinaria.
Mecanismos	<ul style="list-style-type: none"> - Las garantías de no repetición se concretan en un conjunto de medidas encaminadas a: - Lograr la disolución de los grupos armados paraestatales. - Dejar sin efecto las normas del derecho interno cuya aplicación favorezca la perpetración de violaciones de los derechos humanos o de infracciones de la normativa humanitaria. - Fortalecer la independencia de jueces fiscales. - La verificación de los hechos y difusión pública y completa de la verdad judicial. - La disculpa y el reconocimiento público de los hechos. - La búsqueda de desaparecidos; inhumación e identificación de cadáveres.
Balance de la aplicación del derecho a la reparación integral frente a las víctimas del desplazamiento forzado¹⁴	<ul style="list-style-type: none"> - La desmovilización apenas formal de algunos bloques y frentes del paramilitarismo¹⁵, y el rearme de algunos de estos bajo la denominación de águilas o grupos de nueva generación, y la continuidad del desplazamiento forzado en zonas en las que supuestamente no opera ningún grupo paramilitar, permiten afirmar la inexistencia de garantías de no repetición en el marco del llamado proceso de negociación entre el gobierno y las autodefensas.

¹⁴ El balance de la aplicación de los estándares internacionales en materia del derecho a la reparación integral, específicamente respecto a las garantías de no repetición, será analizado con mayor detalle en el siguiente aparte, en este segmento se anticipan algunos enunciados que se desarrollarán más adelante.

¹⁵ Ver nota 1.

	<ul style="list-style-type: none"> - Pese al descenso en el registro de población desplazada característico de 2002-2006¹⁶, periodo en que se llevó a cabo el mencionado proceso de negociación, y durante el cual se volvió común el rechazo del SUR de quienes manifestaban ser desplazados del paramilitarismo,¹⁷ la persistencia del desplazamiento forzado continúa siendo registrada. - La cifra que aún no termina de reflejar la magnitud del desplazamiento forzado -4.000.000¹⁸ millones de desplazados, durante más de veinte años de conflicto social y armado- confirma que no es posible encontrar concordancia alguna entre la vigencia de las normas que integran la llamada justicia transicional y la continuidad del desplazamiento forzado en el marco del conflicto social y armado. - La persistencia del conjunto de violaciones de los derechos de la población desplazada caracterizadas como estado de cosas inconstitucional, es otro aspecto que permite afirmar la remota posibilidad del desarrollo de garantías de no repetición en el marco del conflicto social y armado en el que erróneamente se ha pretendido aplicar un modelo de justicia transicional.
--	---

¹⁶ Los sistemas de registro oficiales y no oficiales de población desplazada coinciden en la identificación de una tendencia al aumento de la población desplazada durante el periodo comprendido entre 1995 a 2001. En 1995, Codhes difundió la cifra de 89.000 personas desplazadas, y el SUR registraba 257; en el 2001 Codhes reportaba la cifra de 341.925 nuevos desplazados, y el SUR de 347.663. El periodo comprendido entre el 2002 y el 2006 se caracteriza por un descenso o disminución en la población desplazada registrada; según Codhes, en el 2002 se reportaba la cifra de 412.553 personas desplazadas y en el 2006 la cifra se redujo a 219.886. Según el SUR, durante el año 2002 se registraron 414.814 nuevos desplazados y durante el 2006 la cifra disminuyó a 201.623 (Codhes, 2007).

¹⁷ La distancia entre las cifras reportadas por el RUPD y las cifras que indican las organizaciones no gubernamentales sobre personas desplazadas en el país obedece a diferentes motivos, según Codhes: "El gobierno no incluye en su sistema de información a la población que se desplaza debido a acciones de los grupos paramilitares (los que se rearmaron, los nuevos, los que nunca se desmovilizaron), tampoco registra a quienes huyen de zonas de fumigaciones de cultivos de uso ilícito y no reconoce a los obligados a migrar dentro de las ciudades" (Codhes, 2007). El subregistro del gobierno en su sistema de información de población desplazada ha sido analizado por ACNUR, a través del seguimiento adelantado a los desplazamientos individuales y masivos, concluyendo que éste genera serias limitaciones a la protección de los derechos de la población desplazada y al alcance de soluciones duraderas bajo el criterio de goce efectivo de derechos (ACNUR, 2007, p. 180).

¹⁸ De acuerdo con los datos de Codhes y estadísticas de la Pastoral Social y la Iglesia Católica, durante el periodo comprendido entre 1985 y 2006 se desplazaron cerca de 4.000.000 de personas. (Codhes, 2007). Estas cifras contrastan sustancialmente con 1.896.160 que registra el gobierno colombiano a través del Registro Único de Población Desplazada (RUPD) de Acción Social, entidad oficial encargada de coordinar la aplicación de la política pública para la asistencia y el apoyo a la población desplazada. Disponible en: http://www.accionsocial.gov.co/SUR/Registro_SUR_General.xls [Fecha de reporte: noviembre 8 de 2006].

Como se observa, los recuadros finales que registran (respecto a los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición) el balance de la aplicación del derecho a la reparación integral respecto a las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia, abordan apenas algunos aspectos que permiten evidenciar que, pese a encontrarse estos derechos consagrados nominalmente en la legislación interna, no cuentan con mecanismos para su garantía. En conclusión: bajo la aplicación del modelo de *justicia transicional a la colombiana* persisten el desplazamiento forzado, la violación de los derechos de las víctimas individual y colectivamente consideradas, y los daños ocasionados a éstas, generando la contradictoria coexistencia de la continuidad del delito de desplazamiento forzado en el marco de la pretendida pero ilusoria y lejana transición.

LA CONTINUIDAD DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO BAJO EL MODELO DE JUSTICIA TRANSICIONAL A LA COLOMBIANA

El término justicia transicional reapareció en el debate nacional como parte del abanico de posibilidades encaminadas hacia la construcción y búsqueda de la paz, salidas negociadas al conflicto armado y fórmulas de reconciliación nacional; voces concordantes provenientes de la Presidencia de la República, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz y la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación han reiterado en diferentes ocasiones que en la configuración y desarrollo de los procesos de paz es conveniente acudir a fórmulas de justicia transicional como referentes en la construcción de un modelo colombiano¹⁹ de reparación y reconciliación.

Una de las críticas formuladas frente al diseño y aplicación de la Ley 975 de 2005 como parte integrante del marco normativo previsto para la desmovilización apenas formal del paramilitarismo, afirma que en Colombia no se verifican las condiciones para el desarrollo de un modelo de justicia de transición ni de un proceso de tránsito de la dictadura a la democracia o de la guerra a la paz. Pese a la ausencia de presupuestos que permitieran justificar la existencia de un proceso de transición, el gobierno adoptó un modelo de justicia transicional para respaldar y posibilitar la expedición de un marco normativo que

¹⁹ Ver Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. "Elementos para la construcción de una hoja de ruta". Disponible en: http://www.indepaz.org.co/xsys/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=599.

Discurso del alto comisionado para la paz, Luis Carlos Restrepo, durante la ceremonia de desmovilización y entrega de armas de la segunda fase de integrantes del bloque Elmer Cárdenas de las autodefensas campesinas. Corregimiento El Cuarenta, municipio de Turbo, Antioquia, abril 30 de 2006. Disponible en: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/noticias/2006/abril/abril_30_06b.htm+justicia+transicional

permitiera la aplicación de un conjunto de beneficios jurídico penales a los paramilitares que cumplieran con los requisitos de elegibilidad²⁰ previstos en la ley.

La adopción de un marco normativo previsto para la desmovilización del paramilitarismo bajo la existencia de un proceso de negociación entre este actor y el gobierno, y el diseño del mismo bajo el modelo de una justicia de transición posibilitaron que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación fungieran como parte del núcleo negociable, sacrificando en parte el ejercicio de estos derechos y sus garantías correspondientes con la finalidad manifiesta por el gobierno de poder concretar esfuerzos hacia la búsqueda de la paz.

²⁰ Ley 975 de 2005, Artículo 10. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el gobierno nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones:

10.1 Que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento de acuerdo con el Gobierno Nacional.

10.2 Aparte subrayado condicionalmente exequible. Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.

10.3 Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.

10.4 Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita.

10.5 Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

10.6 Numeral condicionalmente exequible. Que se liberen las personas secuestradas que se hallen en su poder.

Parágrafo. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que se encuentren privados de la libertad, podrán acceder a los beneficios contenidos en la presente ley y a los establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que en las providencias judiciales correspondientes se determine su pertenencia al respectivo grupo.

Artículo 11. Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

11.1 Que entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía.

11.2 Que haya suscrito un acta de compromiso con el gobierno nacional.

11.3 Que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el gobierno nacional para tal efecto.

11.4 Que cese toda actividad ilícita.

11.5 Aparte tachado inexecutable. Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima.

11.6 Que su actividad no haya tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito. Solamente podrán acceder a los beneficios previstos en esta ley, las personas cuyos nombres e identidades presente el gobierno nacional ante la Fiscalía General de la Nación.

Este ejercicio de ponderación entre los derechos de las víctimas y la paz, que de acuerdo con las experiencias comparadas y con la doctrina desarrollada en las últimas décadas se ubica en contexto de transición de la dictadura a la democracia o de la guerra a la paz, se tradujo en la expedición de la Ley 975 de 2005, sin verificarse la correspondencia de este tipo de justicia con las condiciones que permitieran afirmar la inminencia o el asomo de una transición en Colombia, dada la continuidad del desplazamiento forzado así como la constante registrada en la impunidad frente a este delito, bajo la legislación penal ordinaria y recientemente en vigencia de la denominada *justicia de transición*, siendo adecuado el empleo del término *justicia transicional sin transición* (Uprimny et ál., 2006), para describir el incoherente y desafortunado ejercicio de adopción de un modelo de *justicia transicional* criollo sin verificarse las condiciones de una transición.

Bajo el supuesto –distante de un análisis de contexto– de la superación de un conflicto armado en Colombia, en el que el desplazamiento forzado se desarrolló de manera sistemática y masiva como un delito en sí mismo, y a la vez como estrategia de guerra y como consecuencia premeditada y consentida en la lucha por el control del territorio y por el mantenimiento de intereses estratégicos, el conjunto de alternativas a ser adoptadas para el enjuiciamiento de los responsables de crímenes atroces como este debería prestar especial importancia a las víctimas del desplazamiento forzado y a la reparación integral de sus derechos, entre los que se encuentran la restitución y las garantías de no repetición. La necesidad de mecanismos encaminados a hacer efectivos estos derechos ha sido destacada en el análisis de experiencias comparadas²¹ posconflicto, reconociendo que la posibilidad de éxito del derecho a la restitución es mayor si se incluyen las correspondientes garantías como parte de la agenda de los acuerdos de paz en vez de quedar relegadas a un segundo plano, como cuestiones secundarias para ser abordadas durante el posconflicto.

En Colombia, la persistencia del desplazamiento forzado durante el proceso de negociación entre el gobierno y el paramilitarismo, y la prolongación registrada en el tiempo respecto a los efectos de este delito sobre las víctimas individual y colectivamente consideradas y sobre la sociedad en general, revelan la imposibilidad de afirmar el desarrollo de garantías de no repetición durante la aplicación de la mal llamada justicia transicional y, por tanto, la realización del derecho a la reparación integral de conformidad con los estándares internacionales.

²¹ Para un análisis más detallado sobre la inclusión del derecho a la restitución en el marco de procesos de paz en Kosovo, Bosnia y Herzegovina, Guatemala, entre otros, ver Scott (2004).

En efecto, la persistencia del desplazamiento forzado continúa, pese al descenso en el registro de población desplazada característico de 2002-2006, según cifras oficiales²² periodo en que se llevó a cabo el mencionado proceso de negociación, y durante el cual se volvió común el rechazo del SUR a quienes manifestaban ser desplazados del paramilitarismo²³ o se identificaban como provenientes de zonas en las que se estaban llevando a cabo programas de fumigación de cultivos de uso lícito. Respecto a la prolongación de los efectos del delito de desplazamiento forzado, la cifra aproximada de 4.000.000²⁴ millones de desplazados, durante más de veinte años de conflicto social y armado confirma que no es posible encontrar concordancia alguna entre la vigencia de las normas que integran la llamada *justicia transicional*, que supuestamente debieran tener cabida en los procesos de tránsito de la guerra a la paz o de la dictadura a la democracia, por un lado, y, por otro lado, la continuidad del desplazamiento forzado. Además de los aspectos anotados, la continuidad del desplazamiento forzado se refleja en la persistencia del conjunto de violaciones de los derechos de la población desplazada caracterizadas como “estado de cosas inconstitucional”²⁵ por la Corte al identificar múltiples falencias y enormes vacíos para la efectiva realización de los derechos de la población desplazada, destacándose de manera especial la invisibilización, en el marco de la política pública, del desplazamiento forzado como un delito, y desconociéndose consiguientemente el reconocimiento de la población desplazada como víctima de un tipo penal consagrado en la legislación nacional, de un crimen de guerra y de un delito de lesa humanidad.

Precisamente otro elemento que confirma la permanencia del desplazamiento forzado bajo el modelo de justicia transicional adoptado en Colombia es la continuidad del despojo o abandono forzado de tierras de la población desplazada y correlativamente la acumulación de tierras y su inequitativa distribución²⁶ que consolidan en el tiempo los daños patrimoniales y aquellos generados sobre los proyectos de vida de la población desplazada.

La persistencia en la vulneración de los derechos de la población desplazada, la invisibilización del desplazamiento forzado como un delito, la ausencia de garantías para hacer efectivo el derecho a la reparación integral, la inexistencia de garantías de no repetición, la continuidad

²² Ver nota 16.

²³ Ver nota 17.

²⁴ Ver nota 18.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004.

²⁶ Entidades como el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) y el Sindicato de Trabajadores del Incoder (Sintradin) estiman el número de hectáreas despojadas entre 5 y 6,8 millones, revelando que el 48% de las tierras aptas para el cultivo en el país han sido expropiadas a los desplazados durante los últimos veinte años.

del despojo o abandono forzado de tierras de la población desplazada y, correlativamente, la acumulación de tierras y a la inequitativa distribución de la tierra, la ausencia de mecanismos para hacer efectivo el derecho a la restitución de tierras, desvirtúan la existencia de una transición que el discurso oficial se empeña en avizorar paralelamente a la adopción de un modelo de justicia transicional, evadiendo el tema del desplazamiento forzado, las víctimas, y su derecho a verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, en el marco de las negociaciones con el paramilitarismo, amparadas de manera formal y declarativa en los estándares internacionales en materia de reparación integral, y en todo caso carentes de mecanismos y garantías para la realización de estos derechos, siendo esta otra manifestación inaugural de la impunidad.

EL MARGEN DE IMPUNIDAD FRENTE AL DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA

Los estándares internacionales en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, desarrollados a través de principios, tratados, doctrina y jurisprudencia de carácter internacional, constituyen un conjunto de obligaciones –integradas a la legislación nacional en virtud del bloque de constitucionalidad– que deben ser atendidas por los Estados y cuya observancia se impone incluso en el marco de las negociaciones o procesos de paz, teniendo en cuenta los compromisos adquiridos mediante la firma y posterior ratificación de tratados internacionales de derechos humanos.

Si bien la doctrina internacional sobre los derechos de las víctimas, en particular sobre la justicia y la ponderación del mismo como fin y como derecho frente al fin primordial de la paz, ha admitido y desarrollado la existencia de un *margen de impunidad*, es decir, de un punto medio en el que se equilibren estos objetivos en el marco de determinado proceso de paz, de tal forma que se reduzcan las tensiones entre la justicia y la paz, bajo la siguiente máxima: que la justicia no obstaculice el logro de la paz y que la paz no impida alcanzar la justicia, es claro que este margen de impunidad encuentra límites en el marco del derecho internacional, particularmente en el desarrollo de la noción de impunidad²⁷ y de la responsabilidad de los Estados derivada de acciones u omisiones en tal sentido, siendo también para tales efectos los estándares internacionales en materia de verdad, justicia y reparación los referentes de interpretación de las normas nacionales e internacionales pertinentes.

²⁷ Naciones Unidas: (1) Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, 1985; (2) Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 198; (3) 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, 2000.

De acuerdo con el trabajo recogido en el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, o principios Joinet, se entiende por impunidad “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”.²⁸ Esta noción recoge los conceptos de impunidad de derecho o normativa, por un lado, y de impunidad fáctica o de hecho, por otro lado; entendiéndose por impunidad de derecho o normativa, de conformidad con la doctrina internacional,²⁹ la existencia de una disposición integrante de la legislación interna que exime de pena a los autores de los crímenes atroces. La impunidad fáctica se presenta cuando existen leyes internas para sancionar a los autores de estas violaciones, que posibilitan que estos se liberen de la sanción adecuada, debido a factores como: fallas en el funcionamiento del poder judicial, amenazas, o la comisión de nuevos hechos de violencia, entre otros.

La noción planteada distingue además entre responsabilidad de tipo penal, civil, administrativa y disciplinaria, estableciendo diferenciaciones entre el tipo de normas vulneradas, los responsables, los daños causados y las consecuencias en cada área del derecho. Finalmente, hace referencia a las etapas que deben desarrollarse en el marco de los respectivos procesos, partiendo de la investigación, juzgamiento, sanción y reparación por los daños causados.

La aplicación de los estándares internacionales en materia del derecho a la reparación integral permanecen vigentes aún en contextos de negociación en medio del conflicto armado, generando la obligación por parte de los Estados de combatir la impunidad; el consenso de la comunidad internacional en este tema se dirige hacia el cumplimiento de las obligaciones de la normatividad internacional en materia de derechos humanos. La versión oficial de la solución negociada al conflicto armado destaca el contraste entre el conjunto de beneficios ofrecidos a los paramilitares desmovilizados en virtud de la aplicación de la Ley 975 de 2005 frente al deber del Estado de garantizar los derechos de las

²⁸ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Naciones Unidas, Distr. General. E/CN.4/2005/102/Add.1. 8 de febrero de 2005. Capítulo de Definiciones.

²⁹ Sobre el desarrollo de los conceptos de impunidad normativa y fáctica, ver Ambos (197, pp. 30-31).

víctimas mediante la aplicación de los principios y normas en materia de verdad, justicia y reparación, adoptando la creación de instrumentos y fórmulas encaminados a evitar la impunidad.

Una de las principales dificultades que se presenta en la configuración del marco jurídico para adelantar procesos de desmovilización, reincorporación a la vida civil e investigación y juzgamiento de actores armados como el paramilitarismo es el desarrollo de este proceso la facultad o potestad exclusiva del gobierno y su interlocutor, lo cual se traduce en la participación marginal o formalmente consultiva de las víctimas de violaciones de derechos humanos tanto en las estrategias judiciales como no judiciales de reconstrucción de la verdad.

El punto de partida de esta dificultad radica en la manera de abordar y judicializar las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos –como el desplazamiento forzado– bajo el marco de un régimen constitucional, en este sentido las posibilidades jurídicas que se presenten tenderán a inclinar la balanza hacia la justicia o hacia la paz, siendo especialmente problemático el establecimiento de un punto medio: *que la justicia no impida alcanzar la paz y que la paz no implique renunciar a la justicia* (Gallón, 1999, p. 53).

A propósito de este tema se hace necesario retomar el análisis de la justificación de lo que se ha denominado *el margen de impunidad* como componente inherente a las experiencias de procesos de paz, lo cual remite a la ambigua tarea de limitación de las obligaciones estatales frente a los derechos de las víctimas, y la consecuente afectación o detrimento de los mismos al adoptarse figuras como la alternatividad penal y la concesión de beneficios jurídicos que se proponen en el marco de flexibilización de la justicia en aras de la consecución de la paz.

En el escenario nacional se han formulado diferentes alternativas y propuestas para la definición de un marco jurídico que regule las negociaciones del gobierno con los grupos paramilitares, en el marco de un proceso de paz como medio para la realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Las diferentes propuestas de configuración del marco normativo para regular los procesos de desmovilización, investigación y juzgamiento de los miembros del paramilitarismo, así como la firma de procesos de paz, han dejado al descubierto la dificultad de articular y armonizar las demandas de justicia y paz en el contexto colombiano.

Las propuestas encaminadas a la configuración del marco normativo por aplicarse se centran en los intereses de los actores que al menos formalmente hacen parte de la negociación; al iniciarse este proceso, el gobierno y el paramilitarismo acuerdan una serie de temas

definidos como prioritarios y excluyen de entrada otros –que podrían ser obstáculos para la decisión de desmovilización y posteriormente de juzgamiento de los miembros de estos grupos–, que serán traducidos o eliminados, según el caso, de las disposiciones normativas aplicables a estos últimos. La confesión de los delitos no amnistiables ni indultables, la aplicación de penas reducidas en comparación con las previstas en la justicia penal ordinaria, la entrega de bienes para efectos de reparar a las víctimas y la asimilación del paramilitarismo al delito político, son algunos de los temas cuyo contenido se integró como parte de los beneficios consagrados en la Ley 975 de 2005, sin tener en cuenta sus implicaciones para el ejercicio de los derechos de las víctimas a la reparación integral.

El cuadro 2, que se presenta a continuación, ilustra apenas algunos aspectos de la versión limitada y restringida de los derechos de las víctimas frente a algunos de los beneficios ofrecidos a los paramilitares en la ley 975 de 2005, confrontando esta versión con los estándares internacionales en materia de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Es importante mencionar que respecto a las víctimas del desplazamiento forzado la Ley 975 de 2005 no hizo ninguna alusión particular, ni contempló los enfoques diferenciales correspondientes a los grupos étnicos, campesinos, jóvenes, mujeres, niños y niñas.

Cuadro 2. Beneficios ofrecidos a los paramilitares en el marco de Ley 975 de 2005 frente a la consagración del derecho a la reparación integral de las víctimas en los estándares internacionales

El contraste entre los beneficios incluidos en la Ley 975 de 2005, aplicables a los paramilitares, y la consagración formal de algunos componentes del derecho a la reparación integral de las víctimas, revela que el marco jurídico previsto para regular los procesos de desmovilización y juzgamiento de los actores armados en Colombia fue

ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DEL DERECHO A LA REPARACIÓN	Derechos De las Víctimas	Derecho a conocer las circunstancias de tiempo, modo, lugar, móviles y mecanismos empleados en las violaciones de los derechos cometidas.	Penas adecuadas y proporcionales a la gravedad de los delitos y a los daños ocasionados a las víctimas.	Prohibición de asilo y prohibición de extradición frente a los autores de crímenes atroces	Reparación integral a las víctimas
---	--------------------------	---	---	--	------------------------------------

LEY 975 DE 2005 ³⁰	Beneficios a los desmovilizados	Confesión parcial de los delitos (arts. 17, 18 y 25).	Pena alternativa ³¹ (art. 29). Acumulación del tiempo de permanencia en zonas de concentración, como parte de la pena alternativa (art. 31).	Asimilación del paramilitarismo al delito político (art. 71).	Entrega de bienes ilícitos para la reparación (art. 44).
-------------------------------	---------------------------------	---	--	---	--

diseñado atendiendo a las pretensiones e intereses de las Autodefensas como interlocutoras del denominado por el gobierno *proceso de negociación*; fue un marco jurídico construido y readaptado sobre la marcha misma de las desmovilizaciones, en otras palabras: parte del contenido de las negociaciones entre el gobierno y las autodefensas fue precisamente el marco jurídico encaminado a regular el propio proceso de negociación, desmovilización y aplicación de fórmulas de alternatividad o de beneficios penales.

El cuadro 3 representa algunos de los temas privilegiados en la negociación entre el gobierno y el paramilitarismo, destacando los parámetros constitucionales a los cuales fue sometida la negociación, a través de la aplicación del método de ponderación empleado en los casos en que no es posible materializar de forma simultánea distintos derechos, en virtud del cual la Corte Constitucional buscó equilibrar dos derechos constitucionales (paz y justicia) en coalición.

La valoración hecha por la Corte Constitucional, en la sentencia C-370 de 2006, respecto al conjunto de beneficios otorgados a los paramilitares desmovilizados por la Ley 975, reveló la imposibilidad del gobierno de mantener los compromisos asumidos con el paramilitarismo a través del diseño y la aplicación de una ley excesivamente benigna e

³⁰ Se hace referencia a la versión de la Ley 975 del 25 de julio de 2005; es decir, a las disposiciones integrantes de la Ley en su versión inicial, antes de la decisión de la Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006.

³¹ Consiste en privación de la libertad por un periodo mínimo de cinco años y no superior a ocho años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos.

Cuadro 3. Límites constitucionales a la negociación entre el gobierno y el paramilitarismo

SENTENCIA C-370 DE 2006 ³²	Derechos de las víctimas	Derecho a conocer las circunstancias de tiempo, modo, lugar, móviles y mecanismos empleados en las violaciones de los derechos cometidas.	El derecho de las víctimas a la sanción a los responsables mediante penas adecuadas y proporcionadas, en el marco de los procedimientos establecidos por la ley, fue considerado por la Corte como uno de los aspectos en los que debía cederse en aras del alcanzar la reconciliación y la paz nacional.	La Corte declaró inexecutable, por vicios de forma, ³³ el artículo 71 de la Ley 975, mediante el cual se buscaba la asimilación del paramilitarismo al delito político.	Entrega de bienes lícitos e ilícitos para efectos de reparar a las víctimas. Aunque se reconoce el derecho a la restitución, como parte integrante del derecho a la reparación, no se establecen mecanismos para la realización de este derecho.
	Beneficios a los desmovilizados	Se estableció que la confesión debía ser plena y fidedigna y que sólo tendría lugar en el marco del	Se mantuvo la pena alternativa establecida en la versión inicial de la Ley 975 de 2005, bajo el entendido de solo	No asimilación del paramilitarismo al delito político, a través del tipo penal de sedición.	No se especifica, ni se establecen mecanismos, respecto a los bienes que integran el Fondo de Reparación, para hacer

³² Declaró la inexecutable de algunos artículos, por vicios de forma, y de otros por considerar que tales disposiciones constituían una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas.

³³ Aunque la sentencia de la Corte Constitucional parecía haber dado fin al debate de la asimilación del paramilitarismo al delito político, al declarar la inexecutable del artículo 71 de la Ley 975 por vicios de forma, el fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, julio 11 de 2007, M. P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca, se refirió, a propósito del estudio del recurso de apelación frente a un caso concreto, a las razones de orden sustancial que respaldaban la imposibilidad de equiparar el concierto para delinquir con la sedición. Cada una de las razones que motivaron este forzado intento de asimilación, fueron desestimadas por la Corte Suprema de Justicia, en términos generales, por contrariar los valores, principios y deberes consagrados en la Constitución y elevados en el ámbito internacional a obligaciones del Estado.

		desarrollo de las versiones libres.	acceder a esta quienes cumplieran con los requisitos establecidos por la ley para tales efectos.		efectivo el derecho a la restitución.
			Se desestimó la posibilidad de sumar como parte de la pena el tiempo de permanencia en zonas de concentración.		

imposible de defender, en el orden jurídico nacional e internacional, sin resultar seriamente comprometida la responsabilidad del Estado frente a la investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes cometidos por el paramilitarismo.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El balance de la Corte Constitucional sobre el margen de impunidad establecido en la Ley 975 de 2005: afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas

La protección de los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, y la defensa y garantía de los mismos, fueron imperativos internacionales retomados por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006, a propósito del estudio de varias demandas de inconstitucionalidad dirigidas contra la Ley 975 de 2005 por parte de las víctimas, organizaciones de víctimas organizaciones sociales y organizaciones defensoras de derechos humanos, cuyos argumentos comunes fueron el desconocimiento y la vulneración del derecho de las víctimas a la reparación integral y la constitución misma de la ley en su conjunto como un instrumento encaminado a la legalización del paramilitarismo y a la consolidación de la impunidad.

Pese a que en la sentencia referida la Corte asumió el término de justicia transicional en la caracterización del proceso de negociación del gobierno con el paramilitarismo, abordando posteriormente el ejercicio de ponderación o resolución de la tensión entre los derechos

de las víctimas y la efectividad del derecho a la paz, la decisión se concretó en la declaratoria de inconstitucionalidad o constitucionalidad condicionada de varios artículos de la ley que se traducían en una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas, siendo este ejercicio de ponderación fundamental para la defensa y garantía de las víctimas al derecho a la reparación integral.

Durante el estudio de las demandas, el debate o la tensión entre derechos identificados por la Corte constitucionalidad, en la sentencia C370 de 2006, se formuló en los siguientes términos:

“Los procesos de paz, sea de diálogo o de desmovilización, incluyen formas de reincorporación a la vida civil, para lo cual las leyes 782 del 2002 y/o 975 de 2005, prevén instrumentos judiciales específicos tendientes a reconocer beneficios jurídicos relacionados con estas situaciones. Se trata de mecanismo excepcionales, propios de justicia de transición que reconocen una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación”.

La Corte profundizó en el análisis de este planteamiento identificando cuáles deberían ser o cuáles serían efectivamente los límites de los modelos extraídos de las experiencias comparadas en materia de justicia transicional, frente a los estándares internacionales en materia de justicia, verdad y reparación.

El texto de la sentencia recordó además que en otras experiencias históricas de paz en Colombia, en el marco de las denominadas soluciones negociadas al conflicto armado, el argumento de la reconciliación y la elección de un amplio margen de impunidad como gancho de las políticas de sometimiento a la justicia de los victimarios se vio favorecido a costa de la exigibilidad de los derechos de las víctimas en cuanto al acceso a la justicia, la verdad, la reparación y a las garantías de no repetición.

Varios apartes de la ley fueron declarados exequibles condicionadamente por constituir una afectación desproporcionada a los derechos de las víctimas,³⁴ generando una reacción airada por parte de los voceros paramilitares para quienes la sentencia significó un desmejoramiento de los beneficios que habían motivado la desmovilización y que habían quedado plasmados en el texto de la Ley 975 de 2005.

La inclinación de la balanza –advertida por la Corte Constitucional en la sentencia referida– hacia el generoso conjunto de beneficios aplicables a los paramilitares acogidos a la Ley 975 de 2005, en menoscabo de los derechos de las víctimas a la reparación integral, fue

³⁴ Corte Constitucional, Comunicado de prensa del 19 de mayo del 2006.

favorecida debido al desarrollo de un proceso de desmovilización apenas formal, seguido de la promulgación y aplicación de una justicia negociada en Colombia. Proceso que se tradujo en la pérdida de trascendencia del marco jurídico convirtiendo este marco en un elemento más de la negociación (Chaparro, 2005) en el que los victimarios –destinatarios de la norma– son los negociadores, y su permanencia en la mesa y la garantía de la continuidad del proceso hasta su judicialización blanda, en virtud de figuras como la alternatividad penal o el otorgamiento de beneficios jurídicos, dependerá de las concesiones que haga el gobierno y cuya continuidad garantice, en el diseño de un marco jurídico que se revela claramente como negociable a costa de los derechos de las víctimas y su invisibilización durante el proceso mismo de negociación.

Precisamente una de las concesiones, convenientemente otorgada por el gobierno respecto a las disposiciones no consagradas expresamente en la Ley 975 de 2005, y que continúa brillando por su ausencia, es la falta de investigación, juzgamiento, sanción a los responsables y reparación a las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia; en efecto, la población desplazada no ha contado con las garantías necesarias en el marco de los procesos judiciales adelantados. La primera verdad que se evade en la Ley 975 de 2005, y también en los procesos penales, administrativos y disciplinarios, es la responsabilidad del Estado o de sus agentes, por acción u omisión, por no haber podido garantizar la protección y permanencia de la población en su territorio, ni prevenir su desplazamiento. Por otro lado, el carácter masivo del desplazamiento forzado ha sido velado a través del manejo de las cifras oficiales que ocultan información tras el subregistro tras la no diferenciación de desplazamientos individuales o masivos, o tras la no identificación de desplazamientos sucesivos de una sola persona, de un grupo familiar o de una comunidad. En cuanto a la sistematicidad del desplazamiento forzado es claro que éste es considerado como un delito de carácter permanente, cuyos efectos persisten y se agudizan en el tiempo, generando la vulneración de los derechos civiles, políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales de grupos étnicos, comunidades campesinas, mujeres, niños y niñas.

En Colombia las demandas de verdad, justicia y reparación en el marco de la ley de justicia y paz, o en el marco del reconocimiento de los derechos de las víctimas desde los principios, tratados e instrumentos en materia de derechos humanos, coexisten con prácticas que revelan la continuación de violaciones sistemáticas, generalizadas y masivas de derechos humanos como el desplazamiento forzado. La pretensión de investigación y juzgamiento de violaciones de los derechos humanos, y en general de la justicia como un derecho de las víctimas se relega a un segundo plano cuando en el marco de una aproximación a los

denominados “procesos de paz ” es el gobierno quien define las leyes y el régimen aplicable a los responsables, siendo esta decisión de carácter político, y dejando un amplio margen de discrecionalidad, que pese a la adopción de los estándares internacionales en materia del derecho a la reparación integral, necesariamente confluirá en impunidad y olvido de los derechos de las víctimas, debido a su consagración meramente formal, y a la ausencia de garantías y mecanismos que garanticen su realización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, K. (1997). *Impunidad y derecho penal internacional*. Santafé de Bogotá: Fundación Konrad Adenauer y otros.
- CHAPARRO, A. (2005). “La función crítica del perdón sin soberanía en procesos de justicia transicional, en *Entre el perdón y el paredón*. Disponible en: http://www.idrc.ca/en/ev-84578-201-1-DO_TOPIC.html.
- Codhes (2006). “Tendencias del desplazamiento forzado en Colombia de 1985 a 2006”. Disponible en: http://www.accionsocial.gov.co/SUR/Registro_SUR_General.xls. Noviembre 8 de 2006.
- Codhes (2007). *Codhes Informa*. Boletín de prensa. Cartagena, Colombia, 1 de febrero.
- Codhes (2007). “2007 año de los derechos de las personas desplazadas”. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (2007). “Elementos para la construcción de una hoja de ruta”. Disponible en: http://www.indepaz.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=484&Itemid=58 Mayo 25 de 2007.
- GALLÓN, G. (1999). “Reflexiones sobre la lucha contra la impunidad en el tránsito hacia la paz en Colombia”. Seminario Internacional Verdad y Justicia en procesos de paz o transición a la democracia. Bogotá: Oacnudh, Comisión Colombiana de Juristas, Fundación Social, Programa por la Paz Compañía de Jesús.
- GONZÁLEZ, C. “El Paraestado. Con lápiz en mano se comenzaron a hacer las cuentas del Vice y según analistas el directorio de la parapolítica se acerca a los 100 congresistas que reconocieron los jefes paramilitares como su cuota de influencia”. Disponible en: http://www.indepaz.org.co/xsys/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=599.
- Naciones Unidas (1998). Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.
- SCOTT, L. (2004). “Nuevas tendencias en la restitución de vivienda y propiedad”. *El Otro Derecho. Derecho a la tierra, conceptos, experiencias y desafíos*, 31-32, ILSA.
- UNHCR-ACNUR (2007). *Balance de la política pública para la atención integral al desplazamiento forzado en Colombia, enero 2004-abril 2007*. Pro-Offset Editorial S. A.

UPRIMNY, R. et ál. (2006). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad. Dejusticia, Ediciones Ántropos.

Marco jurisprudencial de aplicación e interpretación de la ley 975 de 2005. Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional*

MARGARITA ZEA **



El presente documento busca aportar algunos elementos para el análisis del alcance y la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006.

Para ello, en primer lugar se analizarán de forma sucinta los pronunciamientos generales de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad de la Ley 975 de 2005. Luego, se indicarán cada uno de los aspectos que examinó la Corte en la sentencia C-370 de 2005, particularmente en lo relacionado con los derechos de las víctimas, frente a i) los cargos que fundamentaron las demandas de inconstitucionalidad que dieron origen a la referida sentencia; ii) el precedente que la Corporación ha sentado al respecto y, iii) los estándares internacionales que regulan la materia. Finalmente, se considerarán algunas conclusiones sobre el alcance de la sentencia y sus repercusiones para la aplicación de la denominada Ley de Justicia y Paz.

Palabras clave: Derechos de las víctimas, estándares internacionales, ley de justicia y paz, corte constitucional.



The jurisprudential framework of the application and interpretation of Law 975 of 2005: the sentence C-370/2006 pronounced by the Constitutional Court of Colombia

The objective of this article is to contribute – in accordance with the arguments expressed by the Constitutional Court in the sentence C-370/2006 – some elements and considerations to the analysis of the scope and protection of the victims' rights to truth, justice and reparation. Firstly, the text succinctly analyses

* Artículo publicado el 21 de noviembre de 2006. En: http://www.ilsa.org.co/escritura/?exec=articles&id_article=337.

** Abogada, investigadora del Programa de Derechos Humanos del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). 2006

Recibido: 4-08-07 - Aceptado: 20-09-07

the general pronouncements made by the court on the constitutionality of Law 975 of 2005. Secondly, it points out – with a particular focus on the victims’ rights – each of the aspects examined by the court in the sentence C-370/2006, regarding (i) the charges that gave reasons for the actions of unconstitutionality which, for their part, led to the aforementioned sentence; (ii) the precedent set by the Constitutional Court; and (iii) the international standards which regulate the subject in question. Thirdly, the article draws some conclusions on the scope of the sentence and its repercussion on the application of Law 975 of 2005, also called *Law of Justice and Peace*.

Key words: Victim’s rights, international standards, Law of justice and peace, constitutional court.

EXEQUIBILIDAD GENERAL DE LA LEY 975 DE 2005

En virtud de varias demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 975, la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-370 de 2006, declaró la exequibilidad general de la ley, la inconstitucional de algunos de sus apartados y artículos, y la exequibilidad condicionada de otros.

Resulta pertinente aclarar que en una decisión anterior a la sentencia C-370 de 2006, la Corte analizó la inexequibilidad de la Ley 975 de 2005 por vicios de procedimiento en su expedición; en esta oportunidad, por medio de la sentencia C-319 de 2006, la Corte examinó el cargo de inconstitucionalidad según el cual, dado que la ley regula, condiciona y delimita el ejercicio de los derechos fundamentales de las víctimas, debió ser tramitada por el Congreso de la República de acuerdo con el trámite que la Constitución Política establece para las leyes estatutarias. Frente al cargo propuesto, la Corte declaró la exequibilidad de la ley. Al respecto, explicó que no todas las regulaciones que afecten derechos fundamentales deben ser tramitadas como leyes estatutarias, pues este trámite sólo debe surtirse para las disposiciones que de alguna manera tocan el núcleo esencial de tales derechos o que reglamentan de forma completa e íntegra el derecho correspondiente, situación que en su criterio no sucede con la Ley 975 de 2005.

Uno de los aspectos más importantes de la sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional fue la decisión de declarar la constitucionalidad de restringir los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, cuando éstos entran en contradicción con el interés nacional de alcanzar la paz.¹ En este sentido, y con la finalidad

¹ En la sentencia C-370 de 2006, la Corte expresó que la paz constituye i) uno de los propósitos fundamentales del derecho internacional; ii) un fin fundamental del Estado colombiano; iii) un derecho colectivo en cabeza de la humanidad; iv) un derecho subjetivo de carácter individual; y, v) un deber de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender por su logro y su mantenimiento.

esencial de alcanzar la paz, la Corporación reconoció la exequibilidad general de la decisión del legislador de expedir un procedimiento penal especial que permita investigar, juzgar, sancionar y reparar graves violaciones de los derechos humanos, por fuera de las normas y los procedimientos ordinarios creados para ello; sin embargo, recordó que en todo caso, tal y como lo ha indicado su jurisprudencia, dichos marcos normativos especiales deben encontrarse en concordancia con los principios, valores y derechos fundamentales que protege la Constitución Política, así como con el contenido mínimo esencial de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación reconocidos por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos,² interpretados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ e incorporados a la Constitución colombiana a través de la figura del bloque de constitucionalidad.

De acuerdo con lo expresado por la Corte en la sentencia C-370 de 2006, la tensión entre, por un lado, la protección y efectividad de los derechos de las víctimas y, por otro, las concesiones y los beneficios jurídicos que otorga la Ley 975 de 2005, debe ser resuelta en primera instancia por el legislador, ello en virtud del principio de libertad de configuración legislativa. Sin embargo, dado que el otorgamiento de tales concesiones y beneficios colisiona con el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, es competencia de la Corte examinar la constitucionalidad de dicha restricción y resolver el conflicto entre el valor constitucional de la paz –como finalidad de los beneficios en comento–, y a la justicia –como derecho de las víctimas–.

Para resolver la colisión entre el principio constitucional de la paz y el derecho fundamental a la justicia, la Corte utilizó el principio de la ponderación o test de proporcionalidad. En criterio de la Corte, el empleo del test de proporcionalidad para determinar

En este sentido, la Corte resalta que Colombia se encuentra especialmente obligada al cumplimiento de los siguientes pactos, tratados y convenios internacionales: i) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; ii) Convención Americana de Derechos Humanos; iii) Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; iv) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; v) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; vi) Estatuto de Roma.

La Corte recordó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contiene la interpretación autorizada de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Así, reseñó apartes de los siguientes casos: *Godínez Cruz vs. Honduras*; *Barrios Altos vs. Perú*; *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*; *Hermanos Gómez Paquiyari vs. Perú*; *Mapiripán vs. Colombia*; *Comunidad Moiwana vs. Suriname*; *Bácama Velásquez vs. Guatemala*. Igualmente, la Corte reiteró que aunque los informes y las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no tienen efectos vinculantes o de obligatorio cumplimiento, son elementos indispensables para la interpretación de los convenios y tratados suscritos por Colombia, y deben ser tenidos en cuenta por el Estado colombiano para la protección y efectividad de los derechos humanos.

la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, se justifica en que ni el valor de la paz, ni el derecho a la justicia, tienen un carácter absoluto; sólo la consideración simultánea de los dos principios, bajo el contexto de una norma concreta, permitiría establecer de qué manera podrían ser armonizados e interpretados de forma tal, que ninguno de los dos fuera desproporcionadamente sacrificado.⁴ En este sentido, la Corte anotó que la exequibilidad de cada una de las disposiciones de la ley se derivaría de: i) la protección constitucional de los fines que propone la ley, esto es, la paz y la reconciliación nacionales; ii) la adecuación de los medios definidos por el legislador para alcanzar tales fines, es decir, el otorgamiento de beneficios jurídicos a los perpetradores de graves violaciones de los derechos humanos; y, iii) la afectación no excesiva que estos medios producen sobre los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, así como a otros principios, valores y derechos constitucionales.

La Corte advirtió que, analizados de forma general, tanto los fines que busca alcanzar la ley, como los medios utilizados por el legislador para el efecto, resultan plenamente constitucionales. No obstante, dada la complejidad de los principios, valores y derechos constitucionales en juego, el análisis de exequibilidad que para el caso concreto debía efectuar la Corporación, tendría lugar en las consecuencias desproporcionadas que dichos medios producirían en el ejercicio pleno de los derechos de las víctimas.

En este punto es necesario recordar que, dado que i) la Corte Constitucional es la instancia encargada de la guarda y supremacía de la Constitución;⁵ ii) que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán las disposiciones constitucionales;⁶ iii) y que en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia se encuentran incorporados a la Constitución, bajo ningún entendido la Ley 975 de 2005 puede ser aplicada o interpretada por fuera de los criterios

y las decisiones expresados por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006. Esto aún en el evento en que con posterioridad a la sentencia sean expedidas normas que la contraríen. Así pues, la ley en comento sólo puede ser aplicada o interpretada en concordancia con los principios, valores y derechos constitucionales, así como con la decisión expresa de la Corte Constitucional referida en la sentencia en cuestión, y con los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos humanos.

PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS Y DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el propósito de desarrollar la ponderación de principios y valores efectuada por la Corte en cada una de las disposiciones de la ley demandada, especialmente en lo tocante a los derechos fundamentales de las víctimas, el siguiente cuadro presenta un resumen de: i) los temas, apartados y artículos acusados de la Ley 975 de 2005; ii) el análisis de proporcionalidad de cada uno de ellos y la decisión de la Corte al respecto; iii) el precedente jurisprudencial que la Corporación ha sentado en la materia; y, iv) los estándares internacionales que definen el contenido del derecho correspondiente.

⁴ Sobre el particular, en la referida sentencia la Corte precisó: “5.5. El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable; así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado conflictos armados internos”.

⁵ Artículo 241 de la Constitución Política.

⁶ Artículo 4 de la Constitución Política.

I. DERECHO A LA VERDAD				
TEMAS, APARTADOS Y ARTÍCULOS DEMANDADOS DE LA LEY 975 DE 2005	CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD	PRECEDENTES Y DECISIONES ADOPTADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL	ESTÁNDARES INTERNACIONALES BOTERO Y RESTREPO (2006).	
<p>1. Deber de confesar todos los delitos cometidos</p> <p>Art. 17. Versión libre y confesión.</p> <p>Art. 25. Hechos conocidos con posterioridad a la sentencia o al indulto. Si a los miembros de grupos armados al margen de la ley que recibieron los beneficios de la Ley 782 de 2002, o que se beneficiaron con la pena alternativa de conformidad con la presente ley, con posterioridad se les llegare a imputar delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos y antes de su desmovilización, estas conductas serán investigadas y juzgadas por las autoridades competentes y las leyes</p>	<p>1. Deber de confesar todos los delitos cometidos</p> <p>La falta de obligatoriedad de confesar todos los delitos vulnera el derecho de las víctimas a la verdad y a la reparación porque: i) el desmovilizado que haya ocultado información no pierde el beneficio jurídico de la pena alternativa; ii) los delitos no confesados no serán reparados y por lo tanto sus responsables no serán sancionados.</p>	<p>1. Deber de confesar todos los delitos cometidos</p> <p>Los mecanismos diseñados por la ley no satisfacen el contenido mínimo del derecho a la verdad de las víctimas porque: i) el desmovilizado no pierde el beneficio de la alternativa penal por no hacer una confesión plena de los delitos cometidos con ocasión a su pertenencia al grupo armado; y, ii) si el Estado no logra demostrar que la omisión de confesar todos los delitos fue intencional, el desmovilizado tiene derecho a que se le aplique nuevamente la pena alternativa y, dado que la ley indica que en ningún caso la pena puede ser mayor a la</p>	<p>Es un derecho individual, en tanto derecho de las víctimas, y un derecho colectivo, en tanto derecho de la sociedad.</p> <p>En ambos casos, implica el derecho de saber las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, y las causas y los motivos de las violaciones de los derechos humanos.</p> <p>Involucra el deber de recordar, es decir, la reconstrucción del pasado como patrimonio de la sociedad afectada. El deber de recordar es considerado como una medida orientada a la no repetición y a la prevención de tales actos.</p>	
<p>vigentes al momento de la comisión de esas conductas, sin perjuicio del otorgamiento de la pena alternativa, en el evento que colabore eficazmente en el esclarecimiento o acepte, oralmente o por escrito, de manera libre, voluntaria, expresa y espontánea., debidamente informado por su defensor, haber participado en su realización y siempre que la omisión no haya sido intencional. En este evento, el condenado podrá ser beneficiario de la pena alternativa. Se procederá a la acumulación jurídica de las penas alternativas sin exceder los máximos establecidos en la presente ley.</p> <p>Teniendo en cuenta la gravedad de los nuevos hechos juzgados, la autoridad judicial impondrá una ampliación del veinte por ciento de la pena alternativa impuesta y una ampliación similar del tiempo de libertad a prueba.</p>	<p>allí contemplada, esta situación puede implicar la libertad inmediata del condenado, aún cuando se hayan descubierto nuevos delitos.</p> <p>Para que durante el periodo a prueba se revoquen los beneficios jurídicos como consecuencia de la ocultación de información, debe existir una sentencia judicial que así lo compruebe.</p> <p>En todo caso, se debe garantizar que la confesión que haga el desmovilizado sea plenamente consciente, libre y voluntaria, pues de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a la no autoincriminación.</p> <p>Conforme a lo anterior:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Exequibilidad condicionada del artículo 17, en el entendido de que la versión libre debe ser completa y veraz. - Inexequibilidad del aparte resaltado del artículo 25 y de la totalidad de su inciso segundo. 	<p>Información o la limitación de acceso a archivos y documentos debe ajustarse a la Constitución Política y a la jurisprudencia de ésta Corporación: i) la Constitución Política no admite cláusulas indeterminadas que permitan la reserva de documentos o archivos, todas las restricciones deben ser taxativas y encontrarse debidamente fundamentadas; ii) las restricciones deben ser razonables y proporcionadas, y deben estar relacionadas con la protección de un derecho fundamental o de un valor constitucionalmente protegido; iii) todas las restricciones deben tener un carácter temporal.</p> <p>Participación del actor popular en el proceso penal. T-249 de 2003. Es posible la participación del actor popular como parte civil en el proceso penal, para hacer efectivo el derecho colectivo a la verdad.</p>	<p>Implica "el deber del Estado de esclarecer los hechos relacionados con toda vulneración de los derechos humanos y de juzgar y castigar a los responsables de las mismas".</p> <p>Está ligado a la posibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo para que, en el marco de un proceso judicial, la verdad pueda ser develada.</p> <p>En el caso de las personas desaparecidas, significa la posibilidad de saber su paradero y, de ser posible, de conocer las causas de la muerte y la ubicación de las fosas comunes.</p> <p>Para su efectividad, se pueden constituir comisiones de la verdad que permitan la confrontación de las diferentes versiones sobre lo sucedido, la preparación de informes para la opinión pública, y el desmantelamiento de estructuras de macrocriminalidad.</p>	

<p>Art. 29 Pena alternativa. (...) Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período 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.</p>		<p>E x e q u i b i l i d a d condicionada del inciso 5 del artículo 29, en el entendido de que se revocará el beneficio de la alternatividad penal si durante el período a prueba se determina, a través de una sentencia judicial, que la versión libre no se llevó a cabo de forma completa y veraz, esto es, que no se confesaron todos los delitos cometidos con ocasión de la pertenencia del desmovilizado al grupo armado.</p>	
<p>2. Deber de confesar el paradero de las personas desaparecidas</p>	<p>2. Deber de confesar el paradero de las personas desaparecidas</p>	<p>2. Deber de confesar el paradero de las personas desaparecidas</p>	
<p>Art. 10. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado</p>	<p>El artículo 10 incurrió en una omisión legislativa relativa, pues no exige que los desmovilizados señalen el paradero de las personas desaparecidas.</p>	<p>La obligación de liberar a las personas secuestradas es similar al deber de revelar el destino de las personas desaparecidas. No se encuentra ajustado a la Constitución Política aplazar hasta la sentencia la entrega de información sobre las personas desaparecidas y secuestradas, razón por la cual la entrega de dicha</p>	

<p>organizado al margen de la ley (...) y reúnan, además, las siguientes condiciones: (...) 10.6 Que se liberen las personas secuestradas, que se hallen en su poder.</p>		<p>información, constituye un requisito de exigibilidad del grupo, bloque o frente desmovilizado para acceder al beneficio de la pena alternativa. Conforme a lo anterior, la Corte declara la exequibilidad condicionada del numeral 10.6 del artículo 10, en el entendido de que los desmovilizados que busquen acceder a los beneficios de la ley, también deben informar sobre el paradero de las personas desaparecidas.</p>	
<p>3. Obligación de realizar una difusión completa de la verdad</p>	<p>3. Obligación de realizar una difusión completa de la verdad</p>	<p>3. Obligación de realizar una difusión completa de la verdad</p>	
<p>Art. 48. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Las medidas</p>	<p>La interpretación del aparte resaltado según la cual puede existir limitación de la difusión de la verdad o del acceso a los archivos para evitar ocasionar cualquier tipo de daño a cualquier tipo persona, incluso a los desmovilizados, es inconstitucional.</p>	<p>Las normas demandadas deben ser interpretadas conforme a la Constitución Política y a la jurisprudencia de esta Corporación. En este sentido se puede precisar: i) la Constitución Política no admite cláusulas indeterminadas que permitan la reserva de documentos o archivos;</p>	

<p>de satisfacción y las garantías de no repetición, adoptadas por las distintas autoridades directamente comprometidas en el proceso de reconciliación nacional, deberán incluir:</p> <p>49.1 (sic) 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.</p> <p>Art. 58. Medidas para facilitar el acceso a los archivos. (...) En todo caso se deberán adoptar las medidas necesarias para resguardar el derecho a la intimidad de las víctimas de violencia sexual y de las niñas, niños y adolescentes víctimas de los grupos armados al margen de la ley, y para no provocar más daños innecesarios a la víctima, los testigos u otras personas, ni crear un peligro para su seguridad.</p>		<p>todas las restricciones deben ser taxativas y encontrarse debidamente fundamentadas: ii) las restricciones deben ser razonables y proporcionadas, y adicionalmente, deben estar relacionadas con la protección de un derecho fundamental o de un valor constitucionalmente protegido; y, iii) todas las restricciones deben tener un carácter temporal.</p> <p>Conforme a lo anterior, la Corte declara la exequibilidad del aparte resaltado, pues las normas demandadas no establecen una cláusula de reserva de información a favor de los procesados o sobre hechos relevantes para el esclarecimiento de la verdad histórica. La interpretación adecuada de la norma demandada es aquella que admite la reserva de información para proteger los derechos de las víctimas y de los testigos.</p>	
---	--	--	--

II. DERECHO A LA JUSTICIA			
TEMAS, APARTADOS Y ARTÍCULOS DEMANDADOS DE LA LEY 975 DE 2005	CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD	PRECEDENTES Y DECISIONES ADOPTADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA C-370 DE 2005	PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
<p>I. Alternatividad penal</p> <p>Art. 3. Alternatividad. Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley.</p> <p>Art. 19. Aceptación de cargos.</p> <p>Art. 20. Acumulación de procesos y penas. (...) Cuando el desmovilizado haya sido previamente</p>	<p>I. Alternatividad penal</p> <p>La alternatividad penal constituye un sistema de impunidad penal (amnistía e indultos velados), que implica el desconocimiento de lo dispuesto en los instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento jurídico colombiano, para la investigación, juzgamiento y sanción de delitos contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.</p> <p>La concesión de los beneficios previstos en la ley, vulnera de manera desproporcionada los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.</p>	<p>I. Alternatividad penal</p> <p>La figura de la alternatividad penal es constitucional. El beneficio de la rebaja de pena no es el único medio que el legislador tiene a su alcance para lograr la paz. Sin embargo, aunque no constituye el único medio posible para alcanzar la paz, no es un sistema de impunidad, indultos o amnistías veladas porque:</p> <p>No puede ser equiparada al indulto. La pena alternativa no significa el perdón de la pena ordinaria o su extinción. Esto sólo sucede cuando se completa el periodo a prueba y los demás requisitos que exige la ley.</p> <p>No es una afectación</p>	<p>Derecho a un recurso efectivo. C-228 de 2002: las víctimas de la comisión de un delito tienen derecho a que, a través del proceso penal, se haga justicia.</p> <p>Razonabilidad de los términos judiciales. Sentencia C-178 de 2002 (Código Penal Militar). La brevedad de los términos para la investigación de ciertos delitos constituye una violación del derecho a la justicia de las víctimas, el derecho a la defensa de la verdad, e impiden el esclarecimiento de la verdad. La reducción del número de las etapas procesales o la fusión de éstas en unas pocas, vulnera los derechos de las partes.</p> <p>Las investigaciones deben ser rápidas, minuciosas,</p>
			<p>ESTÁNDARES INTERNACIONALES BOTERO Y RESTREPO</p> <p>1. Deber del Estado de sancionar las graves violaciones de los derechos humanos</p> <p>Límites de las amnistías e indultos</p> <p>Ni la amnistía, ni el indulto proceden para quienes, en el marco de un conflicto armado interno, hayan infringido el derecho internacional humanitario o hayan cometido crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o graves violaciones de los derechos humanos.</p> <p>La amnistía y el indulto sólo pueden ser concedidos por delitos políticos o delitos comunes conexos con éstos.</p> <p>Las medidas legislativas determinadas</p>

<p>condenado por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Código Penal sobre acumulación jurídica de penas pero en ningún caso, la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley.</p> <p>Art. 24. Contenido de la sentencia.</p> <p>Art. 29. Pena alternativa. (...)</p> <p>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, periodo 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</p>	<p>desproporcionada del derecho a la justicia de las víctimas. Aunque se otorgue el beneficio de la pena alternativa, de todas formas existe la imposición de la pena ordinaria. Pena alternativa que puede ser revocada si no se cumplen los requisitos que determina la ley para la extinción de la pena ordinaria.</p> <p>Conforme a lo anterior, el art. 3 es declarado executable en el entendido de que la "Colaboración con la Justicia" debe estar encaminada al logro efectivo de los derechos de las víctimas.</p> <p>Art. 20. Acumulación de procesos y penas. No se produce una afectación desproporcionada del derecho a la justicia, pues la acumulación jurídica de penas, conforme a las reglas del Código Penal, opera en relación con la pena ordinaria. Una vez el juez acumule jurídicamente las condenas anteriores</p>	<p>independientes e imparciales.</p> <p>Amnistías e indultos. Sentencia C-578 de 2002 (Estatuto de Roma). Las amnistías y los indultos son compatibles con la Constitución Política y con la búsqueda de la paz nacional. Sin embargo, resultan inconstitucionales cuando significan un obstáculo para el acceso efectivo a la justicia.</p> <p>Imprescriptibilidad de la acción penal. Sentencia C-580 de 2002 (Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada): la acción penal es imprescriptible frente a los delitos de graves violaciones de los derechos humanos. La imprescriptibilidad constituye una medida contra la impunidad.</p> <p>"La doctrina constitucional colombiana ha señalado algunas reglas fundamentales a este respecto (concesión de amnistías e indultos), dentro de las cuales pueden</p>	<p>por un Estado, que busquen evitar la investigación, juzgamiento y sanción de graves violaciones de los derechos humanos, "carecen de efecto jurídico y pueden ser declaradas sin efecto por los tribunales internacionales competentes".</p> <p>En el caso en que un Estado decida, a través de la expedición de medidas de indulto o amnistía, contrariar las disposiciones que el derecho internacional ha establecido para la investigación, juzgamiento y sanción de violaciones de los derechos humanos, las víctimas podrían acudir ante una corte internacional o nacional para solicitar que dicha medida sea declarada contraria al ordenamiento internacional, y que por lo tanto, quede sin efectos jurídicos.</p> <p>En estos casos, los beneficiarios de las medidas de indulto o amnistía, podrían ser juzgados posteriormente</p>
--	--	---	---

<p>Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia. (...)</p>	<p>a la pena alternativa, fija la pena ordinaria, la cual queda suspendida en virtud del cumplimiento de la pena alternativa. Si durante el periodo a prueba se revoca la pena alternativa, el condenado debe cumplir la pena inicialmente acumulada.</p> <p>Conforme a lo anterior, la Corte declara la inconstitucionalidad de la expresión subrayada del inciso dos, Pues elimina las condenas impuestas con anterioridad a la desmovilización, situación que vulnera desproporcionadamente el derecho de las víctimas a la justicia.</p> <p>Art. 29. Pena alternativa. La Corte declara la inconstitucionalidad de las expresiones subrayadas, porque constituyen una afectación desproporcionada del derecho de las víctimas a la no repetición. La comisión de cualquier delito doloso durante el periodo a prueba conlleva la pérdida del beneficio de la pena alternativa.</p>	<p>citarse las siguientes: 1) la imposibilidad de amnistiar o indultar delitos atroces como los delitos de lesa humanidad, la tortura, la desaparición forzada, el secuestro, la violación sexual o el terrorismo; 2) la imposibilidad de relevar de responsabilidad criminal a una persona que ha cometido tales crímenes bajo el argumento de la obediencia debida (Corte Constitucional, 1993, 1993b, 1995^a, 1997^a, 2001, 2002b); 3) el reconocimiento de la existencia de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y 4) la limitación del alcance del principio non bis in idem cuando se trata de graves violaciones de los derechos humanos (Corte Constitucional, 2000^a, 2002, 2003)". Botero y Restrepo (2006).</p>	<p>por una corte nacional o internacional.</p> <p>2. El deber del Estado de investigar</p> <p>Los Estados están obligados a investigar las violaciones de los derechos humanos, de manera pronta, imparcial, seria y exhaustiva.</p> <p>El deber de investigar debe ser asumido directamente por el Estado, es decir, como una iniciativa propia, y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima (...).</p> <p>"(...) el Estado debe iniciar procesos investigativos revestidos de todas las formalidades pertinentes, dotados de los medios adecuados, con plena independencia de quienes conduzcan la investigación, y en tiempos prudenciales que permitan, de acuerdo con la complejidad del caso, procesar, chequear y sistematizar los datos para arribar a conclusiones fidedignas".</p>
---	--	--	--

<p>2. Interpretación de los términos para la investigación</p>	<p>2. Interpretación de los términos para la investigación</p>	<p>2. Interpretación de los términos para la investigación</p>	
<p>Art. 17. Versión libre y confesión. (...) El desmovilizado se dejará inmediatamente a disposición del magistrado que ejerza la función de control de garantías, en uno de los establecimientos de reclusión determinados por el Gobierno Nacional de acuerdo con el artículo 31 de la presente ley, quien dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes señalará y realizará audiencia de formulación de imputación, previa solicitud del fiscal que conozca del caso.</p> <p>Art. 18. Formulación de imputación. (...) A partir de esta audiencia y dentro de los sesenta (60) días siguientes, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, con el apoyo de su grupo de policía</p>	<p>Dada la complejidad de los delitos que serán investigados por esta ley, las disposiciones demandadas violan el derecho de las víctimas de acceso a un recurso judicial efectivo por cuanto los términos para dicha investigación son demasiado cortos. Situación que igualmente viola los tratados internacionales de derechos humanos y las disposiciones que al respecto ha expresado la CIDH.</p>	<p>Art. 17. Versión libre y confesión. La norma demandada establece términos razonables para llevar a cabo una investigación pronta, imparcial y exhaustiva, porque: i) la investigación del fiscal parte de la confesión del desmovilizado; ii) la Fiscalía y la policía judicial deben desarrollar el programa metodológico trazado, antes de poner al desmovilizado a disposición del juez de control de garantías; y, iii) el término de 36 horas no puede ser entendido como el plazo en el que se realizará la investigación, sino como el plazo del que dispone el magistrado de control de garantías para realizar la audiencia de formulación e imputación de los cargos.</p>	<p>Para el caso de desapariciones forzadas, el deber de investigar implica la identificación de las víctimas y, de ser posible, la ubicación de las fosas comunes.</p> <p>3. El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo</p> <p>Implica el derecho de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos de acceder a las autoridades para denunciar, bajo todas las garantías procesales, dichas violaciones, y obtener una reparación por ello.</p> <p>Igualmente, implica que el Estado tiene las siguientes obligaciones: i) dar a conocer los medios disponibles para denunciar violaciones de los derechos humanos; ii) adoptar todas las medidas de protección que sean requeridas por las víctimas; iii) facilitar</p>

<p>judicial, adelantará las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado, y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia.</p>		<p>Conforme a lo anterior, la Corte declara la exequibilidad de la expresión subrayada en el entendido de que la disposición del desmovilizado a órdenes del magistrado de control de garantías, sólo operará cuando se haya desarrollado plenamente el programa metodológico para la investigación, previsto en el art. 207 del Código de Procedimiento Penal.</p> <p>Por esto, la Corte declara la inexequibilidad de la expresión Inmediatamente por cuanto en este término es imposible que el fiscal desarrolle adecuadamente el programa metodológico de la investigación.</p> <p>Art. 18. Formulación de imputación. La interpretación adecuada del artículo demandado es aquella según la cual, el término de 60 días empieza a correr a partir de la audiencia</p>	<p>la denuncia y trámite de los procesos, incluso ante instancias internacionales; y, iv) adoptar mecanismos que permitan el logro de reparaciones colectivas.</p> <p>4. El deber de respetar las reglas del debido proceso</p> <p>Aunque los Estados deben garantizar la efectividad del principio non bis in idem, éste puede ser limitado si se comprueba que el juicio adelantado no se surtió de manera tal que permitió investigar y sancionar adecuadamente los delitos.</p> <p>Así, el perpetrador puede ser nuevamente juzgado ante las cortes internacionales, si se determina que el juicio adelantado por las cortes nacionales buscó sustraer al victimario de su responsabilidad penal, o que no se surtió en forma independiente e imparcial.</p> <p>"El derecho internacional admite la afectación del principio del juez natural pero exclusivamente cuando se trata de</p>
---	--	---	--

		<p>de formulación de imputación, y no desde el momento en que es recibida la versión libre. Si se tiene en cuenta que la expresión inmediatamente del artículo 17 fue declarada inexecutable, para este momento el fiscal ya ha contado con la posibilidad de construir adecuadamente el caso. Este es pues, el plazo máximo con el que cuenta el fiscal para solicitar la celebración de la audiencia de formulación de cargos.</p> <p>Conforme a lo anterior, la Corte declara la executable de la expresión demandada.</p>		<p>configurar un tribunal que reúna mayores y mejores garantías de imparcialidad, independencia, autonomía y objetividad".</p> <p>Los tribunales militares no pueden juzgar violaciones de los derechos humanos, esto sólo puede ser competencia de los jueces ordinarios o de las cortes internacionales.</p> <p>5. El deber de imponer penas adecuadas a los responsables</p> <p>Para la imposición de la pena, se deben tener en cuenta factores como la gravedad del delito, las circunstancias del procesado, los intereses de las víctimas y las circunstancias de atenuación o agravación del delito, y el interés del condenado en colaborar con la justicia.</p>
<p>3. Derecho de las víctimas de acceder a un recurso judicial efectivo. Su participación durante el proceso</p>	<p>3. Derecho de las víctimas de acceder a un recurso judicial efectivo. Su participación durante el proceso</p>	<p>3. Derecho de las víctimas de acceder a un recurso judicial efectivo. Su participación durante el proceso</p>		

<p>a) Limitaciones en el acceso al expediente</p> <p>Art. 37. Derechos de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:</p> <p>(...)</p> <p>38.5 A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, información pertinente para la protección de sus intereses; (...)</p>	<p>a) Limitaciones en el acceso al expediente</p> <p>Las limitaciones que ofrece el Código de Procedimiento Penal para la participación de las víctimas de un delito a lo largo del proceso, no pueden ser trasladadas a los procesos penales por graves violaciones de los derechos humanos.</p>	<p>a) Limitaciones en el acceso al expediente</p> <p>Art. 37. Derechos de las víctimas. La Corte declara la executable de la expresion demandada en el entendido de que ésta debe ser interpretada conforme al precedente jurisprudencial de la Corte fijado en la sentencia C-228 de 2002 (Revisión del art. 30 de la Ley 600 de 2000: "El acceso al expediente y el aporte de pruebas por el perjudicado"), según el cual, las víctimas de un delito pueden acceder al expediente desde la iniciación del proceso a fin de hacer efectivos sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.</p>		
<p>b) Limitaciones de las facultades procesales de las víctimas</p> <p>En su integridad los artículos 17, 18 y 19: Art. 26. Recursos: (...) Parágrafo 3. Contra la</p>	<p>b) Limitaciones de las facultades procesales de las víctimas</p> <p>En su integridad los artículos 17, 18 y 19: no es aceptable la interpretación que hacen los demandantes de los</p>	<p>b) Limitaciones de las facultades procesales de las víctimas</p> <p>En su integridad los artículos 17, 18 y 19: no es aceptable la interpretación que hacen los demandantes de los</p>		

<p>decisión de segunda instancia no procede recurso de casación.</p> <p>Art. 34. Defensoría pública. (...)</p> <p>La Defensoría del Pueblo asistirá a las víctimas en el ejercicio de sus derechos y en el marco de la presente ley.</p> <p>Art. 37. Derechos de las víctimas.</p> <p>(...)</p> <p>38.7 A ser asistidas durante el juicio por un abogado de confianza o por la Procuraduría Judicial de que trata la presente ley.</p>	<p>la participación de las víctimas en las diligencias allí reguladas, la única interpretación constitucional de tales normas es aquella según la cual, las víctimas tienen derecho a participar en todas y cada una de las diligencias y etapas del proceso, a estar asistidas por un abogado y participar de la construcción de la verdad procesal, así como a ser reparadas por los daños causados.</p> <p>Art. 26. Recursos: en los procesos penales por graves violaciones de los derechos humanos, las garantías procesales, como los recursos contra las decisiones desfavorables, deben ser extremadas en pro de la protección de los derechos de las víctimas.</p> <p>Art. 37. Derechos de las víctimas: el derecho de las víctimas de ser asistidas y orientadas legalmente no puede ser restringido a la etapa de juicio.</p>	<p>artículos acusados (art. 17, 18 y 19), pues obedece a una apreciación no sistemática de la ley. Así pues, las víctimas pueden participar de la audiencia de versión libre y confesión, formulación de imputación y aceptación de cargos. Como consecuencia, estos artículos serán declarados inexequibles conforme a los cargos expuestos.</p> <p>Art. 26. Recursos: el legislador goza de libertad en la configuración de los procedimientos y recursos para la efectividad de los derechos. Si se tiene en cuenta que el recurso de casación no es el único medio efectivo para garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, y que se trata de un procedimiento especial, el párrafo tres del artículo 26 es exequible.</p> <p>Art. 34. Defensoría pública: en el marco de sus competencias, la Defensoría del Pueblo puede desarrollar una mayor gama</p>	
--	--	---	--

		<p>de posibilidades de asistencia y asesoría legales a las víctimas, que las contempladas por la ley. Por ello, la Corte declara la inexecutable de la expresión presente del inciso 2 del artículo 34, con el propósito de ampliar las posibilidades de asistencia legal que sean requeridas por las víctimas, y no restringirlas a las previstas en el marco de la ley.</p> <p>Art. 37. Derechos de las víctimas: conforme a la aplicación de los estándares internacionales en la materia, y al precedente jurisprudencial que la Corte ha sentado al respecto, las víctimas tienen derecho a estar asistidas por un abogado en todas las etapas del proceso. Por esto, no puede entenderse que la expresión demandada restringe dicho derecho a la etapa de juicio. Razón por la cual la expresión acusada del numeral 38.7 (sic) del artículo 37, es declarada exequible.</p>	
--	--	--	--

<p>4. Obligación estatal de sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos, a verdaderas penas privativas de la libertad</p> <p>Art. 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. (...)</p> <p>Art. 30. Establecimiento de reclusión. (...) Los establecimientos de reclusión deben reunir</p>	<p>4. Obligación estatal de sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos, a verdaderas penas privativas de la libertad</p> <p>No es constitucionalmente aceptable que las penas privativas de la libertad puedan cumplirse en las "Zonas de concentración". El derecho a la justicia comporta que la sanción por graves violaciones de los derechos humanos no se reduzca a una simple</p>	<p>4. Obligación estatal de sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos, a verdaderas penas privativas de la libertad</p> <p>Art. 31. Tiempo de permanencia en las zonas de concentración: no constituye una verdadera pena privativa de la libertad la ubicación voluntaria de los desmovilizados en las zonas de concentración. Ésta sólo puede ser entendida como la legítima imposición coercitiva que realiza el Estado sobre los derechos fundamentales de una persona. Por esta razón, es declarado inexecutable el artículo 31 de la ley.</p> <p>Art. 30. Establecimiento de reclusión: El inciso 2 de este artículo sustrae del control de las autoridades penitenciarias los sitios en los que serán reclusos</p>	
---	--	--	--

<p>condiciones de seguridad y austeridad propias de los establecimientos administrados por el Inpec. (...)</p>		<p>quienes se acojan a la presente ley. Esta situación podría hacer concluir a las víctimas que efectivamente la Ley 975 es una ley de impunidad, pues no sólo otorga beneficios a la hora de fijar la condena, sino también durante la ejecución de la pena. En virtud de lo anterior, la Corte declara exequible el inciso 2 del artículo 30 en el entendido de que los establecimientos penitenciarios enunciados allí quedan sujetos a las normas de control penitenciario. Como resultado de la declaratoria de inexecutable del artículo 31, la Corte declara inexecutable la expresión "en uno de los establecimientos de reclusión determinados por el Gobierno Nacional de acuerdo con el artículo 31 de la presente ley", del artículo 17 de la ley.</p>	
--	--	--	--

III. DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL				
TEMAS, APARTADOS Y ARTÍCULOS DEMANDADOS DE LA LEY 975 DE 2005	CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD	PRECEDENTES Y DECISIONES ADOPTADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA C-370 DE 2005	PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	ESTÁNDARES INTERNACIONALES BOTERO Y RESTREPO (2006).
<p>1. Incidente de reparación integral</p> <p>En su integridad el artículo 23. Incidente de reparación integral.</p>	<p>1. Incidente de reparación integral</p> <p>Solicitud de constitucionalidad condicionada, en el entendido en que si la víctima no solicita que se abra el incidente de reparación, no pierda por ello el derecho de ser reparada.</p>	<p>1. Incidente de reparación integral</p> <p>Conforme al cargo presentado, la Corte se declara inhibida para pronunciarse de fondo sobre la norma demandada; esto por cuanto dicho cargo no propone una oposición entre la norma y la Constitución, sino sólo realiza una interpretación subjetiva de la misma.</p>	<p>Acceso a recursos judiciales efectivos para obtener reparaciones. Sentencia C-004 de 2003 (Código de Procedimiento Penal): las víctimas de un delito pueden ejercer la acción de revisión para obtener la reparación del daño, cuando el delito constituye una grave violación de los derechos humanos de la víctima y exista una decisión judicial interna o internacional que haya constatado un hecho nuevo, una prueba no conocida o el incumplimiento de la obligación del Estado de adelantar una investigación seria y efectiva. T-1267 de 2001. En virtud de los derechos a la verdad</p>	<p>El deber de reparar se encuentra en cabeza del Estado. Debe abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima. Comprende medidas individuales como la restitución, la indemnización, la rehabilitación y las garantías de no repetición. Igualmente, prevé medidas colectivas de satisfacción. El contenido de cada una de estas medidas se puede resumir así: Restitución: involucra las medidas orientadas a devolver a la víctima a la condición en la que se encontraba con anterioridad a la comisión</p>

<p>2. Los desmovilizados tienen el deber de reparar a las víctimas</p> <p>Art. 10. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. (...) 10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal. Art. 11. Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual. (...) 11.5 Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima cuando se disponga de ellos.</p>	<p>2. Los desmovilizados tienen el deber de reparar a las víctimas</p> <p>La obligación de reparar a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos se restringe cuando dicha reparación se limita a la entrega de los bienes obtenidos ilícitamente por parte de los perpetradores. Los desmovilizados pueden argüir, a fin de sustraerse de su obligación de reparar a las víctimas, que no poseen bienes o que no pueden disponer de los bienes que fueran de su propiedad. La ley no prevé mecanismos adecuados para que las autoridades investiguen los casos en</p>	<p>2. Los desmovilizados tienen el deber de reparar a las víctimas</p> <p>Aunque tradicionalmente en el marco de los procesos de justicia transicional, es el Estado quien tiene el deber de reparar a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, es preciso advertir que: i) no existe una razón constitucional que permita excepcionar el principio según el cual, todo aquel que cause un daño tiene el deber de repararlo; ii) en el evento en que se aceptara que el Estado es quien tiene el deber de reparar directamente a las víctimas, éste no se encuentra</p>	<p>Y a la justicia, la parte civil dentro de un proceso penal puede apelar una decisión absolutoria y en segunda instancia, la sentencia puede ser agravada.</p>	<p>del delito, es decir, implica medidas como "el restablecimiento de la libertad, los derechos legales, la situación social, la identidad, la vida familiar (...) y la devolución de sus propiedades".</p>
<p>2. Los desmovilizados tienen el deber de reparar a las víctimas</p> <p>Art. 10. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. (...) 10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal. Art. 11. Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual. (...) 11.5 Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima cuando se disponga de ellos.</p>	<p>2. Los desmovilizados tienen el deber de reparar a las víctimas</p> <p>Aunque tradicionalmente en el marco de los procesos de justicia transicional, es el Estado quien tiene el deber de reparar a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, es preciso advertir que: i) no existe una razón constitucional que permita excepcionar el principio según el cual, todo aquel que cause un daño tiene el deber de repararlo; ii) en el evento en que se aceptara que el Estado es quien tiene el deber de reparar directamente a las víctimas, éste no se encuentra</p>	<p>Indemnización: compensación económica apropiada y proporcional a la violación, que puede significar el pago de los perjuicios derivados de la vulneración de los derechos humanos de la víctima. Rehabilitación: "Ha de incluir, según proceda, la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales". Satisfacción: comprende aspectos como "la difusión pública de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas (...), las disculpas públicas, (...)</p>	<p>Y a la justicia, la parte civil dentro de un proceso penal puede apelar una decisión absolutoria y en segunda instancia, la sentencia puede ser agravada.</p>	<p>del delito, es decir, implica medidas como "el restablecimiento de la libertad, los derechos legales, la situación social, la identidad, la vida familiar (...) y la devolución de sus propiedades".</p>

<p>Art. 13. Celeridad. En audiencia preliminar se tramitarán los siguientes asuntos:</p> <p>(...)</p> <p>4. La solicitud y la decisión de imponer medidas cautelares sobre bienes de procedencia ilícita.</p> <p>Art. 17. Versión libre y confesión. (...)</p> <p>En la misma diligencia indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas, si los tuvieron, y la fecha de su ingreso al grupo.</p> <p>Art. 18. Formulación de la imputación. (...)</p> <p>En esta audiencia, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado (...). Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes de procedencia ilícita que hayan sido entregados para efectos de la reparación a las víctimas.</p>	<p>que los desmovilizados hagan fraude a ley; es decir, en los eventos en que aseguren no poseer bienes o no poder disponer de ellos, en perjuicio del derecho de las víctimas a ser reparadas por los daños causados como consecuencia de los delitos cometidos.</p>	<p>constitucionalmente autorizado para perdonar -ni civil ni penalmente- a quienes han cometido graves violaciones de los derechos humanos; iii) en el ámbito de las obligaciones civiles, ello equivaldría a una amnistía de la responsabilidad debida; iv) resulta constitucionalmente desproporcionado dejar de perseguir el patrimonio de los responsables y permitir que sean los ciudadanos y ciudadanas quienes indirectamente asuman el deber de reparar a través del pago de impuestos y contribuciones.</p> <p>De lo anterior se concluye que es plenamente constitucional que los beneficiarios de la ley tengan la obligación de reparar a las víctimas con su propio patrimonio.</p> <p>Entrega de bienes obtenidos ilícitamente: como requisito de exigibilidad, no es necesario que en esta etapa el desmovilizado</p>	<p>y las conmemoraciones y homenajes a las víctimas.</p> <p>Garantías de no repetición: son de tres clases: i) la disolución y desmantelamiento de los grupos armados; ii) la derogación de medidas estatales que favorezcan de algún modo las violaciones; iii) las reformas institucionales y la imposición de sanciones contra los agentes del Estado que hayan incurrido en dichas violaciones.</p> <p>Las comunidades afectadas por violaciones sistemáticas de sus derechos humanos tienen derecho a reparaciones de tipo colectivo.</p> <p>En todo caso, las reparaciones, individuales o colectivas, deben ser efectuadas bajo el principio de la igualdad; además, deben surtirse de forma oportuna y proporcional al daño infligido</p>
--	---	---	---

<p>Art. 44. Actos de reparación. (...)</p> <p>Para tener derecho a gozar del beneficio de la libertad a prueba, el condenado deberá proveer al Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes, si los tuviese, destinados para tal fin: (...)</p> <p>Artículo 46. Restitución. La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades, de ser posible.</p>	<p>haga entrega de los bienes obtenidos lícitamente. Su patrimonio lícito le pertenecerá hasta tanto no exista una sentencia judicial que le ordene su entrega. Por el contrario, la entrega de los bienes de procedencia ilícita constituye una condición para acceder a los beneficios de la ley, bien cuando se trate de desmovilizaciones colectivas o individuales.</p> <p>Art. 13 y 18. Imposición de medidas cautelares sobre bienes obtenidos lícitamente: si los beneficiarios de la ley deben responder con su propio patrimonio por los daños causados, no existe ninguna razón para impedir que las medidas cautelares puedan recaer sobre los bienes que hayan obtenido lícitamente. Por esto, la Corte declara la inexequibilidad de las expresiones subrayadas del artículo 13 y 18 de la ley.</p>	<p>Artículo 46. Restitución. La restitución implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades, de ser posible.</p>	<p>y las conmemoraciones y homenajes a las víctimas.</p> <p>Garantías de no repetición: son de tres clases: i) la disolución y desmantelamiento de los grupos armados; ii) la derogación de medidas estatales que favorezcan de algún modo las violaciones; iii) las reformas institucionales y la imposición de sanciones contra los agentes del Estado que hayan incurrido en dichas violaciones.</p> <p>Las comunidades afectadas por violaciones sistemáticas de sus derechos humanos tienen derecho a reparaciones de tipo colectivo.</p> <p>En todo caso, las reparaciones, individuales o colectivas, deben ser efectuadas bajo el principio de la igualdad; además, deben surtirse de forma oportuna y proporcional al daño infligido</p>
---	---	--	---

<p>3. Víctimas que tienen derecho a ser reparadas</p> <p>Art. 5. Definición de víctima. (...) También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. Así mismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los</p>	<p>3. Víctimas que tienen derecho a ser reparadas</p>	<p>La definición de víctima que indica la ley excluye a personas que han sufrido daños y que por esta razón tienen derecho a ser reparadas. Esta definición contraría lo dispuesto por la CIDH, pues en sus fallos, la Corte ha ordenado la reparación de personas que no se encuentran en primer grado de consanguinidad con la víctima directa, como lo señala la Ley 975.</p>	<p>Inconstitucionalidad de las expresiones "si los tuvieren", "cuando disponga de ellos", "si los tuviese" y "de ser posible": la persona que busca el beneficio de la ley, debe declarar la totalidad de los bienes que puede aportar para reparar a las víctimas.</p>		
	<p>3. Víctimas que tienen derecho a ser reparadas</p>	<p>La limitación del universo de víctimas con capacidad para solicitar una reparación por los daños sufridos viola el derecho de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la CIDH no han limitado la condición de víctima al grado de relación o parentesco con la víctima directa del delito.</p>			

<p>membros de la fuerza pública (...). Art. 47. Rehabilitación. La rehabilitación deberá incluir la atención médica y psicológica para las víctimas o sus parientes en primer grado de consanguinidad de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas. Artículo 48. Medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, adoptadas por las distintas autoridades directamente comprometidas en el proceso de reconciliación nacional, deberán incluir: (...) 49.3 (sic) La decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima y las de sus parientes en primer grado de consanguinidad.</p>		<p>La única condición necesaria que estima la Corte Constitucional para que una persona sea tenida como víctima de un delito, es que haya sufrido un daño real, concreto y específico, sin importar la naturaleza de éste o del delito. Conforme a lo anterior, los familiares de las personas que hayan sufrido violaciones directas de sus derechos humanos, tienen derecho a presentarse ante las autoridades para que, demostrando un daño real, concreto y específico -consecuencia de tales violaciones-, puedan solicitar la garantía de todos sus derechos conculcados. De esta manera, la Corte declara executable los apartes subrayados, en el entendido de que no quedan excluidas las demás víctimas que no se encuentran explícitamente previstas en la expresión demandada.</p>		
---	--	--	--	--

<p>4. Limitaciones presupuestales aplicables al Fondo para la Reparación de las Víctimas</p>	<p>Art. 55. Funciones de la Red de Solidaridad Social. La Red de Solidaridad Social, a través del Fondo de que trata la presente ley, tendrá a su cargo, de acuerdo con el presupuesto asignado para el Fondo, las siguientes funciones: (...) 56.1 (sic) Liquidary pagar las indemnizaciones judiciales de que trata la presente ley dentro de los límites autorizados en el presupuesto nacional. Art. 47. Rehabilitación. La rehabilitación deberá incluir la atención médica y psicológica para las víctimas o sus parientes en primer grado de consanguinidad de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas.</p>	<p>4. Limitaciones presupuestales aplicables al Fondo para la Reparación de las Víctimas</p>	<p>La liquidación, el pago de las indemnizaciones judiciales a favor de las víctimas, y las medidas para su rehabilitación, no pueden estar supeditadas a la disponibilidad del presupuesto nacional. No es constitucionalmente admisible condicionar la reparación de las víctimas a la existencia de suficientes recursos en el presupuesto del Fondo. El aparte subrayado del art. 54 es violatorio del derecho a la restitución de las víctimas, por cuanto no establece que los bienes usurpados a personas concretas que tenían derecho sobre ellos, deban ser restituidos a tales personas, en lugar de ingresar a la masa general de bienes que integran el Fondo.</p>	<p>4. Limitaciones presupuestales aplicables al Fondo para la Reparación de las Víctimas</p>	<p>Art. 55. Funciones de la Red de Solidaridad Social: la limitación prevista en el numeral sexto del artículo 55 constituye una vulneración desproporcionada de los derechos de la víctima a la reparación. La sentencia que ordena la indemnización constituye un derecho cierto que no puede ser menoscabado por la falta de disponibilidad presupuestal para su pago oportuno. Por ello, la expresión subrayada del artículo 55 - 56.1, es declarada inexecutable. Con relación al inciso primero del artículo 55, la Corte se declara inhibida pues, en su criterio, el cargo expuesto no guarda una relación directa con el tenor literal del artículo.</p>		
--	--	--	--	--	---	--	--

<p>Art. 54. Fondo para la Reparación de las Víctimas. (...) El Fondo estará integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la presente ley, por recursos provenientes del presupuesto nacional y donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras.</p>	<p>Art. 47. Rehabilitación: la expresión "de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas" del artículo 47, no puede ser entendida como una limitación presupuestal, sino como una disposición técnica destinada a financiar la presunción de quienes tienen la calidad de víctima. Así, dado que la Corte aclaró el alcance de la expresión "en primer grado de consanguinidad", el presupuesto previsto para la rehabilitación de las víctimas debe tener en cuenta la interpretación que la Corporación hizo del aparte acusado. Por esta razón, la frase "de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas", es declarada executable. Art. 54 Fondo para la Reparación de las Víctimas: la Corte se declara inhibida sobre el cargo presentado</p>	<p>Art. 47. Rehabilitación: la expresión "de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas" del artículo 47, no puede ser entendida como una limitación presupuestal, sino como una disposición técnica destinada a financiar la presunción de quienes tienen la calidad de víctima. Así, dado que la Corte aclaró el alcance de la expresión "en primer grado de consanguinidad", el presupuesto previsto para la rehabilitación de las víctimas debe tener en cuenta la interpretación que la Corporación hizo del aparte acusado. Por esta razón, la frase "de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas", es declarada executable. Art. 54 Fondo para la Reparación de las Víctimas: la Corte se declara inhibida sobre el cargo presentado</p>	
--	---	---	--

	<p>5. La responsabilidad civil solidaria de los grupos armados al margen de la ley</p>	<p>contra el art. 54, por cuanto no se demandó el alcance de la norma que regula la restitución en el marco de la ley, situación que implica la indebida formulación del cargo y por lo tanto limita la posibilidad de la Corte de emitir un pronunciamiento de fondo al respecto.</p>		
<p>5. La responsabilidad civil solidaria de los grupos armados al margen de la ley</p>	<p>5. La responsabilidad civil solidaria de los grupos armados al margen de la ley</p>	<p>Dado que los beneficios otorgados por la ley dependen de la pertenencia del desmovilizado a un grupo armado, y que al parecer el art. 54 no incluye ni el patrimonio de los perpetradores ni del grupo, bloque, o frente respectivo para efectuar la reparación económica de las víctimas, es necesario que la Corte aclare y disponga que:</p> <p>1. Aunque la responsabilidad penal</p>		
<p>Art. 54. Fondo para la Reparación de las Víctimas. (...) El Fondo estará integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la presente ley, por recursos provenientes del presupuesto nacional y donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras.</p>				

		<p>es individual, existe un nexo de causalidad entre la actividad del grupo y los daños causados a las víctimas.</p> <p>2. Así, la responsabilidad civil derivada del hecho punible permite la solidaridad, para efectos de la reparación de las víctimas, entre los penalmente responsables y el bloque o frente al cual éste pertenecía.</p> <p>3. Los daños respecto de los cuales dentro del proceso penal no fue posible individualizar la responsabilidad, no pueden quedar exentos de reparación; comprobado el daño y el nexo causal entre éste y la actividad del grupo, bloque o frente, los individuos judicialmente identificados como miembros de aquellos, están llamados a responder por la ocurrencia de dichos daños.</p> <p>4. El orden de afectación de los recursos para la reparación de las víctimas es el siguiente:</p>		
--	--	---	--	--

<p>i) el patrimonio propio de los perpetradores; ii) en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el patrimonio de los individuos judicialmente reconocidos como miembros del grupo, bloque o frente respectivo; iii) en el evento en que el patrimonio de los numerales i) y ii) sea insuficiente, la reparación de las víctimas de hará con cargo a los recursos del Estado, especialmente para los casos de las víctimas que no cuenten con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización a la cual tienen derecho. Sólo bajo la interpretación anterior, el art. 54 es declarado exequible.</p>

CONCLUSIONES

Del anterior apartado se puede concluir que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de los estándares internacionales que determinan el alcance de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, una aplicación de la Ley de Justicia y Paz en concordancia con la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico interno, debe sujetarse a los siguientes mínimos de protección de tales derechos:

Con el propósito de proteger el contenido mínimo del derecho a la verdad de las víctimas, los desmovilizados que quieran acceder y conservar los beneficios adquiridos en virtud de la Ley 975 de 2005, entre otras, tienen las siguientes obligaciones:

- Realizar una confesión completa y veraz de todos y cada uno de los delitos cometidos con ocasión a su pertenencia al grupo armado al margen de la ley.
- Revelar el paradero de las personas desaparecidas y secuestradas, y según el caso, la ubicación de las fosas comunes en las que se encuentren sus cadáveres.
- Así mismo, con el fin de garantizar la protección del derecho a la verdad de las víctimas, entre los deberes del Estado colombiano se encuentran:
- Con independencia de los delitos confesados por el desmovilizado, investigar de forma pronta, imparcial, seria y exhaustiva las condiciones de tiempo, modo y lugar en que fueron cometidos tales delitos; las causas y motivos que les dieron origen, y las demás posibles violaciones de los derechos humanos que no hayan sido confesadas.
- Bajo adecuadas medidas de protección de los demás derechos de las víctimas y los testigos, garantizar la difusión pública y completa de la verdad.
- En el marco de la Ley 975 de 2005, la efectividad formal del derecho de las víctimas a la justicia se deriva de:
- La adopción de cualquier medida por parte del Estado colombiano orientada a evitar la investigación, el juzgamiento y la sanción de los delitos cometidos, carece de efectos jurídicos. De ser así, tal situación podría ser declarada por las cortes internacionales a fin de que éstas puedan adelantar nuevos procesos orientados a la adecuada investigación y sanción de los hechos.

- El Estado tiene el deber de poner a disposición de las víctimas todos los medios necesarios para que éstas puedan: i) denunciar violaciones de los derechos humanos; ii) proteger su integridad y seguridad; iii) tramitar procesos, incluso, ante instancias internacionales; y, iv) tener acceso a reparaciones colectivas e individuales.
- La acumulación jurídica de penas, conforme a las reglas del Código Penal, opera en relación con la pena ordinaria. Como consecuencia de la pena alternativa, la pena ordinaria queda suspendida. Sin embargo, si durante el periodo a prueba se revoca la pena alternativa, el condenado debe cumplir la pena ordinaria inicialmente acumulada.
- La comisión de cualquier delito doloso durante el periodo a prueba conlleva la pérdida del beneficio de la pena alternativa.
- La disposición del desmovilizado a órdenes del magistrado de control de garantías sólo operará cuando se haya desarrollado plenamente el programa metodológico para la investigación previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal.
- Las víctimas tienen el derecho de participar en el proceso penal desde su inicio. Así, entre otros, tienen el derecho de manifestar su versión sobre lo sucedido, denunciar bienes no entregados por el desmovilizado, aportar pruebas y controvertir las presentadas por el procesado, presentar recursos y solicitar reparaciones. Igualmente, durante todo el proceso, tienen el derecho de estar representadas por un abogado o abogada, y de recibir asesoría y asistencia legal por parte de la Defensoría del Pueblo.
- El término de la pena privativa de la libertad impuesta a los desmovilizados sólo empezará a correr una vez éstos sean recluidos en centros que cumplan con todas las condiciones que prevén las disposiciones penitenciarias y carcelarias para el efecto.

Finalmente, el derecho a la reparación comprende:

- Las reparaciones individuales o colectivas deben ser efectuadas bajo el principio de la igualdad, de forma oportuna y proporcional al daño infligido.
- Las comunidades afectadas por violaciones sistemáticas de sus derechos humanos tienen derecho a reparaciones de tipo colectivo; situación que no implica el desconocimiento del derecho a la reparación individual de las personas que la conforman.

- Los desmovilizados tienen la obligación de reparar a las víctimas con su propio patrimonio. La entrega de los bienes obtenidos ilícitamente es una condición para su exigibilidad. Sin embargo, en virtud de una sentencia judicial que así lo ordene, los bienes obtenidos lícitamente pueden concurrir a la reparación de las víctimas.
- Procede la imposición de medidas cautelares sobre los bienes obtenidos lícitamente por los desmovilizados.
- Los familiares de las personas que hayan sufrido violaciones directas de sus derechos humanos, tienen derecho a presentarse ante las autoridades para que, demostrando un daño real, concreto y específico –consecuencia de tales violaciones–, puedan solicitar la garantía de todos sus derechos conculcados. Quedan eliminadas las condiciones de parentesco o filiación con las víctimas para solicitar reparaciones y ser merecedor de ellas.
- Las reparaciones no están subordinadas a la disponibilidad presupuestal del Fondo para la Reparación de las Víctimas.
- El orden de afectación de los recursos para la reparación de las víctimas es el siguiente: i) el patrimonio propio de los perpetradores; ii) en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el patrimonio de los individuos judicialmente reconocidos como miembros del grupo, bloque o frente respectivo; iii) en el evento en que el patrimonio de los numerales i) y ii) sea insuficiente, la reparación de las víctimas de hará con cargo a los recursos del Estado, especialmente para los casos de las víctimas que no cuenten con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización a la cual tienen derecho.

Los daños respecto de los cuales dentro del proceso penal no fue posible individualizar la responsabilidad, no pueden quedar exentos de reparación; comprobado el daño y el nexo causal entre éste y la actividad del grupo, bloque o frente, los individuos judicialmente identificados como miembros de aquellos están llamados a responder por la ocurrencia de dichos daños.

REFERENCIAS

- BOTERO, C. y E. RESTREPO (2006). Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. En *¿Justicia transicional sin transición?* Bogotá: Editorial Norma.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-370 de 2006. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79.

Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, sentencia del 8 de julio de 2004.

Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C, No. 101.

¿Desmonte del Narcoparaestatismo?*

CAMILO GONZÁLEZ POSSO **



El presente escrito aborda la crisis del narcoparaestatismo y las alternativas frente a la misma, identificando dos escenarios posibles en la próxima década en Colombia, el primero de ellos definido a partir de la adopción de soluciones políticas y de un acuerdo de paz, se traduciría en la vigencia de un Estado Social de Derecho en el marco de la democracia, la solidaridad y la paz; el segundo escenario se precisa en los siguientes términos: *la cohabitación de instituciones de una democracia autoritaria con múltiples expresiones de un régimen mafioso sustentado en autoritarismos regionales*, resultante de la profundización de la solución militar. Posteriormente se analiza el desmonte del narcoparaestatismo a partir de la valoración del impacto de las desmovilizaciones y la emergencia de grupos armados ilegales, distinguiéndose tres situaciones: i) los efectos positivos de la desmovilización de grupos paramilitares, en cuanto a la reducción de algunos indicadores de violencia, el desmonte de grandes estructuras armadas y el debilitamiento de control político en algunas regiones; ii) la crisis del *narcoparaestatismo* y el paramilitarismo, identificada a través de la deslegitimación de las tácticas de la alianza *estado – paras – narcos – mafias* y agudizada con la crisis del régimen mafioso que ha dominado muchas regiones y esferas institucionales; iii) la inminencia de una transición contradictoria: desmovilización a medias y desmonte parcial del narcoparaestatismo. Estas situaciones confluyen en un contexto en el que se generan tres procesos: i) el desmonte parcial de las AUC y *narcoparas*, el reciclaje de estructuras y la emergencia de *neoparas*; ii) la reingeniería de los negocios: narcotráfico, corrupción macroproyectos, tierras y lavado de activos; y iii) la crisis de la paraparlítica y el reencauche como *paramafias* clientelistas. Cada uno de los cuales será ampliamente ilustrados y desarrollados en el escrito que se presenta a continuación.

Palabras clave: Narcoparaestatismo, desmovilización, paramilitarismo, narcotráfico

* En Seminario Internacional: Balance de dos años de aplicación de la ley de justicia y paz – Centro Internacional de Toledo para la Paz –Madrid, 13 y 14 de noviembre de 2007.

** Presidente INDEPAZ



Dismantling the Narco-Paramilitary State?

This article tackles the crisis of the narco-paramilitary state as well as alternatives to this phenomenon. For the forthcoming decade, the author identifies two possible scenarios: the first one is the formation of a social constitutional state, based on political solutions to the country's problems, a peace agreement with the illegally armed groups and values such as democracy, solidarity and peace. The second scenario is the intensification of the government's military strategy and, in consequence, the co-existence of authoritarian democratic institutions with multiple expressions of a mafia regime that is sustained on regional authoritarian powers. Evaluating the impacts of the paramilitaries' demobilization and the reorganization of some illegally armed groups, the author also analyses the dismantling of the narco-paramilitary state. He makes out the following three points: i) the positive effects of the paramilitary groups' demobilization with regard to some indicators of violence, the dismantling of significant armed structures and the weakening of the paramilitaries' political control in some regions; ii) the crisis of the narco-paramilitary state as well as of paramilitarism, caused by the withdrawal of the legitimation of the alliance between the state, paramilitary groups, narcos, and mafia organizations and made more acute by the crisis of the mafia regime, which has ruled many regions and institutional spheres; iii) the imminence of a contradictory transition characterized by the incomplete demobilization and the partial dismantling of the narco-paramilitary state. These situations converge to a context in which the following processes take place: i) the partial dismantling of the United Self-Defence Forces of Colombia (by its Spanish initials AUC) and the narco-paramilitaries, the recycling of the paramilitary structures and the appearance of the *neoparas*; ii) the restructuring of the paramilitary businesses such as drug trafficking, corruption connected with megaprojects and land possession, money-laundering; iii) the crisis of parapolitics and the regaining strength of the paramilitaries as a clientelistic mafia.

Key words: Narco-paramilitary state, demobilization, paramilitaries drug trafficking

INTRODUCCION

En la próxima década Colombia estará en la encrucijada de una transición a la construcción de un Estado Democrático en una sociedad en paz o la cohabitación de instituciones del Estado Social de Derecho con múltiples expresiones de un régimen mafioso sustentado en neonarcoparas y autoritarismos regionales violentos.

Por la dimensión de los problemas en juego, es un desenfoque limitarse al fenómeno de las armas o del mal llamado paramilitarismo que, en realidad, es solo parte de una mutación mayor que ha tenido la sociedad colombiana y que involucra no solo estructuras militares ilegales sino también estructuras económicas, políticas e institucionales al servicio de mafias y negocios que se reproducen aprovechando conexiones con funcionarios públicos o posiciones en el Estado.

Carlos Castaño, Ivan Duque y otros jefes paras han discutido el calificativo de "paramilitares" que se volvió parte del lenguaje corriente para designar a grupos armados como las AUC o el Bloque Central Bolívar. Ellos han preferido hablar de "movimiento de autodefensas" como parte de un "paraestado", indicando que en defensa de intereses privados, asumieron funciones de Estado, comprendida la seguridad, justicia, cobro de tributos y alianzas con empresarios rurales y urbanos de diversa procedencia. Desde el gobierno y las FF.AA. también se rechazó la expresión "paramilitar" para hablar de las Autodefensas Unidas de Colombia y similares, por considerar que daba por establecida la conexión con la fuerza pública y convertía en política institucional o estatal lo que a lo sumo se registraba como trasgresión o actuación aislada de individualidades. Durante mucho tiempo en los discursos oficiales se dijo que lo que existía era un conjunto de "autodefensas ilegales" e incluso en la sustentación de la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios se utilizan esa expresión o la de grupos armados al margen de la ley.

En la discusión reciente sobre la existencia de grupos paramilitares el gobierno introduce otra categoría que se refiere a grupos armados privados que actúan ilegalmente en contra de la institucionalidad. Esa definición de paramilitares supone una intencionalidad política y de autodefensa frente a la subversión que recurre a las armas, prácticas violentas y negocios ilícitos solo en conexidad con el propósito contrainsurgente. Desde esa categoría no sólo se puede decir que no existe paramilitarismo sino que no ha existido en Colombia en las últimas décadas pues la lógica de los *paranarcos* ha sido pasar de antisubversivos a negociantes ilícitos violentos y la de los *narcoparas* solo camuflar su actividad narcotraficante en la franquicia de las autodefensas. Unos y otros tienden lazos con funcionarios y fuerza pública que los uso como instrumento o como aliados en la contraguerrilla y como socios en negocios ilícitos y en el aprovechamiento del poder para el enriquecimiento particular.

En Colombia se configuró un fenómeno complejo que podría llamarse *narcoparaestatismo* orientado a la defensa de negocios privados, en especial del narcotráfico, del lavado de activos y la apropiación de tierras y de rentas del Estado. El combate a la subversión fue un componente de ese fenómeno, pero como recordó el Presidente Uribe en el balance de dos años de la Ley 975 de 2005, ya en 2002 era evidente que los paras no combatían a la guerrilla allí donde se había logrado un reparto adecuado de negocios.

Dejando en suspenso esa discusión que no es irrelevante, podemos plantearnos la pregunta sobre el impacto de las desmovilizaciones y de la emergencia de nuevos grupos armados ilegales en el desmonte del fenómeno general del *narcoparaestatismo*.

En primer lugar hay que destacar que se han suscitado nuevas situaciones, así:

- La desmovilización de grupos paras ha tenido efectos positivos en la reducción de indicadores de violencia, el desmonte de las grandes estructuras armadas y el debilitamiento de control político en algunas regiones.
- El *narcoparaestado* y el paramilitarismo se encuentran en crisis.
- Se deslegitimaron las tácticas de la alianza *estado – paras – narcos – mafias*.
- Se acentuó la crisis del régimen mafioso que ha dominado muchas regiones y esferas institucionales.
- Se entró en una etapa de transición contradictoria: Desmovilización a medias y desmonte parcial del narcoparaestado

En ese contexto se generan tres procesos:

1. El desmonte parcial de las AUC y *narcoparas*, el reciclaje de estructuras y la emergencia de *neoparas*.
2. La reingeniería de los negocios: narcotráfico, corrupción macroproyectos, tierras y lavado de activos.
3. La crisis de la paraparlítica y el reencauche como *paramafias* clientelistas.

DESMONTE PARCIAL Y NUEVOS GRUPOS

En serios estudios académicos de instituciones como la fundación Ideas para la Paz - FIP, Seguridad y Democracia, Arco Iris o los centros de pensamiento de las universidades se ha documentado el carácter parcial de las desmovilizaciones. Los mismos jefes de los *paras* y *narco paras* han ilustrado el montaje que se hizo con un reclutamiento ficticio de jóvenes desempleados, de bandas urbanas o cercanos a los negocios. Vicente Castaño lo ilustró con el caso del Bloque Cacique Nutibara y otros lo han mostrado en el Bloque Norte o en el Bloque Central Bolívar. (No es azaroso que el Presidente Uribe reconociera que en 2003 el número de paras estaba cerca de los 10.000 efectivos).

La FIP dirigida en su momento por el actual Viceministro de Defensa, Sergio Jaramillo, advirtió en 2005 no solo de las irregularidades por cifras infladas de desmovilizados, sino por la aplicación de la fórmula del 70/30, mediante la cual los bloques o frentes dejaban en reserva al menos la tercera parte de sus efectivos, en particular los mandos medios claves para mantener el control de negocios y posiciones de poder. La evolución de la relación arma entregada/efectivos desmovilizados

muestra que con el avance del proceso entre 2003 y 2006 se acentuó ese doble movimiento de reclutamiento ficticio y no desmonte de mandos y estructuras claves. Ejemplos notables registrados por los medios de comunicación han sido la desmovilización de la empleada doméstica de Mancuso y de empleados de las fincas y casas de los paras y también el “cambiazó” de “Salomón”, subjefe, quien apareció como desmovilizado pero que en realidad mandó un reemplazo y continuó al mando de los negocios y actividades ilegales del Bloque Norte.

De 45.063 desmovilizados según las fuentes oficiales solo 34.793 se encuentran en los programas de la Alta Consejería para la Reintegración (ACR). Esto significa que por lo menos 5.000 no son objeto de seguimiento y control. A estos se debe agregar el número de miembros de frentes no desmovilizados como el Cacique Pipinta y Martín Llanos y los importantes jefes que suscribieron el Acuerdo de Ralito y participaron en las desmovilizaciones pero no se vincularon al proceso de la ley 975, como Vicente Castaño y “Los Mellizos”, cuyas estructuras desmovilizaron más de 3.000 efectivos, algunos de los cuales volvieron a la actividad ilegal acompañando a sus jefes.

El Rearme

Las cifras del rearme difieren entre fuentes estatales pero ilustran que no se trata de un fenómeno marginal y que no es comparable al de las “maras” en El Salvador o Guatemala.

Cuadro 1. Grupos armados paras, narcoparas y neonarcopara

Denominación	Hs. Con armas	Mpios	Dptos	Fuentes
Narcoparas, neonarcoparas, nov/07	6.724	224	24	INDEPAZ (*) con datos de Policía, MAPP/OEA, Defensoría, ONGs
Narcoparas, neonarcoparas, nov/2007	4877			INDEPAZ. Solo fuentes oficiales (Policía, FFAA, MAPP/ OEA, Defensoría)
BACRIM, nov/07	2.318	101	16	Policía. Carabineros - Seguimiento BACRIM - Oct/07
BACRIM de carteles Valle,	500			Policía. Carabineros - Seguimiento nov/2007 BACRIM - Oct/07
Grupos post AUC y/o no desmovilizados		305	30	Defensoría del Pueblo - Oct/07
Disidentes, rearmados y emergentes	3.955	200	22	Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación

En julio de 2007 el agregado de fuentes oficiales, ONGs y prensa era de 8709. De sólo fuentes oficiales: 7.400. (*) El corte en noviembre incorpora correcciones y nuevos datos de la Policía Nacional.

La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación registra en su informe 3.955 disidentes, rearmados y emergentes, con presencia en 200 municipios del país. La unidad que centraliza información sobre ‘Bandas Criminales Emergentes’ de la Policía Nacional, contabiliza 2.818 y la Defensoría del Pueblo alertó sobre la presencia de “grupos post AUC y/o no desmovilizados en 305 municipios de un total de 1.098, incluidas las principales capitales de Colombia. INDEPAZ, integrando esas fuentes y con las actualizaciones con base en los últimos informes de entidades oficiales, la MAPP/OEA y ONGs de derechos humanos contabiliza a noviembre 8 de 2007, 69 estructuras presentes en 24 departamentos, 224 municipios para un total de 6.724 efectivos armados de *narcoparas* y *neonarcoparas*.

Un panorama más completo se tendría incluyendo los datos de los 7 departamentos y 81 municipios mencionados por la Defensoría del Pueblo en los cuadros de presencia de grupos post AUC, que no han sido cuantificados.

Cuadro 2. Municipios identificados por departamento y tipo de actor fuente de amenaza

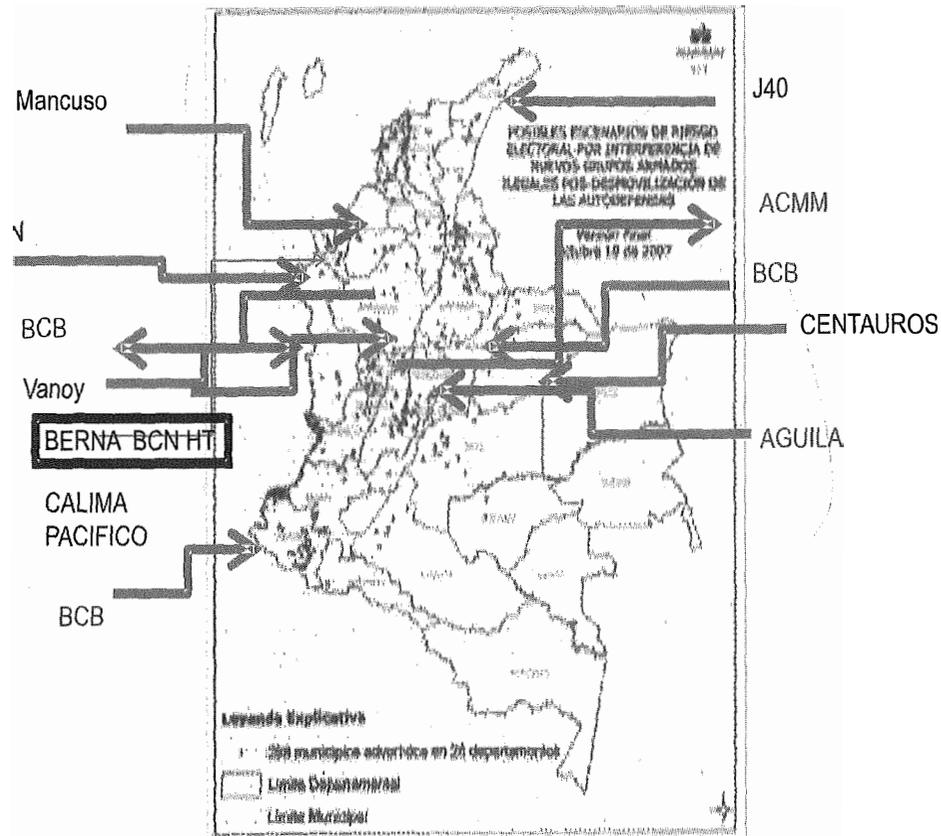
Departamento	Total	No desmovilizados	Nuevos grupos armados ilegales post desmovilización de las Auc	Otros Grupos Armados Ilegales OGAJ
Antioquia	23		23	
Arauca	7		7	
Atlántico	13		13	
Bolívar	22		22	
Boyacá	3		2	1
Caldas	13	6	8	
Cauca	6		6	
Casanare	8	2	6	
Cauca	7		6	2
Cesar	10		10	
Chocó	11		10	1
Córdoba	4		4	
Cundinamarca	10	2	10	
Guaviare	3	1	2	
Huila	1		1	
La Guajira	10		10	
Magdalena	19		19	
Meta	18	5	18	
Nariño	40		40	40
Norte de Santander	18		18	
Putumayo	5		2	4
Quindío	6		0	6
Risaralda	6		6	
Santander	19		19	
Sucre	9		9	
Tolima	17		17	1
Valle del Cauca	9		5	4
Vichada	4	1	4	
Total general	321	17	297	59

Fuente: Defensoría del Pueblo, octubre de 2007.

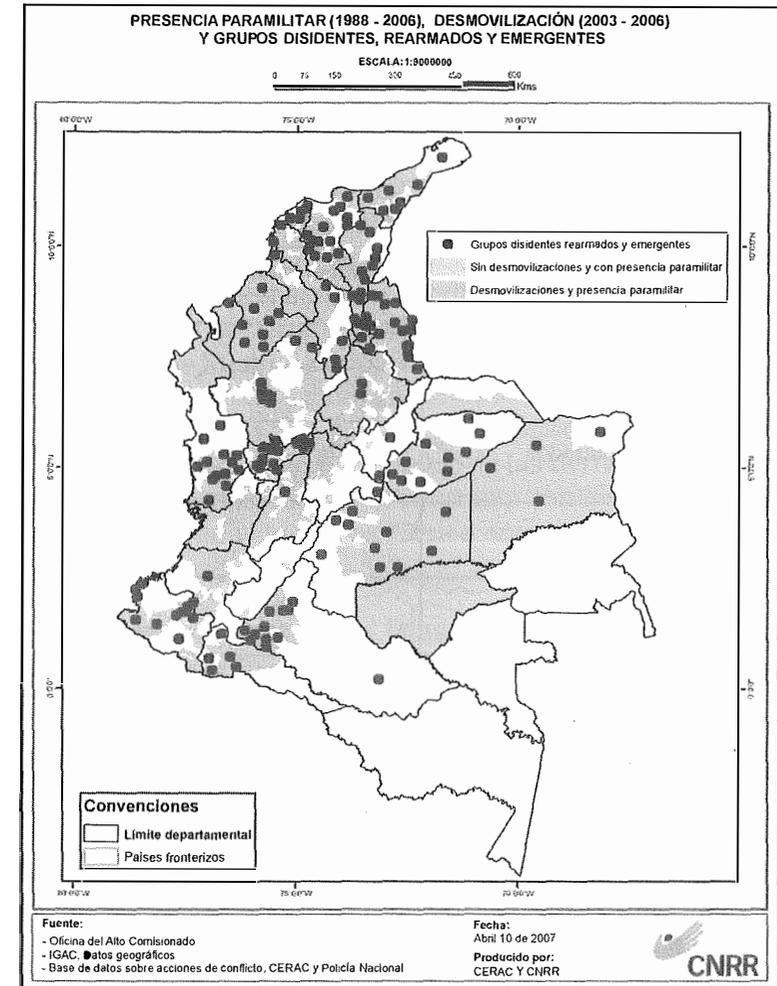
De los diversos informes se deducen, entre otras, las siguientes características de esos grupos:

1. Operan en las mismas zonas donde se encontraban las estructuras desmovilizadas.
2. Por lo menos la mitad de esas estructuras nuevas actúan en áreas de la economía de la cocaína: cultivos ilícitos, laboratorios y rutas de narcotráfico, los que da continuidad al negocio de los ex paras.
3. Tienen alguna presencia, con oficinas de cobro y bandas armadas, en importantes centros urbanos como Cúcuta, Santa Marta, Riohacha, Valledupar, Quibdó, Pereira, Medellín, Cartagena, Barranquilla, Bogotá, Pereira, Bucaramanga, Villavicencio, Neiva.
4. Vinculan a desmovilizados y en especial a mandos medios o segundos de las grandes estructuras.
5. En su mayoría son grupos entre 25 y 50 efectivos armados, salvo en las zonas rurales de Putumayo, Nariño, Meta, Guaviare, Choco, Vichada, Casanare, Norte de Santander y Cesar en las que hay grupos con más de 200 efectivos armados.
6. Combinan estructuras uniformadas y camufladas de civil.
7. En el último año muchos de los grupos han presentado cambios, proliferan unidades pequeñas y se da un reagrupamiento bajo la denominación de “Águilas Negras”, grupo que según la Defensoría tiene presencia en todos los departamentos.

Mapa 1. Grupos post desmovilización -narcoparas y neonarcoparas y bloques que participaron en las desmovilizaciones



Mapa 2. Grupos varios



Fuente, CNRR, 2007.

No Desmonte De Estructuras Económicas Ilegales

El proceso dirigido por el gobierno centrado en la dejación de armas, no tuvo ningún control efectivo sobre las estructuras armadas durante los meses o años del inoperante cese de hostilidades. Aunque se pactó como parte del cese de hostilidades que los efectivos se concentrarían esto no operó y solo se acuartelaron horas antes de la ceremonia de entrega de armas. Por su parte, la situación de los negocios ilegales y de la economía de los narcoparas o paranarcos no fue objeto de negociación concreta ni exigencia hacia la desmovilización. Dada la caracterización asumida por el gobierno de los paramilitares

como fuerzas antsubversivas se minimizó su relación con los negocios ilegales, en especial narcotráfico, acumulación de tierras y de inmuebles como lavado de activos y las prácticas de extorsiones, cobro de “*tributos para seguridad*” (Vgr. Empresas bananeras mencionadas por Mancuso y Chiquita Brands – sancionada en Estados Unidos-) y apropiación de rentas públicas mediante corrupción y el control de alcaldías, gobernaciones y otras instituciones estatales.

Cuadro 3. Estructura Económica

Conceptos	Observaciones y montos	Fuente
Valor estimado por AUC de bienes entregados al FRV en versión libre	Us \$125 millones	Paz -ion*
Valor de tierras desplazados por paras	Us \$ 2.500 millones	CGN - PGN
Ingresos a paras por narcotráfico 1995 - 2005	Us \$5.000	INDEPAZ
Ingresos por robo tolerado de gasolina	Reducción del 90%	
Hectáreas entregadas al FRV en versiones (4)	3.632	A. Social
Hectáreas de cultivos de coca erradicadas	Aprox. 800	Mancuso, “El Alemán”
Hectáreas de coca controladas	40.000	INDEPAZ
1996 - 2004	120.000	Mancuso
Impacto en exportación de cocaína 2003 - 2006:	Prome. 640 Ton. 776 Ton	UNODC DNE/06
Toneladas métricas producidas en zonas de control paramilitar 2003 - 2006	Ca. 200 tm/año	INDEPAZ
Precios cocaína 2003 - 2006	Se mantiene tendencia, leve aumento por interdicciones Gobierno de México	DEA

* Revista pazion de los exparamilitares. Paz: proceso de paz en marcha e iran. Ciudad de Dios. En: www.revistapasion.com

Tierras

Rafael Pardo, Ex Ministro de Defensa, en su libro “*Fin del paramilitarismo ¿Es posible su desmonte?*” afirma que “*La valoración de tierras en cabeza de jefes paramilitares que adquirirían predios baratos a causa de la presencia guerrillera, ha sido parte del proyecto paramilitar*”. Y agrega que ese propósito de enriquecimiento ha sido “*tanto o más importante que el mismo plan antsubversivo*”. Los espirales de violencia, terror, desplazamiento y destierro obedecen más a una lógica de acumulación de activos que de motivaciones políticas. Así que a la hora de los balances cabe preguntar sobre ¿cómo se ha avanzado en el desmonte de la paraeconomía latifundista que ha significado la más grande concentración de tierras en los últimos 50 años? La Procuraduría, la Contraloría y otras fuentes estiman que en las últimas dos décadas los narcos y los grupos armados aliados a ellos se han apropiado de más de 6.5 millones de hectáreas. Un cálculo conservador permite cuantificar en US\$2.500 millones de dólares el precio de las tierras acumuladas por los *narcoparas* y *paranarcos*, lo que contrasta con los US\$125 millones de dólares con los que valoran los bienes entregados para el fondo de reparación.

Cuadro 4. Bienes entregados al Fondo de Reparación de Víctimas

Postulado	Bienes
Manuel de Jesús Pirabán -	2 predios rurales “El Porvenir” “Pirata” -
B. Héroes del Llano	(910 has) y “San Javier” (995 has), en San Martín, 3 lotes (200 mtrs cada uno) en San Martín, 3 vehículos, 158 semovientes y col \$ 500.000.000.
Carlos Mario Jiménez - “Macaco” - BCB	1 Televisor y 2.614 semovientes
José Baldomero Linares M. - Guillermo Torres” o “El Colorado” - Meta Vichada	1 predio rural “Lucitania” (339 has) en Puerto Gaitán y 1 predio urbano (248 mts) en Puerto López.
Luis Arlex Arango Cárdenas - “Chatarro” - Héroes del Llano	Efectivo: Col \$ 32.000.000, 1 vehículo y prendas de vestir.
Fredy Rendón Herrera - “El Alemán” - BEC	397 semovientes, 4 motores, 1 apartamento con 1 parqueadero y 1 depósito, y 2 vehículos
Ramiro Vanoy Murillo - “Cuco Vanoy” - Minero	1 predio rural “La Cagada” (1.388 has) en Tarazá y 982 semovientes

Luis Arlex Arango Cárdenas - "Chatarro"- Héroes del Llano	1 motocicleta y 1 vehículo
Luis Cifuentes - "El Águila" - Cundinamarca	2 cheques Col \$ 60.000.000 c/u.
Javier Domingo Romero - Héroes del Llano	Efectivo: Col \$ 4.000.000
Francisco Antonio Arias- Héroes del Llano	Efectivo: Col \$ 3.000.000

Fuente: Acción Social, noviembre de 2007.

Lo cierto es que a pesar de la expropiación de miles de hectáreas y de la acumulación de bienes trasladados a una legión de testaferros, no se han decretado las medidas cautelares ni se cuenta con los mecanismos legales para devolvérselos a las víctimas o para su expropiación con destino a la reparación. A esto contribuye la existencia de procesos paralelos contra varios de los postulados. Por un lado ante la justicia ordinarias por delitos de narcotráfico y por otro los de la Ley 975. De esta manera los bienes pueden ir al Fondo de Estupefacientes en los primeros, o al Fondo de Reparación en los segundos. Mientras que "Macaco" entrega un televisor y algunas vacas y caballos para las víctimas, la Fiscalía ordena la extinción de dominio por delitos de narcotráfico de 17 bienes incluyendo 12 empresas y establecimientos de comercio.

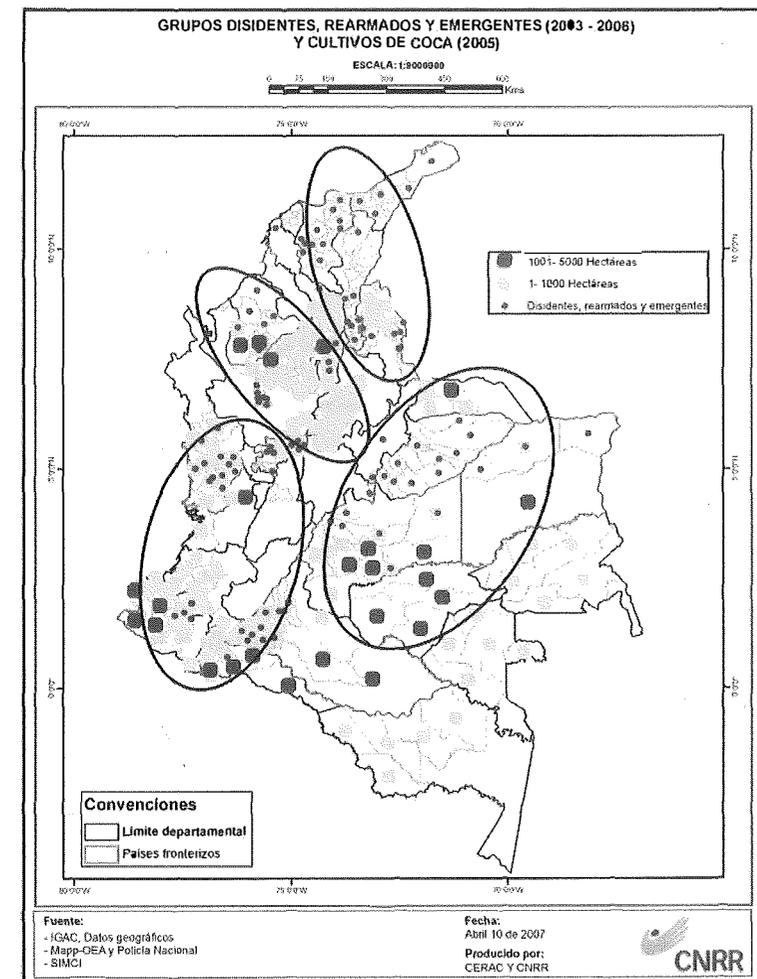
Narconeocios

El reciclaje de los negocios ilícitos del narcotráfico es también evidencia de la permanencia de las estructuras económicas asociadas a los grupos armados. Según cálculos de INDEPAZ durante los últimos diez años los *narcoparas* y *paranarcos* – independientemente de los ingresos de los carteles- recibieron cerca de US\$5.000 millones de dólares de sus negocios de tráfico de cocaína. Los jefes desmovilizados han informado que por este concepto recibían cerca del 70% de la totalidad de sus ingresos, y las autoridades de Colombia y de EE.UU han indicado que los paramilitares actuaron como uno de los mayores carteles, responsables del 40 al 50% de las exportaciones de cocaína a Europa y Estados Unidos. ¿Cómo explicar entonces que la desmovilización de las grandes estructuras militares no haya modificado la economía del narcotráfico? Entre 2003 y 2007 no se puede observar un impacto del desmonte de esos grupos en la reducción de exportaciones de cocaína. El reacomodo en los negocios ha sido automático y el flujo de narcóticos desde estas redes y sus suplentes se ha mantenido invariable en un promedio de 200 toneladas métricas año. Otro tanto puede afirmarse de los cultivos ilícitos que por lo menos en una tercera parte del total

nacional estaban bajo control de los paras antes de su desmovilización; Mancuso llegó a ofrecer la erradicación de 120.000 hectáreas sin que el tema fuera abordado en las negociaciones y a la fecha se tiene noticia de experiencias de erradicación iniciadas y no culminadas en Córdoba, Antioquia y Urabá en predios que no suman 800 hectáreas.

Se combinan entonces dos situaciones: Por un lado, según Jhon Walters, Jefe Antidrogas de EE.UU, "*algunos de los exjefes paras detenidos continúan en el tráfico*" y, por la otra, precisamente la más relevante, en la postdesmovilización se produjo un rápido relevo y los *neoparas* y *narcoparas* mantienen el negocio.

Mapa 3. Grupos y zonas del narcotráfico



Fuente: CNRR, 2007.

Los *paranarcos* han extendido sus negocios a otros países, como es el caso de Mancuso y “Jorge 40”, este último desde la cárcel, según la Fiscalía, continúa manejando el negocio y disputándolo con otros de los postulados. Por su parte, Mancuso es pedido en extradición por Estados Unidos (en asoció con un Sierra, personaje que inicialmente no fue admitido dentro de los postulados pero que actualmente se encuentra rindiendo versión libre) e Italia, por su vinculación con la mafia de Calabria, La’ Ndraguetta, circunstancia que condujo a 46 capturas en Italia, España y Colombia y a la ocupación de diferentes establecimientos comerciales.

Paranarcos

<p>MANCUSO</p> <p>1990. Grupo Los Tangueros.</p> <p>1995: Convivir “Horizonte Limitada”, Tierralta. actuaciones de 20</p> <p>1997: 1er laboratorio enCaucasia.</p> <p>1998. 1er envío de coca a USA.</p> <p>Jul. 2002. Disolución AUC por infiltración del narcotráfico.</p> <p>Sep/02. 4°. Cumbre – Reunificación.</p> <p>Marzo/03. Reunión con congresistas.</p> <p>Masacres Pichilí, Abeiba, El Salado, El Aro, Ituango, Mapiripán y Calatumbo – 1999 para sembrar coca).</p> <p>Vinculación con la mafia de Calabria, La’ Ndraguetta: 46 capturados en Italia, España y Colombia.</p> <p>Alianzas con Sierra acusado del tráfico más de 8 ton de coca a USA.</p> <p>Declaró: <i>“En materia de narcotráfico todo lo manejé yo”.</i></p>	<p>JORGE 40</p> <p>90s Tráfico armas</p> <p>1998. Detenido y liberado presuntamente Gr (R) Serrano.</p> <p>2001: Guerra contra Hernán Giraldo control narcotráfico en la Sierra Nevada de Santa Marta y propietario de laboratorios y coca.</p> <p>Cobra ‘impuesto’ embarcaderos, protección y rutas. VGR. Cartel del Norte del Valle.</p> <p>2004. Secuestro ex senador Gnecco Cerchar.</p> <p>Masacres Aracataca, zona bananera, El Salado.</p> <p>Barón electoral de Cesar (Hernando Molina) y Magdalena (Trino Luna).</p> <p>Abril/06. Entrega acompañado por presidenta del Senado, Dillian Francisca Toro, y el presidente de la Cámara de Representantes, Alfredo Cuello.</p> <p>Computador de “Don Antonio”: Infiltración DAS, Sector Salud, Incofer, DNE, entre otras.</p> <p>Disputas con “Diego Vecino”, Hubert Bánchez y Miguel y “Los Mellizos”.</p> <p>Abril/06: <i>“En un país como Colombia, en donde toda la economía está narcotizada, era imposible pretender que los actores armados, no cayéramos en esa narcotización”</i></p>
--	--

Rentas públicas y paratributos

A lo largo del proceso se han identificado algunos de los grandes negocios de apropiación ilícita de rentas públicas, tales como el robo en hospitales y en Empresas Promotoras de Salud, el cobro de porcentajes cercanos al 40% en los contratos de las entidades territoriales e instituciones públicas donde ubicaron a sus fichas o agentes de la parapolítica. También se han conocido las inversiones de lavado de activos en macroproyectos y Vicente Castaño informó de grandes operaciones en cultivos de tardío rendimiento especialmente en palma y maderables en el Urabá antioqueño financiados también por el gobierno nacional y departamental y algunos empresarios. Ni en los procesos dentro de la ley 975 ni en los de extinción de dominio se ha reflejado el desmonte de todas estas redes.

Los neoparas han heredado las redes mafiosas que capturan rentas en municipios de los departamentos controlados en el pasado por los grupos desmovilizados. Pero además aunque se han debilitado en algunas regiones, continúan los sistemas de cobro de tributos en centros urbanos, lo mismo que los negocios de microcrédito, “*chance*” y de usura.

Afin a los intereses de los *narcoparas* han estado las actividades relacionadas con el mercado inmobiliario y el lavado de activos como es el caso de Carlos Mario Jiménez, comandante del BCB, y de sus familiares, tal y como lo ha indicado la Fiscalía. El manejo de las economías ilícitas continúa después de la desmovilización, en el marco de los procesos de la Ley 975 e incluso desde los sitios en que se han ubicado los postulados, lo que ha llevado a que funcionarios del gobierno manifiesten que algunos de estos han perdido la posibilidad de acceder a los beneficios judiciales de esa norma. Recientemente se han denunciado los casos de *narcoparas* y *paranarcos*.

CRISIS DE LA PARAPOLÍTICA Y REACOMODO DEL RÉGIMEN MAFIOSO REGIONAL

El desmonte del paramilitarismo o del *narcoparaestatismo* ha sido hasta la fecha parcial y se han dado procesos de reciclaje y emergencia de grupos armados que han entrado a cumplir funciones similares a la de los desmovilizados pero ahora en un contexto de crisis y de retroceso de esta modalidad delictiva y deslegitimación de una justificación antiguerrilla. La desmovilización y la aplicación de la Ley 975 de 2005 han estado acompañadas de fuertes presiones nacionales e internacionales para una institucionalización de la lucha antissubversiva y la ruptura de vínculos entre funcionarios públicos, incluidos los militares, con grupos ilegales dedicados al narcotráfico o con fuertes vínculos con carteles. En este terreno se ubican las declaraciones del gobierno sobre el monopolio de la seguridad y de la fuerza armada en manos del Estado y la condena a cualquier grupo privado que se pretenda justificar como colaborador o suplente del Estado en la persecución del delito o protección frente a agresiones de la guerrilla.

Pero la magnitud que cobró en la última década el llamado fenómeno de la *parapolítica* y la captura o incidencia de los paras en las instituciones, lleva a destacar las advertencias sobre los reacomodos que intentan mantener el régimen mafioso con expresiones regionales e incursiones en instituciones estatales centrales. En el Congreso de la República los detenidos o investigados conservan sus cuotas, directamente o con sus suplentes, los partidos implicados desde su cúpula en la *parapolítica* se mantienen en la coalición de gobierno

y atesoran sus posiciones en el ejecutivo y en entidades que les han entregado como retribución a sus aportes electorales y parlamentarios, las políticas públicas en materia de tierras, macroproyectos y créditos no alteran los intereses de quienes han transferido sus activos de origen ilícito a terceros o testaferros.

En el destape de la *parapolítica* ha tenido un papel importante la Fiscalía, la Corte Suprema de Justicia y en especial los medios de comunicación que han dado despliegue a informes de la DEA, de extraditados, exparas en versión libre o de investigaciones sobre vínculos de funcionarios y grupos *narcoparas* o *paranarcos*. La pregunta que está pendiente de respuestas definitivas es sobre el nivel de penetración que habían logrado en algunas instituciones de carácter nacional y el alcance de las acciones judiciales para revertir su incidencia. Y también está pendiente la evaluación de los resultados electorales que indican un retroceso en ciertos niveles de importancia en departamentos y capitales donde los paras y la *parapolítica* han tenido control pero la continuidad de poderes locales o municipales y de alianzas de los *neoparas*, narcos y el clientelismo en más de 305 municipios.

El efecto de la implementación de la ley de justicia y paz y de la desmovilización de los grupos paramilitares en los Derechos Humanos de las mujeres en Colombia*

CORPORACIÓN SISMA MUJER-COLOMBIA**

RESUMEN

El artículo que se presenta a continuación aborda el tema de la violencia sexual contra las mujeres cometida por los grupos paramilitares, reconociendo de antemano que todos los actores armados, incluidas las guerrillas y los agentes del Estado, han victimizado a la mujer, han ejercido en su contra violencia sexual como una estrategia de guerra y, al igual que en el caso de los paramilitares, esta violencia ha sido invisibilizada. En el presente trabajo, la Corporación Sisma Mujer llama la atención sobre la falta de información disponible acerca del número de mujeres víctimas de cualquier forma de violencia sexual en el marco del conflicto armado, así como de los impactos que ese conflicto ha tenido en la vida de las mujeres y de las familias en el país, pese a que las violencias en su contra por razones de género en el conflicto armado colombiano son prácticas habituales, generalizadas y sistemáticas, que han sido utilizadas como estrategias de guerra, y frente a las cuales aún permanecen ausentes las medidas que tiendan a superar los obstáculos que enfrentan las mujeres para satisfacer sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

* Versión preliminar de la ponencia presentada por Liliana Rocío Chaparro M. de la Corporación Sisma Mujer-Colombia, en la jornada "Verdad contra impunidad: iniciativas en la defensa de los DDHH de las mujeres en situaciones de conflicto armado. La experiencia colombiana", organizada por AIETI. Madrid, 2008. Este documento recoge la experiencia de la Corporación Sisma Mujer a partir de la implementación de la Ley de Justicia y Paz

** La Corporación Sisma Mujer es una organización no gubernamental que trabaja por la defensa, promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres en Colombia. En desarrollo de esa misión, Sisma Mujer realiza acciones de investigación, de incidencia y de representación judicial, entre otras, con el objetivo de remover los obstáculos que impiden a las mujeres en Colombia gozar de una vida libre de violencias en las distintas esferas sociales: familiar, comunitaria, política, y en el marco del conflicto armado.

Palabras Clave: Derechos Humanos de las mujeres, violencia contra las mujeres, derechos de las víctimas, conflicto armado.

ABSTRACT

The effect of the implementation of the Law of Justice and Peace and the demobilization of the paramilitary groups on Women's Human Rights in Colombia

All armed groups in Colombia's internal conflict, including guerrilla and paramilitary groups as well as state forces, have exerted sexual violence on women. Although this violence has been a systematic and wide spread war strategy, it has mostly remained invisible to the public. Furthermore, there are no political measures which tend to overcome the obstacles women have to face when they want to satisfy their right to truth, justice and reparation. The present article focuses on sexual violence committed by paramilitary groups. It emphasizes the lack of information available with regard to the number of women who have become victims of this crime within the framework of the armed conflict as well as with regard to the conflict's impact on the lives of women and families.

Key words: Women's human rights, violence on women, victims' right, armed conflict

INTRODUCCIÓN

Este documento tiene como propósito reflexionar en torno a lo que ha significado para las mujeres en Colombia el conflicto armado, la negociación con los grupos paramilitares, su desmovilización, y el marco jurídico creado para satisfacer los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas de estos grupos irregulares¹. Sisma Mujer considera que la reflexión y acción alrededor de las afectaciones de la guerra en la vida de las mujeres, además de propiciar la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, permitirá a la sociedad en su conjunto avanzar hacia el reconocimiento de la persistencia de relaciones desiguales de poder como generadoras de violencia contra las mujeres, y el señalamiento de la impunidad como elemento propiciador de repetición, como asuntos claves para que estas verdades, sumadas a las de otros grupos poblacionales excluidos del debate nacional sobre la guerra, tengan la potencialidad de crear mecanismos de cambio en la conciencia social de manera que estos hechos no vuelvan a suceder.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 5 de julio de 2004, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, párr. 84.b.

La mirada de Sisma Mujer a esta problemática se alimenta de los análisis feministas que caracterizan la violencia sexual contra las mujeres en la guerra como un continuum de aquella que tiene lugar en tiempos de paz, como expresión del sistema patriarcal que valida y legitima estas conductas, así como la impunidad para los agresores.

Es necesario aclarar que este documento únicamente se referirá a la violencia contra las mujeres cometidas por los grupos paramilitares, debido a lo que han significado las negociaciones, desmovilizaciones y justicia especial que se ha creado para su tratamiento jurídico, en los escenarios político, económico, en el conflicto y, de manera particular, en la vida de las mujeres. No obstante, Sisma Mujer reconoce que todos los actores armados, incluidas las guerrillas y los agentes del Estado, han victimizado a la mujer, han ejercido en su contra violencia sexual como una estrategia de guerra y, al igual que en el caso de los paramilitares, esta violencia ha sido invisibilizada.

EL CONFLICTO ARMADO

Naturaleza de los grupos paramilitares y responsabilidad del Estado

Colombia ha vivido un conflicto armado desde hace más de cuatro décadas entre las guerrillas y el Estado. Este último, en respuesta a la violencia generalizada que vivía el país, desarrolló una legislación entre los años sesenta y finales de los ochenta (más de veinte años), en la que permitió a la población civil ampararse en armas de uso privativo de las fuerzas armadas, con lo cual posibilitó la creación de grupos de autodefensa, "cuyos fines principales eran auxiliar a la Fuerza Pública en operaciones antisubversivas y defenderse de los grupos guerrilleros".² Estos grupos de autodefensa, por tratarse de una estrategia contrainsurgente del Estado, que ofreció no sólo su apoyo legal, sino económico y especialmente militar, son comúnmente conocidos como grupos paramilitares.

Ha sido reconocido que esos grupos se fortalecieron hacia finales de los años setenta y comienzos de los ochenta, en los que se vincularon a sectores económicos y políticos, establecieron lazos con el narcotráfico, y algunos de ellos se transformaron en grandes terratenientes³.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia, 13 de diciembre de 2004. OEA/Ser.L/V/II.120.

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia, 13 de diciembre de 2004. OEA/Ser.L/V/II.120.

Esos grupos ilegales no han sido homogéneos en el tiempo ni en las regiones. No obstante, en la década de los ochenta se evidenció que todos ellos en su actuar antisubversivo no sólo combatieron a las guerrillas, sino que mediante masacres, desapariciones forzadas, torturas, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, control social, entre otras, causaron terror en la población y exterminaron a personas que consideraban “auxiliadoras de la guerrilla”, y a grupos poblacionales opositores, como la Unión Patriótica.

La responsabilidad del Estado colombiano en relación con los grupos paramilitares no se circunscribe únicamente al marco legal que propició su creación, sino que ha sido demostrado que algunos sectores del Estado apoyaron y permitieron su consolidación, como la realización de operaciones militares conjuntas entre esos grupos ilegales y la Fuerza Pública⁴.

Hacia finales de la década de los ochenta, el gobierno implementó medidas legislativas para frenar el crecimiento de esos grupos mediante la tipificación penal de la conformación de grupos paramilitares, no obstante, éstos continuaron actuando y fortaleciéndose por la acción u omisión de algunos sectores del Estado.

Los grupos paramilitares, que operaban como células independientes en diferentes regiones del país, en el año 1997 se agruparon bajo el nombre de Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), con la clara política de enfrentar a la guerrilla. Desde 1997 y hasta 2002, el conflicto tomó intensidades de gran proporción, en particular, por la cantidad de personas indefensas que fueron violentadas.

En el año 2002 asumió la presidencia Álvaro Uribe Vélez, con quien se iniciaron las negociaciones con los grupos paramilitares y sus consecuentes desmovilizaciones. Aún cuando ha sido reconocido que el acuerdo con estos grupos redujo el número de masacres, ha sido

Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, sentencia del 5 de julio de 2004; Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005; Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia del 31 de enero de 2006; Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia del 1 de julio de 2006; Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, sentencia del 11 de mayo de 2007. “Según ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pesar que el Estado alega no mantener una política oficial de incentivar la constitución de grupos paramilitares, ello no lo libera de la responsabilidad por la interpretación que durante años se le dio al marco legal que los amparó; por el uso desproporcionado dado al armamento que les entregó; y por no adoptar las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar debidamente sus actividades delincuenciales. Esto, sumado al hecho que miembros de la propia Fuerza Pública en ciertas áreas del país incentivaron a grupos de autodefensa a desarrollar una actitud ofensiva frente a cualquier persona considerada como simpatizante de la guerrilla”. En Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia, 13 de diciembre de 2004, OEA/Ser.L/V/II.120.

demostrado que esta disminución obedece a un cambio en la estrategia militar consistente en la comisión de homicidios selectivos⁵.

En la actualidad, los grupos paramilitares persisten en el país (ver *supra*) ya sea de manera autónoma o con la aquiescencia y complicidad del Estado.

En conclusión, el Estado colombiano es responsable por la creación de los grupos paramilitares; por el apoyo legal, financiero, político y militar que algunos sectores públicos brindaron a esos grupos; por su omisión, aquiescencia, y tolerancia, y por la falta de adopción de medidas oportunas, certeras y decididas que contrarrestaran su actuar delictivo. Producto de ello, miles de mujeres y hombres de todas las edades, condiciones étnicas, sociales y especialmente campesinos/as, opositores políticos, desplazados/as, sindicalistas, entre otros, fueron y siguen siendo víctimas de todo tipo de violaciones de sus derechos humanos.

Cifras de violaciones de los derechos humanos por parte de grupos paramilitares

El efecto del conflicto armado en Colombia aún no se ha cuantificado en su totalidad. No obstante, hablamos que, de acuerdo con la información de la Comisión Colombiana de Juristas (fuente no gubernamental), en el periodo comprendido entre julio de 1996 y junio de 2006, fueron ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas por razones sociopolíticas 31.656 personas, de las cuales el 45,63% (14.444 personas) son atribuidas a grupos paramilitares, el 13,55% (4.288 personas) a guerrillas, el 5,12% (1.620 personas) a agentes del Estado, y las restantes a grupos no identificados⁶. Adicionalmente, se habla de cerca de cuatro millones de personas (aproximadamente el 10% de la población total de Colombia) desplazadas forzadamente por cualquiera de los actores armados, de los cuales el 75% corresponden a mujeres, niñas y niños, como víctimas sobrevivientes.

La violencia sexual en el marco del conflicto armado

Pese a que existe un notorio interés tanto de las entidades del Estado como de las organizaciones no gubernamentales en conocer el impacto del conflicto armado en la población, no existe siquiera un acercamiento a lo que la guerra ha significado para las mujeres en

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia, 13 de diciembre de 2004, OEA/Ser.L/V/II.120, párr. 63.

⁶ Ver Comisión Colombiana de Juristas, “Total de víctimas muertas y porcentaje de autoría por presuntos autores, según períodos julio de 1996 a junio de 2006”. Disponible en www.coljuristas.org

Colombia. Así, no se conocen datos sobre el número de mujeres víctimas de cualquier forma de violencia sexual en el marco del conflicto armado, ni de los impactos que ese conflicto ha tenido en la vida de las mujeres y de las familias en el país.

Esta desinformación obedece a diferentes causas de origen externo e interno, que a continuación señalamos, y que implican que el subregistro de la violencia sexual dentro y fuera del conflicto armado llegaría a ser del 95%⁷:

1. Existe una renuencia a denunciar ante las autoridades los hechos de violencia sexual por el temor de las mujeres a ser estigmatizadas, señaladas, rechazadas y culpabilizadas por su entorno familiar y social. Ello, en virtud de la profunda visión patriarcal de nuestra sociedad que indica que las mujeres violadas lo han sido por su culpa, porque han provocado al violador, o porque no opusieron suficiente resistencia al hecho, lo que haría notar su voluntad. La violencia sexual es el único delito en el que quien afronta la culpa es la víctima y no el victimario.
2. Consecuencia de lo anterior, la renuencia a denunciar obedece a la desestructuración emocional que enfrentan las mujeres que han sido víctimas de violencia sexual: estados depresivos, enfermedades psicosomáticas, alteraciones en la sexualidad, trastornos en las relaciones interpersonales, baja autoestima, comportamiento autodestructivo, desmoronamiento de los valores, refuerzo de las inequidades de género⁸, entre otras, son las posibles consecuencias psicosociales que enfrentan las víctimas de violencia sexual y que les impide enfrentarse al aparato judicial para solicitar la investigación y sanción a los culpables.
3. Otra razón que impide la denuncia de los hechos es que muchas mujeres consideran que la violencia sexual en su contra es un hecho “normal” que deben soportar por el

hecho de ser mujeres. No existe en muchas de ellas una conciencia de que la violencia sexual es un delito que tiene una sanción y, por el contrario, se cree que los hombres tienen el derecho de acceder a sus cuerpos naturalmente. En general, en las mujeres víctimas de violencia sexual por razón del conflicto armado interno confluyen de manera simultánea factores tales como el escaso acceso a recursos económicos, procedencia rural, y pocas posibilidades educativas, que las colocan en los últimos lugares de la estratificación de la justicia. Como consecuencia de ello, las mujeres no conocen los procedimientos para interponer una denuncia, ni tienen acceso a un abogado o abogada que las represente.

4. La denuncia de cualquier hecho violatorio de derechos humanos en el marco del conflicto armado ubica a la víctima en una situación de riesgo y peligro para su vida y la de su familia. Sin embargo, aunque la violencia sexual no requiere de denuncia para ser investigada, es decir, es de investigación oficiosa, por el hecho de ser un delito cometido normalmente en espacios privados implica, a diferencia de delitos cometidos públicamente, que la activación del aparato judicial únicamente se dará si la víctima denuncia los hechos.

Esto debería redundar en la existencia de una política pública destinada a proteger a las víctimas denunciantes y, en particular, esa política debería tener en cuenta las condiciones especiales en las que se encuentran las mujeres y sus necesidades particulares. En situaciones de conflicto como las que vive en la actualidad Colombia, para que una mujer que ha sido víctima de violencia sexual se decida a denunciar, debe prepararse para desplazarse forzosamente.

El Estado colombiano tiene un programa de protección conocido como “intramural”, consistente en el aislamiento de la persona que se encuentra en riesgo durante un tiempo indeterminado en el que no puede salir, ni tener contacto con sus familiares y entorno social, y después del cual es reubicada en algún lugar del país sin suficiente apoyo para su sostenimiento. Esta opción normalmente es rechazada por las mujeres porque no tiene en cuenta sus condiciones particulares, como el hecho de tener un núcleo familiar sobre el cual responder. Aceptar ese programa significaría

⁷ Según “El devenir de normas y valores tradicionales sobre la sexualidad en Colombia”, artículo publicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, “Se sabe por ejemplo que en los Estados Unidos, uno de cada cuatro delitos sexuales es denunciado y en Colombia esta proporción puede llegar a ser uno de cada veinte”, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, s.f.. Disponible en www.medicinalegal.gov.co

⁸ Ponencia presentada por la Corporación Sisma Mujer en el Segundo Foro Taller, Perspectiva de género: derechos y acceso a la justicia, organizado por la Universidad Internacional de la Florida. “La experiencia del litigio a mujeres víctimas de violencia sexual y de género en la Corporación Sisma Mujer”, febrero 21 de 2008, Bogotá.

dejar a sus hijas e hijos o llevarlos consigo impidiéndoles continuar con su desarrollo normal.

5. Las entidades oficiales y no oficiales que se han encargado de recoger la información sobre los efectos del conflicto armado en Colombia han obviado, consciente o inconscientemente, registrar la violencia sexual. Ello obedece, entre otras razones, a una desestimación que se hace en tiempos de paz y que se extiende a la guerra, consistente en creer que la violencia sexual es un hecho privado o un delito de menor jerarquía en comparación con otros como el homicidio, el secuestro, la desaparición o la tortura. Consecuente con ello, no se investiga sobre la ocurrencia de violencia sexual cometida en el marco de otros delitos, por ejemplo: en el caso de mujeres encontradas en fosas comunes, no se indaga sobre si hubo o no violencia sexual antes de su ejecución; en las masacres no se establece si se separaron por grupos a hombres y mujeres, y en caso afirmativo qué ocurrió con ellas.

De otra parte, se cree que la única violencia sexual es la violación, y se dejan de registrar e investigar otros hechos como la esclavitud sexual, la prostitución forzada o la anticoncepción forzada. De registrarse lo hacen como torturas.

En muchos casos, quien recolecta la información prefiere “pasar de largo” por vergüenza, consideración con la víctima, falta de herramientas metodológicas y emocionales para profundizar en el tema, o incapacidad de la entidad u organización para continuar un necesario acompañamiento a la víctima cuando se evidencia ocurrencia de violencia sexual.

De acuerdo con información oficial, durante el año 2006 fueron reportados 71.186 dictámenes sexológicos, de los cuales 71 casos corresponderían a actores armados. De estos casos, 64 de los agresores son hombres y 7 son mujeres. Estas cifras corresponden al número de casos que la administración de justicia debió conocer en 2006 sobre violencia sexual en el conflicto armado. No obstante, consultada sobre denuncias de violencia sexual por parte de actores armados durante el periodo comprendido entre el año 2000 y el 2006, la Fiscalía, entidad encargada de la investigación criminal en el país, reportó 127 investigaciones por estos hechos. Esto equivale a un promedio de 21 investigaciones por año aproximadamente.

6. La experiencia de otras mujeres que han decidido denunciar los hechos y que han sido revictimizadas por el aparato judicial, promueve la impunidad y desestimula la denuncia. Las autoridades encargadas de investigar y juzgar a los responsables de delitos sexuales suelen reproducir dentro de esa labor pública sus prejuicios y taras sociales en torno a los delitos sexuales. Sisma Mujer ha conocido de casos en los que las autoridades en vez de investigar a los victimarios, han investigado la vida sexual anterior de la víctima, incluso si se trata de niñas, y han absuelto a los victimarios bajo el argumento de posible prostitución o voluntad. En otros casos, hemos conocido de mujeres que en situación de conflicto, sometidas bajo el yugo de las armas y del temor, han sido culpabilizadas por no haber opuesto suficiente resistencia física. Esa revictimización e impunidad ha hecho que muchas mujeres se abstengan de denunciar.
7. En el caso del conflicto armado, Sisma Mujer ha tenido conocimiento y representa casos de mujeres que han sido víctimas de violencia sexual por sujetos indeterminados. Ello significa que la víctima puede conocer el grupo armado que la victimizó, pero le es imposible identificar al responsable ya sea porque su rostro no era visible, porque le impidieron verlo, porque era más de un agresor, etc. Ello hace creer a las mujeres que acceder al sistema judicial será improductivo porque no podrá identificar a su(s) agresor(es), sin considerar que es obligación del Estado investigar los hechos.
8. A todo lo anterior se suma una profunda desconfianza frente a operadores/as de justicia, de manera especial respecto de la Fiscalía, encargada de la investigación criminal en el país. Esporádicamente, la opinión pública conoce noticias sobre infiltración de actores armados, aun en los más altos niveles. Esta desconfianza se encuentra plenamente fundamentada. Varios de los mandos paramilitares que se han acogido a los procedimientos de justicia y paz han dejado claro al país la innegable vinculación que han mantenido con ejército, policía, organismos de seguridad y administración de justicia. Hasta finales del año pasado, 45 congresistas habían sido vinculados al proceso de lo que en el país se ha llamado “la parapolítica”⁹.

⁹ Indepaz, “Parapolítica y Congreso”, noviembre de 2007. Disponible en www.indepaz.org.co

Por todo lo anterior, no es posible determinar el número de mujeres que han sido víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado. No obstante, organismos internacionales de derechos humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las Naciones Unidas han reconocido que las violencias en contra de las mujeres por razones de género en el conflicto armado colombiano son prácticas habituales, generalizadas y sistemáticas¹⁰, y han sido utilizadas como estrategias de guerra¹¹.

La violencia en contra de las mujeres por el hecho de serlo ha impactado no solamente a aquellas que no tienen relación con el conflicto, sino también a las mujeres combatientes. En el año 2001, la Relatora de las Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres encontró la existencia de esclavitud sexual, esclavitud doméstica, violación, mutilación sexual, abuso sexual y violación de derechos reproductivos de mujeres combatientes como la anticoncepción y la esterilización forzadas.

En relación con las mujeres no vinculadas al conflicto o pertenecientes a la población civil, los organismos internacionales de derechos humanos han encontrado la ocurrencia de violencias¹² en su contra como las violaciones sexuales (individuales y múltiples), la esclavitud doméstica, la prostitución y esclavitud sexual, las mutilaciones sexuales, los embarazos forzados, los abortos forzados, la anticoncepción forzada, otras modalidades de violencia sexual de gravedad comparable, el control social como imposición de comportamiento social, castigos por “mala conducta”, reafirmación de los valores conservadores y la diferencia de roles entre varones y mujeres, y el desplazamiento forzado, entre otras formas de violencia física, psicológica y sexual utilizadas.

La Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, donde confluyen diversas organizaciones no gubernamentales de derechos humanos

que atienden la problemática de las mujeres, en su sexto informe sobre violencia sociopolítica contra las mujeres en Colombia, correspondiente al año 2006,¹³ encontró entre las modalidades de violencia sexual contra las mujeres: violaciones perpetradas sobre mujeres organizadas o defensoras de los derechos humanos de las mujeres; control de la reproducción sobre mujeres indígenas o afrocolombianas o de otras comunidades igualmente marginadas; dificultad en el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva debido al control territorial o la disputa territorial por parte de los actores del conflicto; imposición de prácticas de control de la reproducción y el aborto sobre las niñas y mujeres combatientes; asesinato y violación de mujeres cabeza de familia y cuyas parejas estaban ausentes, argumentando que la ausencia de compañero se debía a su pertenencia a la guerrilla; control sobre la vida íntima de las personas, en particular de las mujeres; imposición de normas sexistas y homofóbicas mediante el control sobre prendas y accesorios, la persecución, la violación de mujeres lesbianas; ejecución de mujeres cero positivas; secuestro y esclavitud sexual de mujeres y niñas; secuestro de mujeres para que realicen tareas domésticas, como cocinar y lavar para los combatientes.

En relación con estas violencias, tanto la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas, como la Relatora para los derechos de las mujeres de la Comisión Interamericana, han reconocido que el grado de impunidad en los crímenes sexuales en contra de las mujeres en Colombia es alto, lo que propicia su perpetuación y conlleva la denegación de justicia para las víctimas y sus familiares. Así mismo, han expresado preocupación por el tratamiento que el sistema de justicia penal brinda a las mujeres víctimas de esos crímenes, así como las pocas investigaciones, judicializaciones y condenas en estos casos¹⁴.

Este panorama de subregistro y desconocimiento de la violencia sexual como una práctica sistemática y generalizada en el conflicto y, en particular, por grupos paramilitares, ha redundado en la desestimación de estos hechos y, en consecuencia, en la ausencia de medidas que tiendan a superar los obstáculos que enfrentan las mujeres para satisfacer sus

¹⁰ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy. E/CN.4/2002/Add.3, 11 de marzo de 2002, 58 periodo de sesiones.

¹¹ OEA/Ser.L/V/II., Doc. 67, 18 de octubre de 2006. Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la visita in loco a Colombia, conducida por la relatora para los derechos de las mujeres de la CIDH, Susana Villarán.

¹² Las referencias a esas violencias se encuentran en Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy. E/CN.4/2002/Add.3, 11 de marzo de 2002, 58 periodo de sesiones; OEA/Ser.L/V/II., Doc. 67, 18 de octubre de 2006. Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Informes de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia de los años 2002 (E/CN.4/2003/13, 24 de febrero de 2003), 2003 (E/CN.4/2004/13, 17 de febrero de 2004), 2004 (E/CN.4/2005/10, 28 de febrero de

¹³ Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, “Sexto informe sobre violencia sociopolítica contra las mujeres, jóvenes y niñas en Colombia. Seguimiento a las recomendaciones de la Relatora sobre Violencia Contra las Mujeres”. Disponible en www.mujeryconflictoarmado.org

¹⁴ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy. E/CN.4/2002/Add.3, 11 de marzo de 2002, 58 periodo de sesiones; OEA/Ser.L/V/II., Doc. 67, 18 de octubre de 2006. Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la visita in loco a Colombia, conducida por la relatora para los derechos de las mujeres de la CIDH, Susana Villarán.

derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Esta situación se ha puesto de manifiesto con la implementación de la ley de justicia y paz, y con las desmovilizaciones de los grupos paramilitares.

LEY DE JUSTICIA Y PAZ

La campaña presidencial de Álvaro Uribe Vélez, realizada entre 2001 e inicios de 2002, tuvo como principal argumento la destrucción vía militar de los grupos armados que no negociaran con el gobierno y, para aquellos que cesaran previamente las hostilidades, abría negociación. Una vez nombrado como presidente, se inició en diciembre de 2002 el proceso de negociación entre el gobierno y los grupos paramilitares, tras la declaración del cese unilateral de hostilidades por parte de dichos grupos. Esas negociaciones consistieron en la forma como se harían las desmovilizaciones y en los beneficios jurídicos que obtendrían sus tropas, y no en razones o concesiones políticas como corresponde a un grupo político, lo que obedece a que la naturaleza de esos grupos paramilitares era de apoyo al Estado y no de oposición o de cualquier tipo de exigencia al mismo.

Producto de esas negociaciones, el Congreso de la República y el gobierno nacional han desarrollado todo un marco normativo¹⁵ tendiente a reincorporar a la vida civil a los y las combatientes, y a iniciar procesos judiciales, que gira en torno a lo establecido en la denominada Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), que sólo es aplicable a delitos cometidos antes del 25 de julio de 2005.

LOS VICTIMARIOS EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

El indulto

Previo a la aprobación de la Ley de Justicia y Paz, vía decreto gubernamental (Decreto 128 de 2003), se estableció que los paramilitares que al momento de su desmovilización no tuvieran cargos en su contra aparte del concierto para delinquir, es decir, no tuvieran investigaciones o condenas por la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, serían eximidos de responsabilidad. Bajo ese marco legal

¹⁵ Ese marco normativo está compuesto por la Ley 782 de 2002, el Decreto 128 de 2003, la Ley 975 de 2005, los decretos reglamentarios 4760 de 2005, 2898 de 2006, 3391 de 2006, 4417 de 2006, 315 de 2007 y 3570 de 2007. Adicionalmente, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005 y corrigió mediante sentencias algunos de los principales problemas que ésta tenía. Esas sentencias son: C-127 de 2006, C-319 de 2006, C-370 de 2006, C-400 de 2006, C-426 de 2005, C-455 de 2006, C-476 de 2006, C-531 de 2006, C-575 de 2006, C-650 de 2006, C-670 de 2006, C-719 de 2006 y C-080 de 2007.

se desmovilizaron colectivamente 31.671 paramilitares, de los cuales 28.758 fueron indultados o recibieron medidas equivalentes o están en ese proceso. Para recibir el beneficio no fueron judicializados, no tuvieron que aportar a la verdad, ni confesar los delitos que hubieran podido cometer y sobre los cuales no tuvieran procesos judiciales, ni aportar a la reparación. El decreto partió de la presunción de que si al momento de la desmovilización el paramilitar no tenía procesos judiciales abiertos en su contra, significaba que no había cometido graves delitos ni crímenes contra la humanidad. Nada más alejado de la realidad de un conflicto armado. Esa medida privó a las víctimas y a la sociedad en general de conocer todos los delitos que esos desmovilizados cometieron, o de los que tuvieron conocimiento, afectando gravemente el derecho a la verdad.

No obstante, la Constitución colombiana establece que únicamente podrán ser beneficiarios de indultos o amnistías quienes hubieran cometido delitos políticos. Aunque el gobierno y el Congreso en sus normativas aprobaron el indulto por el concierto para delinquir entendido como el delito político de sedición, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 11 de julio de 2007, decidió que el concierto para delinquir era un delito común y no político y, en consecuencia, no podrían ser indultados quienes lo hubieran cometido.

En la actualidad, entonces, existe un vacío jurídico en relación con todos aquellos desmovilizados que no fueron beneficiados de la medida de indulto y que, en consecuencia, deberán ser judicializados. Esta es una excelente oportunidad para remediar la gravedad de indultar paramilitares sin cuestionar su actividad delictiva.

En relación con los delitos sexuales, tal como se señaló en la primera parte de este documento, la denuncia es irrisoria en comparación con la realidad de su ocurrencia. En este sentido, que el gobierno hubiera aprobado la medida de exoneración de responsabilidad a quienes no tuvieran delitos distintos al concierto para delinquir al momento de su desmovilización, afecta desproporcionadamente a las víctimas de violencia sexual. Esa medida significa que muchas mujeres no podrán acceder a la Ley de Justicia y Paz para reclamar sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, en tanto que es posible que sus agresores hubieran sido beneficiarios de ese indulto. Aun cuando podrían acceder a la justicia ordinaria, esos paramilitares desmovilizados ya no se encontrarán a disposición de las autoridades, y difícilmente podrían ser capturados.

La postulación

En relación con los paramilitares que tenían procesos judiciales –por hechos distintos al concierto para delinquir– al momento de su

desmovilización, la Ley de Justicia y Paz estableció un procedimiento distinto al ordinario para su judicialización. Este procedimiento iniciaba con la postulación que el mando, vocero o representante del grupo paramilitar debía hacer al gobierno y este a su vez a las autoridades judiciales. Esa postulación consistía en listar a los paramilitares que hacían parte de sus bloques o filas, y que debían ser beneficiarios de las medidas. Eso ha conllevado que algunos paramilitares que habían confesado previamente crímenes y dado información de sus compañeros no fuesen postulados en venganza, o que lo fuesen paramilitares que estaban presos o pagando condenas al momento de la desmovilización. Este último aspecto hace temer por la vida de víctimas que, como en un caso conocido por Sisma Mujer, habían sido testigos en procesos judiciales que terminaron con sentencia condenatoria, en la que jueces, fiscales y autoridades judiciales fueron asesinadas por administrar justicia, y en las que los condenados estarán próximos a salir por los beneficios recibidos.

La confesión

La ley de justicia y paz estableció que el proceso judicial se basaría en la confesión de los delitos que el paramilitar hubiere cometido, a cambio de ser condenado a una pena alternativa entre 5 y 8 años. Esa confesión incluye la alusión a los lugares donde se encuentran las personas desaparecidas. El proceso, entonces, se inicia con una diligencia de versión libre, en la que el paramilitar deberá confesar todos los crímenes que cometió o de los que tuvo conocimiento. Si posteriormente se llegase a comprobar, mediante sentencia condenatoria expedida antes de declararse extinta la pena alternativa¹⁶, que además de los confesados tuvo participación en alguno otro, perderá los beneficios de la pena alternativa y deberá pagar la pena ordinaria (cuyo máximo es de 40 años).

Las versiones libres

Tal como se mencionó, el procedimiento de justicia y paz se inicia con las versiones libres en las que el paramilitar debe confesar todos los

¹⁶ De acuerdo con la Ley 975 de 2005, después de cumplida la pena alternativa (5 u 8 años), viene un tiempo de libertad a prueba por la mitad del tiempo de la pena alternativa, es decir, entre 2 años y medio y 4 años, dependiendo de la condena. Una vez concluido ese periodo de supervisión se declara extinguida la pena. Así, si la condena fue de 5 años, la pena se extingue a los 7 años y medio. Si la condena fue de 8 años, la pena se extingue a los 12 años. Dentro de este término se debe expedir la sentencia condenatoria por el delito que el desmovilizado haya omitido en su confesión. De lo contrario no pierde el beneficio de la pena alternativa, y sólo debe enfrentar la pena por el delito omitido.

delitos cometidos y de los que haya tenido conocimiento. Esa versión libre es liderada por la Fiscalía, entidad encargada de la investigación de delitos en Colombia.

La metodología y la dinámica presentada en las versiones libres permiten señalar algunos obstáculos que impiden a las víctimas participar de manera activa en esas diligencias: en primer lugar, las víctimas enfrentan graves dificultades para acceder a los procesos judiciales, la pobreza y la vulnerabilidad de la mayoría de los y las sobrevivientes del conflicto dificulta aún más el acceso al proceso, y afecta en especial a las mujeres; en segundo lugar, persiste una falta de claridad sobre las entidades que tienen la obligación de atender y asesorar a las víctimas, lo que ha generado desinformación sobre la manera de participar en las versiones; en tercer lugar, la ausencia de una real desmovilización ha generado en las víctimas temores fundados a participar en las versiones, por miedo a ser revictimizadas y, en cuarto lugar, el procedimiento establecido para la participación de las víctimas en las versiones señala que la víctima debe formular preguntas a través de la fiscalía quien decide cuáles considera pertinentes, disposición que ha sido muy cuestionada porque la intermediación de la Fiscalía limita la adecuada y efectiva participación de las víctimas¹⁷.

Sisma Mujer ha hecho una revisión de setenta versiones libres de paramilitares, de la cual puede concluir, entre otras situaciones, que los homicidios y otros crímenes reconocidos por los paramilitares contra las mujeres son justificados mediante dos argumentos recurrentes: se produjeron por su relación con la guerrilla como auspiciadoras, familiares, compañeras afectivas, etc.; o fueron consecuencia de actividades de “limpieza social” desde las cuales se producía la muerte a prostitutas y delincuentes.

Las preguntas de la Fiscalía se dirigen de manera general hacia el conocimiento de algún hecho en el que hubieran resultado mujeres víctimas de violaciones o abusos sexuales y no de otras formas de violencia.

En las versiones en las que la Fiscalía indagó directamente por la comisión de algún crimen sexual, los autores responden que no conocen hechos de esta naturaleza, que estas conductas eran castigadas dentro de los grupos, y que la responsabilidad sobre esos delitos es individual para quienes los ejecutaron, y no era una práctica de los grupos a los

¹⁷ La Procuraduría General de la Nación exhortó a la Fiscalía General de la Nación para que permitiera a las víctimas formular preguntas al postulado directamente, o a través de su apoderado. Ver Procuraduría General de la Nación, Directiva Número 008 de 2007. Tema: Instrucciones para la garantía de la participación judicial de las víctimas en el marco de la Ley 975 de 2005.

que pertenecían. Cabe anotar que esta negación permanente de crímenes también se presenta en hechos de reclutamiento de menores de edad y desaparición forzada. En el caso en que quien rinda versión responda positivamente, no se profundiza en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que acompañaron estos hechos, ni se intenta esclarecer los autores. Adicionalmente, cuando los agresores confiesan asesinatos de mujeres, la Fiscalía no profundiza sobre los hechos de violencia sexual que pudieron anteceder el homicidio.

Por otra parte, del estudio de las versiones libres es de destacar que existe una clara vinculación de mujeres a estas estructuras armadas. De manera sistemática los interrogados han sostenido que el tipo de labores asignadas estaban por fuera del combate directo, es decir, las mujeres se limitaban a actividades financieras, médicas, de inteligencia o domésticas, siendo esta última la más frecuente. Al no existir conciencia sobre delitos de género y de violencia sexual referidos a esclavitud forzada, prostitución forzada, e inducción a la prostitución, no se evidencia indagación por parte de la Fiscalía o del Ministerio Público sobre las circunstancias de la vinculación de estas mujeres a los grupos y el tratamiento que recibían en ellos.

A pesar de que es una constante la mención por parte de los interrogados sobre su labor policial o de autoridad local en los territorios y las comunidades donde ejercían control, no hay claridad frente al tipo de control sobre la vida cotidiana de las comunidades y, por ende, no hay un panorama general sobre el impacto en la vida de las mujeres, y la posible violencia de género y su magnitud en estos lugares del país. Este hecho contrasta con los testimonios obtenidos por las organizaciones de mujeres, principalmente desde el trabajo de la Mesa de Mujer y Conflicto Armado, que en sus informes anuales ha demostrado la victimización de las mujeres en las zonas dominadas por los paramilitares en violencias que van desde la prostitución forzada hasta la esclavitud doméstica, pasando por la injerencia en los conflictos familiares y personales, etc.

En general, las versiones libres hasta ahora realizadas permiten deducir que no existe una voluntad de parte de los interrogados de confesar hechos de violencia sexual, ni de parte de las autoridades competentes de indagar por ellos.

La pena

Los paramilitares condenados pueden cumplir la pena bajo el principio de gradualidad, que establece que ésta se cumple en tres periodos: un primer periodo cerrado, un segundo periodo semiabierto y un tercer periodo abierto. Eso implica que una parte de la pena alternativa (de máximo ocho años) no consistiría en una efectiva pena privativa de la libertad.

La pena alternativa no puede ser objeto de rebajas adicionales. Esta declaración fue hecha por la Corte Constitucional ante la norma que establecía que el tiempo de estadía en zonas de ubicación podía entenderse como pena cumplida.

La reparación

Uno de los requisitos para acceder a los beneficios jurídicos de la Ley de Justicia y Paz consiste en que el desmovilizado debe entregar todos los bienes adquiridos lícita e ilícitamente, quedándose sólo con aquella parte de su patrimonio que requiera para su digna subsistencia. Esos bienes deberán ser usados como parte de la reparación a las víctimas. Si el patrimonio del desmovilizado es insuficiente para repararlas, responde el bloque al que el desmovilizado pertenecía. Si tampoco en ese caso hay bienes suficientes, el Estado responde subsidiariamente.

De otro lado, se entiende como medida de reparación colectiva la entrega por parte de los desmovilizados de bienes destinados al desarrollo de proyectos productivos en zonas afectadas por la violencia, que beneficien a desplazados/as, campesinos/as y reinsertados/as que carezcan de medios económicos para su subsistencia, otorgándoles participación en la propiedad y los medios de producción. De esta manera, las víctimas se ven involucradas en procesos comunitarios y de reconciliación con victimarios, muchas veces en las tierras que han sido usurpadas, sin que se den condiciones de seguridad y libertad para las víctimas debido a la persistencia de la intimidación sobre ellas. Consideramos que en casos de crímenes de lesa humanidad, esas medidas resultan revictimizantes y no son reparadoras. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó su preocupación por el hecho de que “más allá de su intención general, pueden generar o agravar tensiones entre la población civil y los desmovilizados en vista del temor a represalias que perdura en vastas zonas del país”¹⁸.

LAS VÍCTIMAS EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ: LAS MUJERES

El acceso a la ley de justicia y paz

Para la atención a víctimas se diseñó el “registro de hechos atribuibles a grupos armados al margen de la ley”. En total han diligenciado esos formatos 109.892 víctimas, quienes aspiran a poder reclamar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación en los procesos judiciales,

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales”, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc 6, 2 de octubre de 2007.

de las cuales 17.876 son mujeres (16,26%). Sin embargo, apenas 82 denuncias se refieren a casos de violencia sexual¹⁹.

Las víctimas del conflicto armado, incluidas las mujeres víctimas de violencia sexual, son pobres y viven en zonas marginadas, muchas de ellas en el campo o en pequeños corregimientos o pueblos en donde la institucionalidad del Estado es débil. Si bien se han implementado mecanismos de convocatoria a víctimas a través del periódico de circulación diaria nacional, así como a través de medios electrónicos, dichos medios no tienen la cobertura suficiente en veredas, caseríos y corregimientos, donde se encuentran muchas de las víctimas que podrían estar interesadas en participar en el procedimiento de justicia y paz. Adicionalmente, esos mecanismos de convocatoria no son del todo claros para personas cuyo nivel de educación es bajo y no conocen la estructura del Estado.

De otro lado, las encargadas de atender a las víctimas son instituciones del Estado²⁰ que no tienen presencia en todo el territorio, o por lo menos en todos los municipios del país. Las unidades de defensores públicos de víctimas en Justicia y Paz de la Defensoría se encuentran únicamente en las ciudades donde se están los tribunales, esto es, en Barranquilla, Medellín y Bogotá. De tal manera, las y los abogados de la Defensoría desarrollan la representación judicial sin tener contacto directo con la víctima.

El ambiente para las víctimas de violencia sexual es muy árido, pues no se les da una asesoría o acompañamiento especial que tenga en cuenta las particularidades de su caso. Así, no existen personas capacitadas para la atención de este tipo de delitos, ni un equipo multidisciplinario que pueda atender a las mujeres víctimas, y ni siquiera existe una infraestructura que les permita contar sus violaciones en un lugar privado y exento de cualquier intromisión. El procurador general de la nación instó al gobierno nacional, a las autoridades judiciales y a la Comisión Nacional de Reparación para “que creen programas de asistencia integral a víctimas del conflicto armado interno, dirigidos a su recuperación psicológica y emocional, teniendo en cuenta la edad, el género, origen étnico, salud e índole del delito, *sobre todo cuando se trate de hechos punibles que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, entre otros*” (énfasis agregado)²¹.

¹⁹ Respuesta de la Fiscalía General de la Nación a derecho de petición interpuesto por la Comisión Colombiana de Juristas. Oficio JUNJP-02305 del 3 de marzo de 2008.

²⁰ Estas instituciones son la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación.

²¹ Procurador General de la Nación, Directiva 008, Instrucciones para la garantía de la participación judicial de víctimas en el marco de la Ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios, junio 5 de 2005.

Debido a estas circunstancias, resulta apenas obvio que las víctimas, en su mayoría mujeres por ser sobrevivientes, no tengan la posibilidad de acceder a los procedimientos de justicia y paz. Con suerte pueden acceder a mecanismos de atención a víctimas dispuestos directamente en las regiones, pero las versiones libres se desarrollan únicamente en Bogotá, Medellín y Barranquilla, donde se encuentran las sedes de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, y las salas de Justicia y Paz de los tribunales.

Atender una versión libre implica que la víctima deba desplazarse a estas ciudades, y pernoctar allí por varios días, mientras que se desarrolla la audiencia. Esto puede resultar sencillamente imposible para las víctimas que además de tener que conseguir los gastos de traslado, alimentación y estadía, tendrían que pensar en abandonar las labores que les dan sustento así como las otras responsabilidades, incluyendo el cuidado de los hijos o de otras personas a su cargo.

Medidas de atención a las mujeres en la ley de justicia y paz

La Ley de Justicia y Paz previó unas medidas específicas para proteger a las mujeres:

1. En relación con la protección de víctimas y testigos, las autoridades deberían tener en cuenta, entre otros, factores de género y salud, así como la índole del delito, en particular cuando el mismo entrañe violencia sexual, irrespeto a la igualdad de género o violencia contra niños o niñas. Igualmente, estableció que para tal fin se daría una capacitación especial a los funcionarios que atendieran tal tipo de víctimas.
2. Tanto los órganos judiciales como las entidades de apoyo técnico y la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz tendrían en cuenta las necesidades especiales de las mujeres, niñas y niños que participen en el proceso. En desarrollo de esta disposición, se estableció que la Procuraduría debe velar por que las autoridades brinden atención adecuada a las necesidades de mujeres, niñas, niños y adolescentes, así como por el reconocimiento de las conductas punibles que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales.
3. La ley estableció como una excepción al principio de publicidad del juicio, la práctica de testimonios a través del sistema de audiovideo para proteger, en particular, a víctimas de agresión sexual.

Aún cuando esas medidas son importantes, resultan ser meras declaraciones sin desarrollo legal porque, tal como se señaló, no existen programas de protección que tengan en cuenta la situación particular de las mujeres; porque la presencia de la Procuraduría no es obligatoria en todo el procedimiento, con lo cual no puede velar por la atención de las necesidades particulares de las mujeres, y porque en el proceso de justicia y paz no existe la etapa del juicio, que de realizarse, se haría en la justicia ordinaria, con lo que resulta inútil la excepción al principio de publicidad.

La falta de protección

Tal como se mencionó en la primera parte de este documento, la denuncia de violación de los derechos humanos en el marco del conflicto armado ubica a las víctimas en situaciones de riesgo que desestimulan la denuncia. En el caso de la ley de justicia y paz, el hecho de que no se hayan desmovilizado todos los paramilitares, o que se hubieren rearmado, como posteriormente se verá, ha conllevado el aumento del riesgo de sufrir nuevas violaciones. De acuerdo con datos de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, por lo menos 15 personas han sido asesinadas y otras 200 han sido amenazadas en circunstancias relacionadas con el reclamo de sus derechos en el proceso de justicia y paz, varias de ellas han sido mujeres.

La improvisación

Los funcionarios involucrados con la institucionalidad de Justicia y Paz se han visto obligados a desarrollar sus actividades en medio de una gran improvisación que los ha llevado a una especie de técnica de ensayo y error, en donde suele primar el criterio personal.

La Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía cuenta en la actualidad con 38 fiscales de conocimiento que deben encargarse de la investigación de los crímenes cometidos por 35 bloques paramilitares. De esta manera, cada uno de ellos tiene a su cargo la investigación de los crímenes de dos o tres bloques. Las Salas de Justicia y Paz de los tribunales, por su parte, son sólo tres, cada una compuesta por cuatro magistrados.

Sin embargo, esta estructura judicial debe investigar a por lo menos 2.900 personas desmovilizadas que son responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad, incluyendo la usurpación de tierras y el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad.

Resulta a todas luces insuficiente la composición de la Fiscalía para atender todas las denuncias y para investigar hipótesis brindadas por las víctimas con el fin de establecer que se esté dando cumplimiento

al deber de confesión total. La investigación, entonces, se concentra en la verificación de la información recaudada en la versión libre, dejando por fuera gran cantidad de información importante para el proceso.

De otra parte, no existe un lineamiento general sobre la forma como deben realizarse las versiones, ni sobre cuál es el objetivo de las mismas, sobre su publicidad, ni sobre la forma en la que pueden participar las víctimas. Cada fiscal actúa de conformidad con lo que cree.

De esta manera, por falta de una adecuada coordinación, pero también por limitaciones de recursos, las y los fiscales no cumplen la obligación de investigar la totalidad de los delitos cometidos y no únicamente los delitos confesados en las versiones libres (art. 16 de la Ley 975).

Los obstáculos para la judicialización de crímenes sexuales en contra de las mujeres

La Fiscalía General de la Nación, entidad encargada de la investigación, ha señalado a la sociedad que no está demostrado que la violencia sexual haya sido practicada de manera sistemática por los grupos paramilitares, sino que su ocurrencia obedece a casos aislados de responsabilidad de la tropas que deben ser investigados caso por caso. La Fiscalía parte de esta hipótesis porque, tal como se ha dicho, no existen suficientes denuncias que permitan demostrar que la violencia sexual ocurrió de manera sistemática y generalizada, y obedeció a un patrón de comportamiento de los distintos bloques y frentes. No obstante, el Estado está obligado a implementar medidas afirmativas –en cumplimiento del deber de debida diligencia– que tiendan a remover los obstáculos que impiden a las mujeres denunciar.

En desarrollo de esa creencia, la Fiscalía omitía preguntar en las versiones libres sobre la ocurrencia de delitos sexuales por considerarlo innecesario. Sisma Mujer ha realizado acciones de incidencia ante esta entidad, con el fin de promover la investigación de dichos delitos y su indagación en las versiones libres. Actualmente, aunque no de manera institucionalizada, se ha avanzado en el cuestionamiento de la violación sexual a quienes rinden versión libre, pero la Fiscalía omite aún indagar por otro tipo de violencia de género como la prostitución forzada o esclavitud sexual, embarazos y abortos forzados, y la esclavitud doméstica.

En las versiones libres los paramilitares han negado de manera continua que la violencia sexual fuese una práctica en las filas de esos grupos. Por el contrario, han afirmado que de haber ocurrido, fueron

excesos individuales de las tropas, que esas conductas eran castigadas con fusilamiento, y que sus primeras acciones al ingresar a alguna región consistían en acabar con la delincuencia, entre ella, asesinar a los violadores.

De otra parte, un factor que propicia la impunidad de los delitos sexuales en el ámbito de justicia y paz es que en muchos casos el presunto responsable es desconocido. Las víctimas, en algunos casos, logran reconocer al grupo armado responsable, pero en la mayoría se les dificulta individualizar al agresor directo o al bloque al que pertenecía.

La Ley de Justicia y Paz prevé que en caso de falta de identificación del victimario, el bloque responderá por el hecho, no obstante, debe demostrarse el nexo causal de esa conducta con la actividad del bloque. El hecho de que de manera reiterada los paramilitares nieguen la comisión de hechos de violencia sexual, aunada a la falta de denuncia, hace que la posibilidad de que el bloque responda por este tipo de violencia sea remota.

De otra parte, existe la posibilidad de responsabilidad por cadena de mando, es decir, que se declare responsable al comandante del bloque. Para ello se requieren tres elementos: la existencia de una relación entre superior y subordinado con control efectivo sobre el mismo, el haber sabido o el haber debido saber de que el crimen iba a ser cometido o estaba siendo o había sido cometido, y la falla del acusado por no haber adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión del delito, o para poner la conducta ante las instancias pertinentes dentro del grupo para su sanción²².

Avanzar en esta posibilidad implica un mayor compromiso de las autoridades por investigar los hechos de violencia sexual que ya han sido denunciados, por investigar aquellos que son de público conocimiento aunque no hayan sido denunciados (como por ejemplo los que las organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales han señalado en sus informes), y por promover la remoción de los obstáculos que impiden la denuncia de las víctimas.

El programa de reparaciones administrativas

En la actualidad, el gobierno nacional prepara un decreto para reglamentar la reparación por vía administrativa, es decir, que sin necesidad de mediar un proceso judicial se pueda reconocer a las víctimas medidas de reparación.

Esa propuesta, que debería ser objeto de debate en un escenario como el Congreso, se ha elaborado sin la participación de las víctimas, y está lejos de ser una propuesta de reparación integral, ya que sólo se ha ocupado del aspecto indemnizatorio.

El proyecto de decreto establece un procedimiento para reparar a las víctimas de algunos delitos, incluidos los sexuales. No obstante ese importante reconocimiento, el decreto no establece medidas positivas que hagan posible la participación de las víctimas de violencia sexual, en tanto que se les exige las mismas pruebas sobre la ocurrencia de los hechos que a las demás víctimas. Las pruebas consisten en la denuncia, la publicidad del hecho en medios de comunicación, el conocimiento de cualquier autoridad, informes militares o de policía, etc. El decreto no contempla el hecho de que la violencia sexual suele ocurrir en espacios privados y ser silenciada por el estigma social, la culpabilización a la víctima, el rechazo, etc.

La propuesta establece que en caso de violencia sexual, se indemnizará a la víctima con un máximo de 30 salarios mínimos (aproximadamente 4.824 euros), cifra menor a las reconocidas por los tribunales nacionales e internacionales en casos similares. Respecto de esta suma, no existe una referencia a las razones que motivaron su fijación.

El decreto establece que el pago de las indemnizaciones estará condicionado al orden de solicitud y a la disponibilidad presupuestal, lo que hace prever que muchas de las víctimas no contarán en un tiempo razonable con la indemnización por los daños ocasionados.

La gran mayoría de víctimas sobrevivientes en el país son personas desplazadas y, en particular, mujeres. En relación con esta población, el decreto establece que a las indemnizaciones les serán descontadas las ayudas suministradas previamente en calidad de reparación. No existe claridad sobre esa disposición, en tanto que muchas personas desplazadas han recibido subsidios que obedecen no a su calidad de desplazamiento, sino a su condición de ciudadanos/as, como educación, auxilio para el retorno, asistencia humanitaria.

Finalmente, el proyecto de decreto establece un procedimiento similar al contemplado para la atención de la población desplazada, fundamentado en el filtro de Acción Social, una agencia presidencial. Frente a esta entidad, tanto los organismos de control como la Corte Constitucional han manifestado la existencia de serias debilidades que han negado el derecho de las víctimas desplazadas a reclamar sus derechos y, en consecuencia, han sido revictimizadas.

Al respecto, la Corporación Sisma Mujer considera que aunque el proyecto de decreto propone ser integral en la reparación, atendiendo a los criterios internacionales en esta materia –restitución, indemnización,

²² Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Cámara de juzgamiento, Caso de Bagilishema, julio 7 de 2001, párrafo 38 (Human Rights Watch, 2004, p. 67).

satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición–, únicamente desarrolla la medida de indemnización, dejando de lado las demás formas de reparación. En el caso de la violencia sexual, aunque la indemnización es importante, por las características de los hechos violatorios las medidas de satisfacción y rehabilitación tienen una relevancia mayor, en tanto que es a través de ellas que la mujer victimizada encuentra formas de enfrentar las secuelas físicas, emocionales y psicosociales que esos crímenes dejaron en ellas.

La Corporación Sisma Mujer considera que es necesario que el proyecto de decreto sea consultado con las organizaciones sociales y de víctimas para asegurar su integralidad y el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, entre ellas las referidas a los derechos humanos de las mujeres.

LA DESMOVILIZACIÓN

El 15 de julio de 2003 se firmó el “Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir a la paz de Colombia”. En dicho acuerdo, las partes dieron inicio a la etapa de negociación, y las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) se comprometieron a desmovilizar a la totalidad de sus miembros antes del 31 de diciembre de 2005. El 13 de mayo de 2004 se firmó el acuerdo de Fátima, en función del cual se estableció la zona de ubicación temporal en Santa Fe de Ralito en Tierralta, Córdoba. Allí permanecerían los miembros de la mesa de diálogo nacional, sin que pudieran ser capturados. Establecidas estas condiciones se dio paso a la continuación de las ceremonias de desmovilizaciones colectivas.

Las ceremonias de desmovilización terminaron en agosto del 2006. De acuerdo con la información del gobierno, en total se desmovilizaron 34 estructuras paramilitares, que se encontraban conformadas por 31.671 combatientes, que entregaron 18.051 armas, 13.117 granadas, 2'716.401 municiones, 3 aeronaves, 159 automotores y 59 bienes inmuebles²³.

La desmovilización de más treinta mil combatientes de acuerdo con las cifras oficiales, no se compadece con la reducción de la violencia en las regiones en las que operaban, lo que hace pensar que realmente la desmovilización no fue completa ni acorde con los compromisos de no volver a delinquir que asumieron en la negociación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló²⁴ que desmovilizados que no participaron en el proceso de reinserción se

²³ Alto Comisionado para la Paz, Informe ejecutivo. Proceso de paz con las autodefensas. Disponible en www.altocomisionadoparalapaz.gov.co, pp. 101 y 102

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales”, OEA/Ser.LV/II.129, Doc 6, 2 octubre 2007.

han rearmado o formado nuevas bandas persistiendo en la comisión de hechos delictivos. Esa nueva caracterización de los grupos paramilitares se viene dando bajo las siguientes modalidades:

- Reagrupamiento de desmovilizados en bandas delincuenciales que ejercen control sobre comunidades específicas y economías ilícitas.
- Reductos que no se desmovilizaron.
- Aparición de nuevos actores armados o fortalecimiento de algunos ya existentes en zonas dejadas por grupos desmovilizados.

De acuerdo con el informe de la Defensoría del Pueblo (2005) sobre el tema, esta institución registró entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2004, 6.264 quejas por infracciones al derecho humanitario, de las cuales 1.909 correspondían a infracciones al derecho internacional humanitario presuntamente cometidas por los grupos paramilitares. Según información de la Comisión Colombiana de Juristas, “desde el inicio de ese proceso el 1º de diciembre de 2002 hasta el 30 de abril de 2007, por lo menos 3.040 personas fueron muertas o desaparecidas por fuera de combate por paramilitares. De ellas, por lo menos 248 eran mujeres”²⁵.

Lo anterior deja ver que la desmovilización pudo conllevar la reinserción de un número indeterminado de combatientes, pero que en términos generales no cumplió con el objetivo previsto, que era el desmantelamiento de la estructura paramilitar en el país, y la institucionalización del Estado social de derecho en las regiones desocupadas.

De conformidad con el Informe sobre Nuevos Grupos Narcoparamilitares, de acuerdo con fuentes oficiales y no oficiales, para noviembre de 2007 existían 67 grupos que están reemplazando a los grupos paramilitares en 23 departamentos²⁶. El fenómeno actual no es únicamente de “bandas emergentes”, sino que existe una continuidad con el fenómeno paramilitar tradicional. Los nuevos grupos operan en las mismas zonas y territorios del país donde han operado los grupos paramilitares, atacan a organizaciones sociales y combinan la acción política con la militar. Su estructura es militar y vertical. De acuerdo con ese informe, las poblaciones en las regiones no siempre notan la diferencia después del proceso de desmovilización.

²⁵ La Fiscalía y el gobierno están en mora de proteger a las víctimas en los casos de la Ley 975. Importante sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Boletín 18, Serie sobre los derechos de las víctimas y la aplicación de la Ley 975 de 2005, septiembre 13 de 2007.

²⁶ Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz (Indepaz), Informe Nuevos Grupos Paramilitares. Disponible en www.indepaz.org.

En su noveno informe, al manifestar la preocupación por la continuación de la actuación de grupos ilegales, la MAPP/OEA señaló que las operaciones de tales grupos “continúan afectando gravemente a la población civil, principalmente a los grupos vulnerables como mujeres, niños, afrodescendientes e indígenas”²⁷.

El mantenimiento de los ataques a la población civil y del poder de las estructuras es un hecho que en la actualidad es aceptado de manera general. Los grupos, además de seguir cometiendo delitos, han mantenido su poder económico, como se evidencia de la paupérrima cantidad de bienes entregados como consecuencia de la desmovilización.

Sin embargo, aunque las acciones militares se mantienen, éstas se han reducido, de manera que se ha fortalecido, más bien, el control social sobre la población, el reclutamiento y los ataques discriminados a miembros de organizaciones sociales.

En el marco de sus actividades,²⁸ Sisma Mujer ha realizado talleres con mujeres en diferentes zonas del país²⁹ en los que se reúne con lideresas, muchas de ellas desplazadas. En tales talleres, las mujeres manifestaron que:

1. Saben de la existencia de grupos armados que bajo nuevas denominaciones están ocupando el lugar que antes ocupaban los grupos paramilitares y que operan de una manera similar. No en todos los casos las mujeres tenían claridad de si estos grupos se encuentran conformados por los desmovilizados, o por paramilitares que por disidencia o porque estaba previsto, nunca se desmovilizaron. Entre estos nuevos grupos se han ubicado las “Águilas Negras”, la “Organización Nueva Generación”, los “Machos” y los “Rastrojos”.
2. Existen zonas en las que persisten las relaciones entre los miembros de estos grupos armados y la Policía y el Ejército, dando indicios sobre la connivencia en sus acciones.

²⁷ Organización de los Estados Americanos, Misión de apoyo al Proceso de Paz en Colombia MAPP/OEA, Noveno informe trimestral del Secretario General al Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), OEA/Ser.G, CP/doc. 4237/07, 3 de julio de 2007, párrs. 4, 28 y 29.

²⁸ Sisma Mujer lidera el proceso llamado “Observatorio de derechos humanos de las mujeres en Colombia: en situaciones de conflicto armado las mujeres también tienen derechos”, que está orientado a establecer la situación de las mujeres desplazadas en Colombia.

²⁹ Debido al riesgo que significa para la seguridad de las mujeres la publicación de los testimonios y de los análisis que realizaron en los talleres, en este escrito no se mencionan las zonas de país en las que se presentan los fenómenos mencionados. Sisma Mujer cuenta con las relatorías que respaldan las afirmaciones que aquí se hacen, y asume la responsabilidad por las mismas.

3. Estos nuevos grupos operan incluso, en algunos casos, de manera más sanguinaria, y han seguido produciendo desplazamientos, amenazando, extorsionando y asesinando.
4. Esos grupos están adelantando en la actualidad actividades de reclutamiento, lo que hace prever el recrudecimiento del conflicto.
5. Después de la declaratoria del cese de hostilidades se siguieron presentando hechos de violencia y control de la población y, en particular, de la vida de las mujeres, como la exigencia de dinero para prestar funciones de vigilancia, el control del negocio del pagadario en el que prestan dinero en condiciones inequitativas como el cobro de intereses del 20%, el desplazamiento forzado, la usurpación de tierras, la agresión física a las mujeres por vestirse de determinada manera,³⁰ la prostitución forzada, la violación sexual y, en general, el temor a oponerse a sus exigencias para evitar ser victimizadas.
6. Algunas mujeres manifestaron, además, la sensación de injusticia que les genera que los desmovilizados –que en muchos casos no se han desmovilizado efectivamente– recibieran apoyo económico del Estado, mientras que ellas como desplazadas tuvieran que enfrentar tantas dificultades para acceder a los servicios a los que tenían derecho.

CONCLUSIONES

El conflicto armado en Colombia ha afectado desde hace varias décadas a toda la población civil en el país y, de manera particular, a las mujeres, quienes son las principales víctimas sobrevivientes y frente a quienes el efecto de la guerra es desproporcionado, entre otras razones, porque deben padecer la violencia por razones de género como una continuación de la violencia en tiempos de paz, entre ellas, la violencia sexual.

Ha sido reconocido por organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos, que la violencia sexual es una práctica generalizada y sistemática en el conflicto armado y, de manera particular, en el accionar paramilitar.

³⁰ Se refirió al caso de mujeres a las que les quemaban el ombligo por usar pantalones descaderados. A otra mujer le quitaron el pantalón, le pusieron un palo y la botaron debajo de un puente.

No obstante las dificultades que enfrentan las mujeres al denunciar los hechos cometidos en su contra, éstas deben ser removidas por las autoridades colombianas con el fin de satisfacer los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas directas y de la sociedad en general.

Por ello, resulta de vital importancia que en el marco de la ley de justicia y paz, el Estado asuma un compromiso serio en el sentido de implementar medidas afirmativas que permitan a las autoridades judicializar los hechos de violencia sexual para así evitar la revictimización de las mujeres.

Así mismo, es deber del Estado evitar que las mujeres sigan siendo controladas y victimizadas por las nuevas estructuras paramilitares no desmovilizadas o rearmadas, con el objetivo de poner fin a la violencia en su contra, para lo cual se requiere un real compromiso y voluntad política del Estado colombiano en la implementación de fórmulas que permitan la finalización del conflicto.

REFERENCIAS

- ALTO COMISIONADO PARA LA PAZ (2006). *Informe ejecutivo. Proceso de paz con las autodefensas*. Disponible en www.altocomisionadoparalopez.gov.co
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS (2006). "Total de víctimas muertas y porcentaje de autoría por presuntos autores, según periodos julio de 1996 a junio de 2006". Disponible en www.coljuristas.org
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004). Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia, 13 de diciembre de 2004, OEA/Ser.L/V/II.120.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007). Informe sobre la implementación de la ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 de octubre .
- CORPORACIÓN SISMA MUJER (2008). Ponencia presentada en el Segundo Foro Taller, Perspectiva de género: derechos y acceso a la justicia, organizado por la Universidad Internacional de la Florida. "La experiencia del litigio a mujeres víctimas de violencia sexual y de género en la Corporación Sisma Mujer", febrero 21, Bogotá.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2005). Informe Defensorial "Seguimiento al cese de hostilidades prometido por las Autodefensas Unidas de Colombia como signo de su voluntad de paz para el país". Disponible en www.defensoria.org.co
- HUMAN RIGHTS WATCH (2004). *Genocida, War Crimes, Crimes Against Humanity, Topical digests of the Case Law of the Internacional Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*.

- INDEPAZ (2007). "Parapolítica y Congreso", noviembre. Disponible en www.indepaz.org.co
- INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES (s.f.). El devenir de normas y valores tradicionales sobre la sexualidad en Colombia. Disponible en www.medicinalegal.gov.co
- MESA DE TRABAJO MUJER Y CONFLICTO ARMADO (2006). "Sexto informe sobre violencia sociopolítica contra las mujeres, jóvenes y niñas en Colombia. Seguimiento a las recomendaciones de la Relatora sobre Violencia Contra las Mujeres". Disponible en www.mujieryconflictoarmado.org
- NACIONES UNIDAS (2006). Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy. E/CN.4/2002/Add.3, 11 de marzo de 2002, 58 periodo de sesiones; OEA/Ser.L/V/II., Doc. 67, 18 de octubre de 2006.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. Informes de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia de los años 2002 (E/CN.4/2003/13. 24 de febrero de 2003), 2003 (E/CN.4/2004/13. 17 de febrero de 2004), 2004 (E/CN.4/2005/10. 28 de febrero de 2005), 2005 (E/CN.4/2006/9. 20 de enero de 2006) y 2006 (A/HRC/4/48. 5 de marzo de 2007).
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2006). Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Visita In Loco a Colombia, conducida por la relatora para los derechos de las mujeres de la CIDH, Susana Villarán. /Ser.L/V/II., Doc. 67, 18 de octubre de 2006.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2007). Directiva 008. Tema: Instrucciones para la garantía de la participación judicial de las víctimas en el marco de la Ley 975 de 2005.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RWANDA (2001). Cámara de juzgamiento, Caso de Bagilishema, julio 7 de 2001, párrafo 38. En: Human Rights Watch (2004). *Genocida, War Crimes, Crimes Against Humanity, Topical digests of the Case Law of the Internacional Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*.