

Documento para la discusión¹

Mesa 1: ¿Cómo y quién debe reparar a las víctimas en Colombia?

Por: Roberto Molina Palacios²

Previo a dar una respuesta acerca de los dos componentes de la pregunta que nos convoca, resulta necesario determinar el significado del núcleo de la misma: el deber de reparar; sin su aclaración, la respuesta de cómo y quién carecería de sentido, pues se corre el peligro de terminar señalando que cualquiera y de cualquier manera puede hacerlo.

1. La falta de claridad sobre ese aspecto me lleva a manifestar, en primer lugar, que mi posición, en este momento, frente a la posibilidad de reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario, crímenes de lesa humanidad y de guerra, en Colombia es la de un optimista informado.

Mi perspectiva tiene fundamento en el reciente hundimiento del proyecto de ley sobre el tema en el Congreso de la República, bajo los dudosos y sorprendentes argumentos de un grave riesgo de desequilibrio macroeconómico, por el costo de las indemnizaciones, y la imposibilidad de dar trato igual a las personas afectadas por abusos de grupos guerrilleros, paramilitares y agentes del Estado. Lo que revela esta posición es que no se tiene, o no se quiere dar, un significado riguroso al deber de reparar.

Así mismo, sucesos como el anterior, hacen ver que estamos oscilando, todavía, entre dos posibles resultados extremos en el proceso de verdad, justicia y reparación en nuestro país: de un lado, la impunidad y el olvido total o casi total o, del otro, un genuino proceso de justicia transicional, como han sido los casos, con todos los matices que puedan establecerse en cada extremo, de España, Chile o Sudáfrica.

Ese movimiento pendular se debe a que el proceso se inició sin que cesaran las violaciones ni el conflicto armado interno que las origina, cualquiera que sea la magnitud que se les quiera dar a las primeras o la intensidad que se le atribuya al segundo.

Circunstancias tales como las ejecuciones extrajudiciales de civiles por miembros de las fuerzas armadas, que hemos denominado, de manera vergonzosa, “falsos positivos”, el que los grupos guerrilleros no renuncien a la condenable práctica del secuestro, y el resurgimiento, o continuidad, del paramilitarismo, a

¹ Las opiniones expresadas por el autor del documento son de su exclusiva responsabilidad.

² Abogado con especializaciones en Ética y Derechos Humanos y en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Colombia. Se desempeña actualmente como Magistrado Auxiliar en el Consejo de Estado de Colombia desde el año 2001.

través de las llamadas bandas emergentes, afectan el proceso, y, de manera preponderante, el establecimiento de la verdad y la justicia para las víctimas.

Lo dicho resulta determinante para las indemnizaciones: sin verdad o sin justicia no puede darse la reparación. Me explico, desde la perspectiva jurídica ninguna prestación de dar, hacer o no hacer, posibles contenidos de una disposición de tal naturaleza, resulta, por si misma, reparatoria.

Si bien, en el lenguaje común, el significado de la palabra reparar da a entender una medida autosuficiente³, desde lo judicial, solo adquiere tal connotación cuando se ha declarado previamente la responsabilidad de alguien, es decir, “la obligación de resarcir el daño causado a una persona”⁴.

En mi criterio, en un proceso de justicia transicional, únicamente, se puede considerar reparatoria una medida cuando se deriva o la antecede “el conocimiento de la verdad de los hechos ocurridos” o “la judicialización y responsabilización del culpable de los crímenes”⁵.

Por eso, no a toda medida en favor de las víctimas, por cualquier persona o entidad, se le puede dar la categoría de reparación. No es casual, entonces, que la principal orden de satisfacción, cuando se trata de violaciones a los derechos humanos, tenga que ver con el derecho a la verdad respecto de lo sucedido, que “al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación y da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer”⁶ como lo ha considerado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, implica conocer por ellas “las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que los delitos fueron cometidos” e implica “que se adelanten investigaciones judiciales imparciales, integrales y sistemáticas, sobre los hechos criminales de los que se pretende dar cuenta”⁷, como lo ha señalado la Corte Constitucional. Tan es así, que la publicación de la sentencia, en la que se declara la responsabilidad, se ha tenido por una medida satisfactoria, tal como lo ha ordenado el Consejo de Estado en jurisprudencia reciente⁸.

2. La anterior consideración llevaría a concluir que, en materia de justicia y paz, la única vía posible para ordenar reparaciones sería la judicial y los únicos llamados a responder por ellas serían los actores armados, los ilegales y del Estado, bajo el parámetro de asignar a cada uno la parte de responsabilidad que le corresponda.

Sin embargo, una conclusión de ese talante no consulta la realidad del caso colombiano. La masividad y generalidad de las violaciones desborda la capacidad de los órganos de justicia, tanto nacionales como internacionales, de reparar a las víctimas; a menos que se tenga la ingenua convicción de que todos los victimarios confesarán, de manera completa y sin condiciones, los crímenes cometidos. Igualmente, sería inferir que la justicia transicional, en una situación como la nuestra, es un proceso perfectamente prescindible y que la única política, posible y exigible, es que los jueces cumplan con su deber y que los

³ Remediar o precaver un daño o perjuicio. En Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, vigésima edición, http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura.

⁴ Juan Carlos Henao, “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés”, en Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

⁵⁵ Rodrigo Uprimny Yepes, ¿Justicia transicional sin transición?, Bogotá, Dejusticia, 2006, pág. 13.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la masacre de Pueblo Bello, sentencia del 25 de noviembre de 2006, párrafo 266.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C- 270 de 2006.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, expediente: 16.996, actor: María Delfa Castañeda y otros, Consejero ponente: Enrique Gil Botero. En el mismo sentido la sentencia del 28 de enero de 2009, expediente: 30.340.

victimarios reparen de manera integral los daños causados, lo que implica asegurar a futuro la impunidad generalizada.

3. No creo que el asunto sea tan sencillo, por ello considero de la mayor importancia entrar a evaluar lo existente, el cómo y quién del presente, más que especular sobre modelos ideales. Puede afirmarse que los tres posibles escenarios de reparación de víctimas, en un proceso de justicia transicional, hacen presencia en Colombia, con todas sus potencialidades y debilidades.

El primero de ellos el internacional, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la cabeza, en el que el principio de la restitutio in integrum se cumple a cabalidad; es decir, las condenas contra el Estado colombiano cumplen con los parámetros de restitución, reparación, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición, requeridos por las normas internacionales.

El segundo, el que tiene que ver con el poder judicial nacional, en la jurisdicción especial de justicia y paz, respecto de grupos armados irregulares, y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, respecto de agentes del Estado. La de justicia y paz, tiene como horizonte la justicia restaurativa, en los mismo términos del sistema interamericano e internacional, según lo prescrito en el artículo 8° de la ley 975 de 2005, lo cual ha sido reforzado por el control ejercido por la Corte Constitucional⁹ y, esos mismos criterios han sido adoptados por el contencioso, por vía jurisprudencial¹⁰, con respaldo en el artículo 93 de la Constitución Política y el principio de reparación integral del artículo 16 de la ley 446 de 1998, establecido para cualquier proceso que se surta en la administración de justicia colombiana.

En tercer lugar, estaría el de reparación por vía administrativa, por medio del programa creado “para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley”, establecido en el decreto 1290 de 2008, para crímenes de estos grupos, en los cuales no se ha individualizado el autor o autores, de acuerdo con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 42 de la ley 975 de 2005¹¹. En el artículo cuarto del decreto se establecen los mismos principios de reparación enunciados.

3. De acuerdo con esta la descripción no habría nada que discutir, toda vez que se podría afirmar que las víctimas de graves violaciones en nuestro país tienen garantizado, en todos los escenarios posibles, el derecho a la reparación. Sin embargo, ello no es así.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el mecanismo ideal de justicia restaurativa, no puede negarse que es reducido el grupo de víctimas protegidas, desde la primera sentencia, el caso Caballero Santana en el año de 1995, hasta el caso Valle Jaramillo a finales del 2008, solo se ha pronunciado en 11 casos.

En lo que tiene que ver con la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las condenas pecuniarias por violaciones a los derechos humanos, contra el Estado, son practica común desde hace más de dos décadas, pero, las condenas conforme a los parámetros de reparación integral, de acuerdo con el derecho internacional, son de acogida reciente, desde el año 2007, y sólo abarcan dos decisiones. Será necesario

⁹ Al respecto las sentencia del año 2006: C-127, C-315, C-370, C-400, C-426, C-455, C-476, C-531, C-575, C-650, C-670 y C-719.

¹⁰ Al respecto ver las sentencia citadas anteriormente y la sentencia del 19 de octubre de 2007, expediente: 29.273, actor: Roberto Zuleta Arango y otros, del mismo consejero ponente. La providencia se refiere a la denominada cosa juzgada internacional.

¹¹ "Igualmente, cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación".

esperar un término prudencial, que puede abarcar varios años, para saber si los jueces han generalizado su aplicación. Lo anterior, con el agravante de que en materia de reparación directa, que es la acción idónea en estos casos, se establece un término de caducidad de dos años a partir del acaecimiento del hecho, como regla general, término respecto del cual solo se ha hecho excepción en casos de desaparición forzada de personas¹². A pesar de que estas violaciones son consideradas delitos internacionales, conforme al Estatuto de Roma, no se ha aplicado el principio de imprescriptibilidad¹³.

En lo que respecta a Justicia y Paz, si bien son pocos los casos en los que se ha celebrado el incidente de reparación, conforme al artículo 23 de la ley 975 de 2005, la única sentencia conocida¹⁴, en la que se han precisado las medidas de reparación en un caso concreto, no resulta clara en su orientación. La providencia declara que acogerá los criterios indemnizatorios del Consejo de Estado, que sin duda son las más altas indemnizaciones pecuniarias, con respecto a la otras jurisdicciones, y se afirma que no se puede asumir la responsabilidad civil de los procesados como una especie de amnistía patrimonial; al mismo tiempo señala que las violaciones han sido de carácter masivo, que han cubierto casi todo el territorio nacional, por lo que su tasación debe ser mesurada y razonable, en cuanto debe consultar la realidad económica y su posibilidad de concreción, con base en lo cual reduce los montos de los perjuicios al 50% y los establece por grupos familiares, cuando la regla es de individualización de los mismos.

Igualmente, ordena medidas de otra índole, como sería la asistencia psicológica a las víctimas, y la prestación gratuita de los servicios de educación básica y salud en su favor, a cargo del Fondo Nacional para la Reparación. Por último, se decretan medidas de carácter simbólico, tales como la lectura pública de la sentencia y un comunicado por parte del postulado, así como una placa conmemorativa en un sitio público y la designación con el nombre de la víctima de un colegio de San Alberto, Cesar. Lo que en mi opinión resulta adecuado.

Por último, el programa de reparación individual por vía administrativa, excluye en el artículo segundo a las víctimas de agentes del Estado y establece que el programa de Acción Social de la Presidencia de la República señalará los beneficiarios del mismo, de acuerdo con criterios de inclusión meramente circunstanciales, como la presencia de grupos armados en el lugar de los hechos, el inicio de procedimientos ante las autoridades o su inclusión de programas de ayuda solidaria¹⁵. Así mismo, se establecen montos indemnizatorios de acuerdo con las violaciones aducidas por las víctimas, las cuales, aunque individuales, se reparten porcentualmente por núcleos familiares¹⁶. De la misma manera, se establecen medidas dirigidas a evitar la acumulación con otras compensaciones o indemnizaciones que puedan recibir los beneficiarios¹⁷.

El Ministro del Interior en funciones ha manifestado, con ocasión de la entrega de las primeras compensaciones, que este programa persigue reparar a las víctimas, cuando el victimario no ha sido identificado, "en virtud del principio de la solidaridad"¹⁸. El contenido del principio se caracteriza por la

¹² Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 19 de julio de 2007, expediente 31.135, en el que se aplica la excepción en el caso de víctimas de los hechos del Palacio de Justicia, en noviembre de 1985.

¹³ Al respecto ver salvamento de voto del Magistrado Enrique Gil Botero al auto de 1° de diciembre de 2008, expediente: 34.831, en el que se manifiesta su desacuerdo con la Sala, al haberse declarado la caducidad en un caso de desplazamiento forzado de personas. Así mismo, respecto de la toma de rehenes, el mismo magistrado ha salvado voto, con respecto a los autos de 27 de mayo de 2009, expedientes 36.200 y 36.286.

¹⁴ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, sentencia del 19 de marzo de 2009, sindicado: Wilson Salazar Carrascal.

¹⁵ Artículos 24 a 26 decreto 1290 de 2008

¹⁶ Artículos 5° y 6° del decreto 1290 de 2008.

¹⁷ Artículos 13 y 14 del decreto 1290 de 2008.

¹⁸ "Argumento de la "solidaridad" reabre debate con el Gobierno", El Tiempo, 4 de julio de 2009, pág. 1-5.

precariedad de los criterios para reconocer como víctimas a los beneficiarios del programa y por las abundantes limitaciones que se establecen a las ayudas que brinda.

4. Sin ir más lejos, los escenarios descritos no se acompañan con criterios de reparación integral que, en el ámbito interno, ha elaborado la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, que en un marco de justicia restaurativa ha señalado:

“(…) b. Que las reparaciones sean coherentes y complementarias con los otros componentes de la justicia transicional, es decir, con el esclarecimiento de la verdad, la reconstrucción de la memoria histórica, la aplicación de la justicia y las reformas institucionales, ya que sólo de esa manera se logrará el objetivo último de las reparaciones, que incluye la dignificación de las víctimas”¹⁹.

En efecto, el espectro de la reparación va de un escenario donde existe plena complementariedad con la verdad y la justicia, pero ciertamente una cobertura de víctimas reducida, como es el caso del sistema interamericano de derechos humanos; a otro, con un cubrimiento mucho mayor, pero que contribuye de manera ínfima a fortalecer un proceso de justicia transicional, pues la víctima se define por fuera de procesos de verdad y justicia, que de acuerdo con lo manifestado al inicio de este documento, hace que reparación se parezca más a una mera compensación humanitaria, como es el caso del programa de reparación administrativa.

En mi criterio, un programa eficaz de reparación integral a víctimas debe superar esta situación esquizofrénica. La única forma de hacerlo posible es con la construcción de vasos comunicantes entre los tres escenarios descritos. Desde lo internacional con la expresión criterios claros de resarcimiento, en lo nacional con la adaptación de estos a nuestra realidad jurídica, por una judicatura que facilite a las víctimas la demostración de los perjuicios sufridos y la identificación rápida de las medidas necesarias para repararlos. Esto con el fin de facilitar el diseño de programas de reparación administrativa de amplia cobertura, en los que se respete la dignidad y la igualdad de las víctimas.

Todo lo anterior carece de sentido sin un fin último: la realización de los derechos a la verdad y a la justicia.

Bogotá, 6 de julio de 2009

¹⁹ Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación “Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad”, Bogotá, 2007, Pág.24 y 25.