



Conceptualización del incidente de reparación

Rol de la Procuraduría General de la Nación
en el marco de la Ley 975 de 2005

Lineamientos generales para la intervención
de Procuradores Judiciales Penales

PROYECTO

CONCEPTUALIZACIÓN DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN. ROL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN EL MARCO DE LA LEY 975

**Lineamientos generales para la
intervención de Procuradores
Judiciales Penales**

Conceptualización del incidente de reparación: Rol de la Procuraduría General de la Nación en el marco de la ley 975. Lineamientos generales para la intervención de Procuradores Judiciales Penales

Primera edición, junio de 2008

Bogotá, D.C., Colombia

©Procuraduría General de la Nación

©Organización Internacional para las Migraciones

Esta publicación fue desarrollada por la Procuraduría General de la Nación y su impresión fue posible gracias al apoyo del Fondo Global para la Paz y la Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá en el marco del Programa de Apoyo al Proceso de Reincorporación con Enfoque Comunitario, implementado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Los contenidos son responsabilidad la Procuraduría General de la Nación y no necesariamente reflejan las opiniones del Fondo Global para la Paz y la Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá, del gobierno de Canadá o de la OIM.

Portada

Oficina de Prensa, Procuraduría General de la Nación

Diseño e impresión

Acograf Impresores Ltda.

ISBN: 978-958-98371-5-3

Edgardo José Maya Villazón

Procurador General de la Nación

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

Viceprocurador General de la Nación

Patricia Linares Prieto

Procuradora Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos

Directora General del Proyecto

Nubia Herrera Ariza

Procuradora Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN
Procurador General de la Nación

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU
Viceprocurador General de la Nación

PATRICIA LINARES PRIETO
Procuradora Delegada para la Prevención en Materia
de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos

NUBIA HERRERA ARIZA
Procuradora Delegada para el Ministerio Público en
Asuntos Penales

Nubia Herrera Ariza

Procuradora Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales

Patricia Linares Prieto

Procuradora Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos

Adolfo Salamanca Correa

Consultor OIM/PGN

Héctor Bombiella

Consultor OIM/PGN

Karen Laverde Corredor

Consultora OIM/PGN

William Andrés Álvarez

Consultor OIM/PGN

Paula Cristina Aponte Urdaneta

Coordinadora, Grupo para la Prevención en Justicia y Paz

Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos

Margarita Rosa Orozco Orcasita

Grupo para la Prevención en Justicia y Paz

Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos

Herman Rincón Cuellar

Procurador 317 Judicial II Penal

Hernando Aníbal García Dueñas

Procurador 9 Judicial Penal II de Bogotá

Contó además con el apoyo de Funcionarios de la Procuraduría Delegada para el Ministerio en Asuntos Penales, Procuradores Judiciales Penales I y II, funcionarios de la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos.

Contenido

Introducción

1. Incidente de Reparación desde el punto de vista del derecho procesal.....	11
2. Marco Constitucional y Bloque de Constitucionalidad.....	13
2.1. Acercamiento doctrinal al Bloque de Constitucionalidad.....	15
2.2. El concepto de víctima en el derecho internacional.....	17
2.3. El concepto de víctima en la Ley de Justicia y Paz.....	19
2.4. La verdad, la justicia y la reparación en el derecho internacional.....	19
2.4.1. La verdad.....	19
2.4.2. La justicia.....	21
2.4.3. La reparación.....	22
3. Los derechos de las víctimas según la jurisprudencia constitucional Colombiana.....	24
4. Rol de la Procuraduría General de la Nación en el marco de la Ley de Justicia y Paz. Su relación con otras entidades y organismos del Estado. Rol de los Procuradores Judiciales.....	26
5. Razones o fundamentos del Incidente de Reparación Integral.....	29
5.1. Regulación y trámite del incidente en el Código de Procedimiento Penal.....	29
5.2. Regulación y trámite en la Ley de Justicia y Paz, Ley 975 de 2005.....	30
5.3. Trámite.....	31
5.4. Acerca de la Reparación administrativa.....	32
6. Criterios de Reparación.....	34
6.1. Criterios que contribuyen a determinar las dimensiones del daño sufrido por la víctima:.....	34
6.2. Criterios referidos a la prueba de los daños sufridos por las víctimas y de las pretensiones en materia de reparación:.....	36
6.3. Formas de Reparación.....	38
7. Impugnación de las decisiones judiciales (los recursos).....	40
8. Sobre la responsabilidad patrimonial y en relación con los bienes.....	41
8.1. El Estado y la responsabilidad subsidiaria.....	42

8.2.	La vinculación de los civilmente responsables al Incidente de Reparación.....	42
9.	A modo de conclusiones.....	43
10.	Lineamientos para los Procuradores Judiciales.....	43

EL INCIDENTE DE REPARACION INTEGRAL EN EL PROCESO PENAL DE LA LEY 975 DE 2005, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PGN

Introducción

El Congreso de la República expidió la Ley 975 de 2005, “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. Y para desarrollar la ley el Gobierno Nacional ha dictado los decretos reglamentarios 4760 de 2005, 2898, 3391, 4417 y 4436 de 2006 y 315 y 423 de 2007.

Los servidores del Estado responsables de la aplicación de este marco normativo, deben dar estricto cumplimiento a sus mandatos, en plena armonía con las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, como lo ordena la Corte Constitucional al interpretar el alcance y sentido de la ley 975 de 2005, a través de la sentencia de constitucionalidad número 370 de 2006. En efecto, la Corte Constitucional en la citada sentencia ha definido que “la aplicación de la ley debe realizarse con sujeción a los desarrollos que la jurisprudencia constitucional, con base en el derecho internacional, ha efectuado respecto del alcance de los derechos procesales de las víctimas”, reiterando que “el derecho a la justicia comporta un auténtico derecho constitucional al proceso penal, y un derecho a participar en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo”.

Y el Procurador General de la Nación, como supremo director del Ministerio Público, en cumplimiento de normas superiores debe, a través de sus delgados y agentes, vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, así como proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad. Igualmente, la Procuraduría está comprometida con el desarrollo de las funciones judiciales y no judiciales establecidas en la ley 975 de 2005 y sus decretos reglamentarios, particularmente con aquellas relacionadas con la salvaguarda, participación y protección judicial de los derechos de las víctimas.

Uno de los mecanismos más trascendentes, previstos por la ley, para la protección de los derechos de las víctimas, es el llamado incidente de reparación integral. Es importante, entonces, que se trate de profundizar acerca del rol que debe cumplir el Ministerio Público, (especialmente de la Procuraduría General de la Nación por intermedio de sus Procuradores Judiciales), en dicho incidente y que de allí surjan algunos lineamientos para su eficaz intervención, así como algunas recomendaciones para promover la participación efectiva de las organizaciones sociales que prestan asistencia o representación a las víctimas, en el trámite de dicho incidente judicial.

Pues bien, ese y no otro es el propósito de este breve documento que según el proyecto, es llamado “Documento Conceptual” y que ahora presentamos para lectura, análisis y discusión de los procuradores judiciales. Con la advertencia previa de que quizás para muchos pueda parecer muy elemental, la pretensión no es otra que recapitular los conceptos básicos sobre la materia, invitar a su reflexión, motivar a los servidores a ser abiertos y desprevenidos en la interpretación de los preceptos con base en la filosofía constitucional que los inspira, a ser audaces y creativos en la incursión ante los jueces para lograr los cometidos de la legislación y a ejercer sin desmayo toda la diligencia necesaria para que el Ministerio Público pueda cumplir los altos fines que la sociedad le reclama en este complejo y difícil proceso de investigación, juzgamiento y sanción (así sea bajo el régimen de transición que implica buena dosis de impunidad) a los responsables de monstruosos crímenes contra muchos de nuestros conciudadanos.

El documento, referido como ya se dijo al incidente de reparación integral previsto por la ley 975 de 2005 contiene, en esencia, los siguientes aspectos:

Primero, qué debe entenderse por incidente desde el punto de vista del derecho procesal.

Segundo, el marco constitucional y de allí el concepto de bloque de constitucionalidad, sus dos principales acepciones, la definición constitucional sobre los derechos de las víctimas, el concepto de víctima en el derecho internacional e interno, y los ingredientes esenciales del concepto de justicia restaurativa en el mundo de hoy, esto es, conocimiento de la verdad, acceso a la justicia en condiciones de igualdad y reparación integral y no solo pecuniaria.

Tercero, los derechos procesales de las víctimas según lo ha definido la Corte Constitucional en sentencia 209 de 2007, como epílogo de un importante proceso de construcción jurisprudencial que bien podría entenderse iniciado desde el año 2001 como se analizará.

Cuarto, a partir de esas definiciones, el rol de la Procuraduría General de la Nación en el marco de la Ley de Justicia y Paz, esto es, sus tareas en el campo no judicial y su relación con otras entidades y organismos del Estado, pero por sobre todo, sus tareas en el campo judicial y las que creemos deben ser sus acciones prioritarias en desarrollo de incidente de reparación integral.

Quinto, las razones por las cuales hoy existe el incidente de reparación integral y su trámite tanto en la ley 906 de 2004 o código de procedimiento penal y su trámite en la ley 975 de 2005 o ley de justicia y paz, resaltándose las diferencias por la importancia que desde el punto de vista sustancial ellas tienen

En sexto lugar, se han precisado los criterios que por mandato de ley deben tenerse en cuenta para ponderar las dimensiones del daño sufrido por las víctimas, así como los criterios referidos a la prueba de los daños y de las pretensiones que habrán

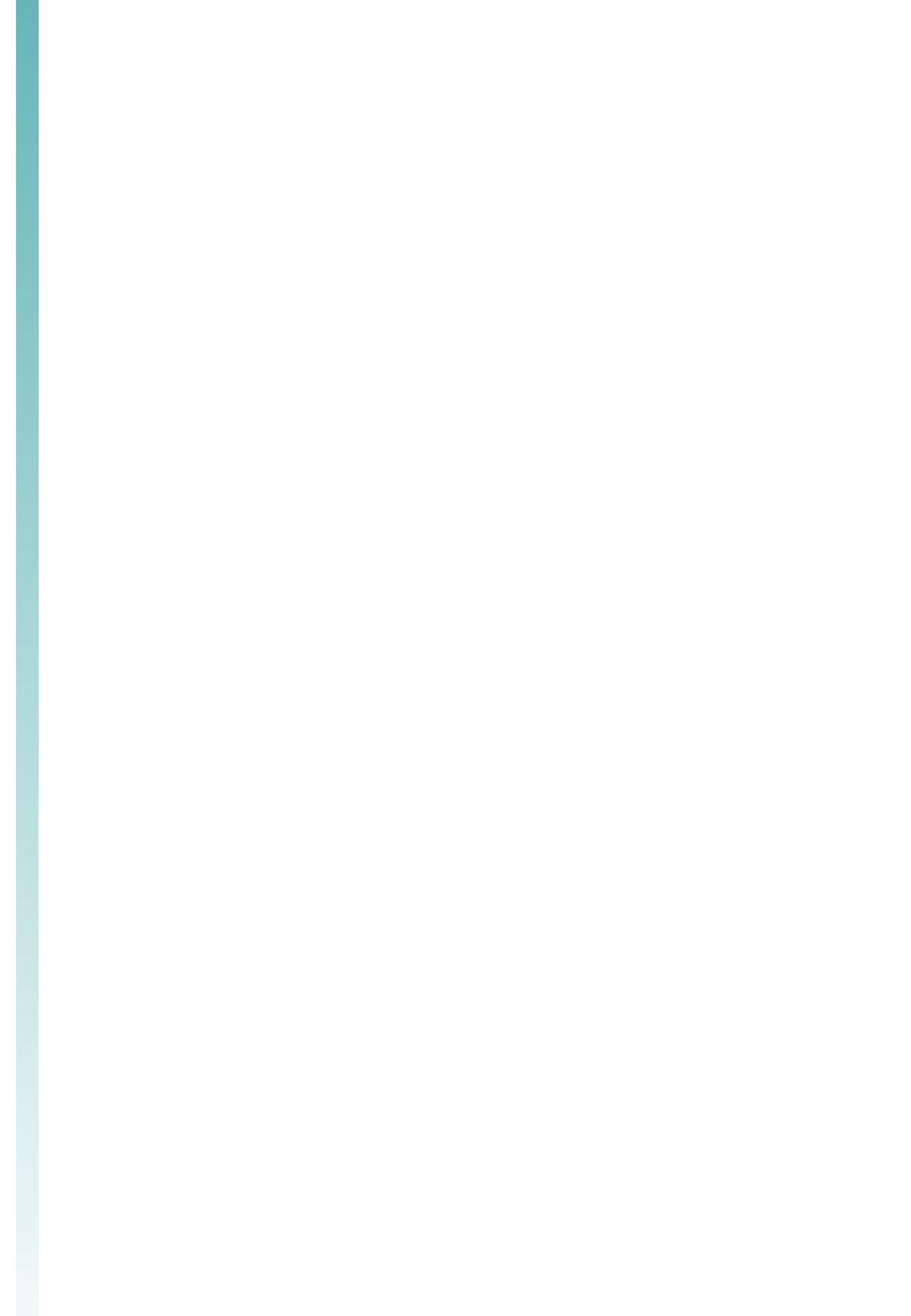
de formularse en el incidente y, por último, las formas de reparación previstas en atención a la existencia del concepto de reparación integral.

En séptimo lugar, una breve referencia a los medios de impugnación previstos por la Ley de Justicia y Paz, pues como se advertirá creemos que los agentes y delegados del Ministerio Público tendrán una inmensa responsabilidad en la decantación que haga la Corte Suprema de Justicia sobre el tema de la reparación, para lo cual los recursos resultan instrumentos vitales.

Y en octavo lugar, algunas referencias y reflexiones en torno del tema de los bienes en tratándose de reparación pecuniaria, atendida la circunstancia de que la propia Procuraduría admite hoy que es un aspecto sobre el cual poco se ha avanzado a pesar de los múltiples instrumentos legales existentes.

Por último, unos anexos, referentes al trámite mismo (procedimiento para investigación y juzgamiento), simplemente para facilitar la consulta a los lectores.

Finalmente, unas reflexiones a modo de conclusión y los lineamientos para los Procuradores Judiciales.



1. Incidente de Reparación desde el punto de vista del derecho procesal.

La expresión incidente proviene del latín INCIDERE, que significa sobrevivir, interrumpir, producirse. Se refiere a cortar o en su caso suspender. Es de uso frecuente esta expresión para significar algún evento que sobreviene en el curso de otro y que tiene con este algún enlace.

Este término fue acogido en el ámbito del derecho, básicamente en el derecho procesal, con el objeto de referirse a las controversias o cuestiones accidentales y accesorias que la ley permite discutir antes, después o en el curso de un proceso.¹ Otros afirman que el propósito del incidente es el de facilitarle a las partes un instrumento para hacer efectivo un derecho sustancial. También se considera que este se presenta cuando dentro de un juicio surge una petición distinta a la principal que se ventila y decide por separado, suspendiendo a veces el curso normal del proceso.²

En los diferentes procedimientos se han previsto varias clases de incidentes, los cuales han sido calificados de acuerdo con la pretensión que se persiga. Por ejemplo, los incidentes de nulidades o aquellos que pretenden la regulación de honorarios, la liquidación de perjuicios, la formulación de una recusación. Se les atribuye su denominación, dependiendo del contenido de la nueva pretensión.

El incidente de reparación, por su parte, está regulado en el nuevo código de procedimiento penal, así como en el proceso penal especial consagrado en la ley 975 de 2005. La reparación en términos generales es considerada como la acción y efecto de reparar cosas materiales mal hechas o estropeadas, o la satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria.³

Las legislaciones dan diferente tratamiento al fenómeno. En el derecho argentino, por ejemplo, para el mencionado objeto se consagra la constitución de parte civil y los incidentes, que son muchos, se consagran para otros fines; en la legislación brasileña, por el contrario, siempre deberá acudir a la jurisdicción civil; en Chile el perjudicado también deberá integrarse como parte civil, y solo para la devolución de objetos utilizados para la comisión del delito o producto de ellos puede tramitarse como incidente; el derecho mejicano, según lo dispone el código de enjuiciamiento penal del Distrito Federal la reparación del daño causado por un delito puede tramitarse por vía del incidente previsto dentro del mismo proceso penal y la legislación civil resulta aplicable en forma supletoria y solo en cuanto hace relación a la tramitación del incidente.

En nuestro ordenamiento jurídico la Corte Constitucional ha precisado que parte civil, víctima y perjudicado son conceptos jurídicos diferentes.⁴ Se adopta la tendencia mundial según la cual la víctima o perjudicado por un delito no solo tiene

¹ ECHANDIA Hernando Davis, Compendio de Derecho Procesal Tomo III Volumen I. Biblioteca Jurídica DIKE 1988.

² Diccionario Enciclopedia Encarta versión 2007

³ Id.

⁴ Sentencia C-228 de 2002, MP. Manuel José Cepeda

derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado sino que además tiene derecho a que por medio del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia.

Podría afirmarse, entonces, que de manera genérica en materia procesal cuando se está enjuiciando a determinada persona cuya responsabilidad penal se encuentra en juego, el incidente de reparación puede ser utilizado por los terceros afectados con el objeto de que les sean reparados los daños materiales y morales que le fueron irrogados como consecuencia del hecho investigado.

Ese tercero interesado en iniciar el incidente es la persona que ha sufrido las consecuencias nocivas de una infracción, o más técnicamente la persona natural o jurídica que ha sufrido el daño ocasionado por el delito, es decir, la víctima. El proceso moderno busca reconocerle mayor protagonismo a la víctima y para ello ha creado mecanismos que le permiten intervenir en la actuación, aunque no se designe abogado, ni se constituya parte civil.

Es así como la ley 975 de 2005, que regula un proceso penal especial para investigar, juzgar y sancionar los delitos cometidos por los miembros de los grupos armados ilegales, consagra además dentro de sus objetivos primordiales el de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral. Para tal fin, en dicha ley se enmarcan una serie de facultades judiciales y extrajudiciales con que cuentan las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, dentro de las cuales el llamado incidente de reparación consagrado en su artículo 23. Dicho incidente, a diferencia del previsto en la ley 906 de 2004, tiene lugar antes de la sentencia condenatoria y el beneficiario de la pena debe reparar no sólo por delitos por los cuales eventualmente sea condenado, sino también por los daños causados por otros miembros del bloque o frente al que perteneció.

Es importante aclarar que el concepto de reparación acoge las nuevas tendencias europeas y norteamericanas que, entre otras, comprende la adopción de medidas relativas al derecho de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. En el marco del derecho internacional ha sido considerado como un concepto integral que implica todas las facultades necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación.

El papel que juega el incidente de reparación dentro del procedimiento penal establecido en la ley 975 de 2005, es importante no solamente porque su concepto en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y por ende del

5 MAIER, Julio B. "Derecho procesal penal" Edit. Del Puerto Buenos Aires, 1996.

6 FERNANDEZ WHANDA, Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Librería Ediciones del Profesional, 2006.

7 Artículos 1,2 y 4 de la ley 975 de 2005.

8 HUBER Florian, La Ley de Justicia y Paz Desafíos y temas de debate. – FESCOL- Bogotá, Colombia, 2007.

bloque de constitucionalidad, resulta ser más amplio que aquel de la simple indemnización como ya lo hemos indicado, sino además, porque la mencionada reparación es requisito indispensable para que el Estado otorgue al victimario el beneficio de la pena alternativa.⁹

Justamente un tema de amplio debate entre Procuradores Judiciales fue el de la **reparación como criterio determinante de la pena**. Al respecto el criterio no es unánime. Para algunos la reparación no puede ser condicionante de los beneficios, pero más que por razones de orden jurídico, por razones de orden práctico y de conveniencia para la continuidad del proceso de justicia y paz, dada la evidente postura de la mayoría de los procesados, perpetradores y postulados en general, en el sentido de no tener bienes o de haber sido simples colaboradores de esos grupos. Para otros sí es condicionante de la pena alternativa. Es bueno recordar que no pocos insisten en que la ubicación del incidente de reparación previo a la sentencia, desde el punto de vista hermenéutico tiene un significado importante y es que hace de la reparación un requisito de procedibilidad para la concesión de los efectos benéficos de la ley, máxime si hoy la reparación debe ser integral y no tiene solamente un significado económico.

2. Marco Constitucional y Bloque de Constitucionalidad.

El incidente, pues, es la oportunidad procesal por excelencia, que tiene la víctima reconocida dentro de los procesos de justicia y paz, para ver materializadas sus aspiraciones de garantía y protección de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral; lo anterior, en el entendido de que durante todo el proceso la víctima tiene la oportunidad de ser interviniente especial con plenos derechos (allegando o solicitando la práctica de pruebas, controvertiéndolas, etc.), pero de acuerdo con las disposiciones normativas, es en el incidente donde puede expresar de manera concreta la forma de reparación que pretende y es a partir de dicha pretensión que fallará el tribunal correspondiente.¹⁰

En este orden de ideas, la pretensión es el componente principal del incidente que eleve la víctima o su representante o el Fiscal o el Ministerio Público ante el Tribunal. De acuerdo con esta afirmación, surgen varias circunstancias que merecen ser tenidas en cuenta. En primer lugar, dado que el incidente se tramita dentro de una de las etapas finales del proceso, el legislador asume, por una parte, que la víctima

9 La pena alternativa es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, replazándola por una pena que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación de las víctimas y su adecuada resocialización.

10 Artículo 23, Ley 975/05. Valga aclarar que a pesar que la ley inste a la víctima a que exprese de manera concreta la forma de reparación que pretende, consideramos que se debe entender reparación en sentido amplio, esto es, comprensiva de los derechos de verdad y justicia igualmente. Ver concepto de reparación integral adoptado por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNR) en: CNRR, Recomendaciones de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa, CNRR, Bogotá 2007. pp. 24-25. (en adelante, recomendaciones)

luego de ser reconocida dentro del proceso y de participar activamente dentro del mismo y hacer el seguimiento adecuado de su victimario o grupo de victimarios, ya está preparada para saber cuáles son sus necesidades puntuales y concretas en términos de verdad, justicia y reparación; y, por otra parte, la ley también prevé que la víctima puede llegar tarde al proceso, ser marginada del mismo o no contar con suficientes medios para conocer los beneficios a que tiene derecho y en este caso le adjudica una labor pedagógica, de asesoría y en ciertos casos de intervención directa a diversas instituciones del poder público, entre ellas al Ministerio Público y a las organizaciones sociales de asistencia a las víctimas.¹¹ En otros términos, se espera que la víctima al intervenir en el incidente conozca sus derechos y desde luego, el contenido de los mismos.

En segundo lugar, el momento procesal en el que se tramita el incidente, previo a la sentencia condenatoria, debe ser observado bajo el siguiente criterio: si el Estado, para otorgar el beneficio de la pena alternativa, le exige al desmovilizado durante todo el proceso actitudes tendientes a la reconciliación nacional y advierte dentro de los objetivos de la ley que ello se logra garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación¹² y, adicionalmente, consagra el incidente en un momento procesal previo a que se dicte sentencia condenatoria, es indudable que se busca que el resultado del incidente sea un criterio (determinante) para la concesión del beneficio de la pena alternativa, que debe ser tenido en cuenta por el administrador de justicia.¹³ Lo anterior, resalta la trascendencia del incidente y su propósito que no es otro que la garantía de los derechos de las víctimas dentro de los procesos de justicia y paz.

Recuérdese que el centro del debate del proceso de reconciliación nacional, son los derechos de las víctimas. La verdad, la justicia y la reparación integral han sido el resultado de procesos complejos de elaboración doctrinal, que tienen su origen en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario (DIH) y, por lo tanto, es necesario comenzar este recorrido conceptual, a partir de las fuentes internacionales que nos informan y dan línea sobre el tema.

Sin embargo, surge la pregunta acerca de cómo el derecho internacional entra en la esfera del derecho interno y se instala pacíficamente dentro de nuestro ordenamiento. La respuesta ha sido dada por la Corte Constitucional a lo largo de varias sentencias, desde las que se ha construido la noción del bloque de constitucionalidad. Conviene, entonces, detenernos en esta categoría jurídica antes del estudio de los instrumentos internacionales.

¹¹ Artículo 28 y Capítulo VIII, Ley 975/05.

¹² Artículo 1, Ley 975/05.

¹³ Este énfasis puede ser comparado con el lugar procesal del incidente en la Ley 906/04.

2.1. Acercamiento doctrinal al Bloque de Constitucionalidad.

El bloque de constitucionalidad¹⁴ es la figura que permite ampliar los contenidos de la constitución a otras normativas que por remisión misma de la Carta Política (CP) adquieren rango constitucional. La Constitución en diferentes artículos ha permitido que la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia desarrolle la doctrina del bloque de constitucionalidad. Nos proponemos entonces, presentar un breve panorama general de la evolución que ha tenido el *bloque*, para mostrar cuáles son las dos posturas que actualmente lo definen y explicar porqué consideramos que seleccionar una de ellas resulta más adecuado para el problema que nos convoca.

El bloque de constitucionalidad ha tenido cuatro períodos importantes: el primero de ellos, antes de la expedición de la carta de 1991, en el cual escasamente se reconocía la existencia de los tratados internacionales y su aplicación judicial era prácticamente nula; el segundo momento va desde 1992 hasta 1994, durante el cual la Corte Constitucional empieza una decidida defensa de los derechos fundamentales, sustentada en los contenidos de los tratados internacionales, sin que aún mencionara la figura del bloque expresamente; fue entre los años 1995 y 1996 cuando a partir de la sentencia C-225/95, se habla concretamente del bloque de constitucionalidad, se fijan sus alcances, se señalan sus implicaciones, y su empleo se condiciona al artículo constitucional utilizado para su inclusión; y finalmente, a partir del año 1996 se consolida metodológicamente, se limita su aplicación, se cierra el espectro conceptual sobre el que se definía la figura hasta el momento y se establecen dos direcciones sobre las cuáles puede aplicarse.

La Corte Constitucional en el fundamento 5 de la sentencia C-191/98, cerrando el debate, definió los dos sentidos atribuibles al bloque de constitucionalidad de la siguiente manera: el *stricto sensu* comprende “*aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción*” mientras que el *lato sensu* son “*todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación*”.

Ahora bien, el artículo 93 de la CP, resulta ser el mejor ejemplo para entender los contenidos actuales del bloque de constitucionalidad. Dada su importancia, nos permitimos transcribir el artículo mencionado:

14 Para apoyar el estudio sobre la figura del bloque de constitucionalidad, hemos construido nuestro análisis sobre las sentencias de la Corte Constitucional que analizan el tema, así como en: Uprimny Yépez, Rodrigo, Bloque de constitucionalidad, derechos humano procedimiento penal, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Superior Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2004; del mismo autor, El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, en Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Volumen I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2002, pp. 97-154, Arango Olaya, Mónica, El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, consultado en www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf y Góngora Mera, Manuel Eduardo, El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad, Artículos, Centro de Derecho Humanos de Nuremberg, 2007.

15 Cf. *Ibid.* Uprimny Yépez, Rodrigo, El bloque de constitucionalidad en Colombia... pp. 3-8

“Artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”

Tenemos, entonces, que el inciso primero es el reflejo de la primera acepción estimada por la Corte, al radicar su trascendencia en la posibilidad de garantizar derechos que a pesar de no ser expresamente reconocidos por la CP, deben ser protegidos aun durante las declaratorias de estados de excepción, lo que implica que el texto constitucional se amplía a dichos derechos y de esta forma se dinamiza y actualiza el contenido de la Constitución a normativas que consagran derechos puntuales y específicos, que son considerados por el derecho internacional no susceptibles de suspensión en casos de excepcionalidad.

Seguido a lo anterior, el inciso segundo, resulta paradigmático del sentido lato atribuido a la noción del *bloque*, pues nos dice que todos los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, sin que medie ninguna condición para su aplicación.

Así pues, es el carácter hermenéutico que se le atribuye al bloque de constitucionalidad en sentido amplio el que interesa a nuestro concepto, si tenemos en cuenta que los derechos de las víctimas han sido resultado, en gran parte, del desarrollo del derecho internacional, normativa que por mandato constitucional hace parte integral de la Constitución Política. El resultado es la constitucionalización de los derechos de las víctimas y, con ello, la ley de Justicia y Paz tiene ahora un referente directo que le permitirá ampliar el espectro de garantías y protección a la verdad, la justicia y la reparación.

Dos consecuencias importantes se derivan del análisis anterior: la primera, que los derechos de las víctimas gozan actualmente de un dispositivo jurídico que permite ampliar sus contenidos y considerarlos compatibles con el texto constitucional, lo cual eleva las posibilidades de ser garantizados a partir de los mecanismos procesales de derecho interno; y la segunda, que el derecho internacional, al ser un criterio meramente interpretativo, a pesar de su obligatoriedad asignada por estar atado al plexo superior, le da la posibilidad a los magistrados y a todos los operadores jurídicos que intervienen en los procesos de justicia y paz, de acondicionar y adaptar los contenidos dogmáticos de los derechos de verdad, justicia y reparación a la realidad nacional y a las necesidades propias de un complejo proceso de reconciliación como el nuestro.

A continuación, revisaremos las fuentes de derecho internacional advirtiendo previamente que pretender agotar todos los tratados y convenios internacionales que se refieren al tema de las víctimas y sus derechos, resulta una tarea extensa y bastante compleja, que limitaría el logro de los objetivos del presente proyecto, razón por la cual hacemos referencia únicamente a aquellos instrumentos que han

contribuido de manera definitiva en el desarrollo y consolidación del concepto de víctimas y de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral.¹⁶

2.2. El concepto de víctima en el derecho internacional.

Para la comunidad internacional la protección de la población civil en los conflictos armados, ha sido una preocupación permanente, tanto así que en 1970 la ONU expide una resolución en la que consagra los *Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados*, siendo considerado ello el primer intento por circunscribir conceptualmente la categoría de víctima de graves violaciones a los derechos humanos.¹⁷

En principio, el mencionado documento consagra tres pilares fundamentales sobre los cuales se edificará posteriormente la doctrina internacional sobre la víctima: la vigencia permanente de los derechos humanos reconocidos por los instrumentos internacionales incluso en tiempos de conflicto armado; la obligatoriedad de la distinción entre los combatientes y aquellas personas que no forman parte activa en las hostilidades; y la atención especial de las partes que llevan a cabo operaciones militares, por la protección y mínima exposición al daño de las poblaciones civiles.

Seguido a lo anterior, tenemos que la génesis de la protección de las víctimas, proviene de la situación vulnerable en que se encontraban las poblaciones civiles afectadas por conflictos armados, lo cual llamaba la atención en el ámbito internacional y se iniciaba una carrera por la protección y la garantía de los derechos de este sector de la población.

Concretamente, el arduo camino iniciado por las víctimas se consolida en 1985 con la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En este documento se propone una definición de víctima no solo del abuso del poder, sino de graves delitos de lesa humanidad, susceptible de ser desarrollada y ajustada en el futuro.

La caracterización del concepto de víctima que nos presenta la declaración sobre los principios, es la de considerar como víctima a toda persona individual o colectiva que haya sufrido el menoscabo de sus derechos fundamentales y patrimoniales como consecuencia de una conducta delictiva contenida o no en la legislación penal vigente del Estado del que forme parte, pero que contravenga los principios de humanidad y de conciencia pública establecidos a lo largo de diferentes cartas

16 Como referente doctrinal en el presente capítulo, tomaremos a: Huber, Florian, *Ley de justicia y paz. Desafíos y temas de debate*, FESCOL, CNRR, GTZ, CEREC, Bogotá, 2007. pp. 46-57. Así como los artículos de: Rengifo Lozano, Antonio José, *El concepto de víctima en el derecho internacional y su alcance en la Ley de Justicia y Paz*. Patiño González, María Cristina, *El derecho fundamental de la víctima a obtener reparación*, en *Revista Pensamiento Jurídico*, número 17, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, diciembre de 2006. p.103 y ss. *Comentarios sobre la ley de justicia y paz*, VV. AA., UNIBIBLOS, Bogotá, 2006

17 *Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados*. Resolución 2675 (XXV) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1970.

de derechos del derecho internacional, con independencia además, de la identificación o captura del perpetrador del daño, abriendo con ello la puerta para que los familiares de las víctimas sean consideradas víctimas directas, en la medida que las conductas lesivas hayan afectado sus derechos individuales, e inclusive sean consideradas víctimas aquellas personas que al intervenir a favor de la víctima, sufrieron como consecuencia la conculcación de sus derechos.¹⁸

Este concepto ha sido ampliado posteriormente con la expedición de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. En esta resolución, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mantiene la definición que adoptó en 1985 en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia, pero amplía su alcance al incluir especialmente con los términos de “familia inmediata” de la víctima y el de “personas a cargo” de la víctima directa, dándoles la posibilidad de ser considerados partes procesales y de recurrir ante el aparato judicial para que garantice sus derechos.¹⁹

Hasta ahora, lo que nos dice el derecho internacional es que a pesar de la proliferación de tratados, convenciones y pactos, no se ha llegado a una definición precisa de la víctima, pues aún así, se han hecho referencias y aproximaciones a la obligatoriedad de la reparación o de la protección de grupos de personas especiales, como en el Pacto Internacional sobre los derechos civiles y políticos, la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre los derechos del niño, la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, entre otras. Pero persiste la incertidumbre acerca de los contenidos precisos de la categoría víctima, lo que nos lleva a concluir preliminarmente, que es deber de cada Estado o instancia internacional construir a partir de la experiencia concreta, su propio concepto.

Como advertimos, el acervo de instrumentos internacionales, no solo está constituido por los tratados, convenciones o pactos entre Estados o en las declaraciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sino por otras fuentes de menor entidad, pero quizás de importancia superior. En este sentido, debemos señalar que en el año 2000 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, le encargó al experto independiente Cherif Bassiouni, la revisión de un estudio realizado sobre los derechos de las víctimas de violaciones flagrantes a los derechos humanos²⁰, dicho informe actualizado, fue presentado y

18 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Principios 1, 2 y 18.

19 *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Principios 8 y 9.

20 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Resolución 1989/13.

aprobado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su 56 período de sesiones, el cual contiene un concepto de víctima, que se instala en el derecho internacional de los derechos humanos, en los siguientes términos:

*“Se considerará “víctima” a la persona que, individual o colectivamente, como resultado de actos u omisiones que violan las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, haya sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales. Se podrá considerar también “víctimas” a los miembros de la familia directa, así como a las personas que al intervenir para asistir a la víctima o impedir que se produzcan otras violaciones, hayan sufrido daños físicos, mentales o económicos”.*²¹

2.3. El concepto de víctima en la Ley de Justicia y Paz.

El artículo 5 de la ley 975 de 2005 considera como tal, a la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Así mismo, el 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.

Las víctimas no sólo son los civiles que sufren daños dentro del conflicto, también puede ser un miembro de la Fuerza Pública, el cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, sin que ello implique que deban ser excluidos como víctimas a parientes en otros grados que hubieren sufrido daños (sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006).

Las víctimas ya no son de la violencia política, sino víctimas de organizaciones armadas al margen de la ley. El concepto es limitado frente a los desarrollos de la jurisprudencia de la CIDH, excluye a personas que, sin tener parentesco cercano con la víctima directa, tienen lazos afectivos con ella.

Conforme a lo anterior, tendrán la calidad de víctima quienes se encuentren en las situaciones previstas en el artículo 5, **incluyendo a las víctimas del desplazamiento forzado ocasionado por las conductas punibles cometidas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.** Para el ejercicio de sus derechos dentro del proceso, la víctima deberá acreditar sumariamente su condición de tal.

2.4. La verdad, la justicia y la reparación en el derecho internacional.

2.4.1. La verdad

En el derecho penal, tanto anglosajón como continental, la verdad ha sido considerada un elemento de juicio secundario para las decisiones judiciales, pues lo que se busca es establecer la culpabilidad del acusado, más no las consecuencias políticas, sociales, psicológicas, emocionales, etc. que afectaron a la víctima individual o colectiva del hecho ilícito. Sin embargo, gracias a los

²¹ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000.

desarrollos de la justicia transicional, la comunidad internacional ha intentado otorgarle a la verdad un valor superior dentro de los procesos que se lleven a cabo en situaciones de crisis democráticas, cambios de régimen político y procesos de paz que tienen como componente masivas violaciones de derechos humanos y debido a ello, altas porciones de la población victimizadas.

El origen del derecho a la verdad, bajo estas connotaciones se remonta a 1977 con los artículos 32 y 33 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, en el cual se establece el derecho de información de los familiares a saber acerca de la suerte que corrieron los miembros de su familia víctimas de desapariciones, ampliándose luego el concepto a los casos de desapariciones *forzadas*, sobre todo a partir de los procesos de transición en América Latina, contando con el respaldo de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas, y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, quienes vieron en el derecho a la verdad un complemento necesario para que las víctimas hicieran valer sus derechos.

En concreto, el reconocimiento de la verdad como derecho fue realizado por Louis Joinet, experto en impunidad designado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en cuyo informe de 1997 determinó la clara existencia del derecho a la verdad, así:

*“Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar que en el futuro se repitan las violaciones”.*²³

En el año 2005, estos principios fueron actualizados por Diana Orentlicher, quien concretó los alcances del derecho a la verdad de las víctimas, sus familiares y el pueblo en general; afirmando que para la víctima y sus familiares, la verdad, implica la obligación del Estado de proporcionar información sobre la suerte corrida por las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y para la sociedad, conocer las circunstancias que llevaron a la masiva y sistemática violación de los derechos humanos.²² Esta doble dimensión se justifica, porque por un lado es el resultado de las denuncias individuales realizadas ante órganos internacionales de protección de los derechos humanos y al mismo tiempo porque al considerarlas en sentido amplio, ello deviene en la exigencia social de conocer las causas más profundas de los delitos cometidos por los perpetradores.

22 “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 el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión”, documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1., Anexo I, Principio 1.

23 Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, E/CN.4/2005/102/Add.1 8 de Febrero de 2005.

En conclusión, el derecho a la verdad, como derecho de las víctimas es una noción con un componente jurídico que importa a toda la sociedad y a las víctimas individualmente consideradas, lo cual se traduce en una dimensión objetiva del mismo y por otra parte, contiene un carácter ideal y emocional, que está atado directamente a la condición de los seres humanos, que le imprime un carácter subjetivo a este derecho. La verdad se debate permanentemente en dos direcciones que deben ser acompasadas y atender directamente a los objetivos superiores de una nación que pretende dar un paso hacia la reconciliación nacional, y entendiéndose que la ausencia de uno de estos elementos (objetivo y subjetivo, público y privado, colectivo e individual) pondría en riesgo todo el soporte jurídico y político sobre el cual se pretende dar el cambio estructural que provoque el tránsito hacia condiciones de convivencia pacífica de una sociedad.

2.4.2. La justicia

Con la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en 1948, se empieza a trazar el camino que será trasegado por el derecho a la justicia. En dicha declaración se establece el derecho a la igualdad ante la ley y a ser protegido por ella y que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, imparciales e independientes, lo cual en adelante se entenderá como el derecho a un adecuado acceso a la justicia.²⁴

Posteriormente, entra en vigor el Pacto *Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que desarrolla el derecho a la justicia y establece que la realización de los derechos consagrados en dicho documento, solo puede lograrse, en primer lugar, por medio del derecho interno de cada país, lo que reitera la importancia de contar con un recurso judicial efectivo,²⁵ que es ratificado en la *Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o conflicto armado*, al afirmar que la protección de este sector de la población debe ser observada primeramente, por la normatividad interna.²⁶ En el mismo sentido, las Naciones Unidas aprueban la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales*, reforzando lo establecido en las cartas de derechos anteriormente expedidas y vuelve sobre la responsabilidad *prima facie* de los Estados de fijar parámetros de protección a las víctimas en el derecho interno y de la obligación de promoción y divulgación de mecanismos que garanticen la vigencia de los derechos y las libertades del hombre.²⁷

²⁴ *Declaración universal de derechos humanos*, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948. Artículos 7 y 8.

²⁵ *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, adoptado y abierto a la firma y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. entrada en vigor: 23 de marzo de 1979, de conformidad con el artículo 49. Artículo 2.

²⁶ *Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado*, proclamada por la Asamblea General en su resolución 3381 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974.

²⁷ *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, resolución aprobada por la Asamblea General 53/144 el 8 de marzo de 1999.

Hasta ahora, los instrumentos relacionados nos indican que un fuerte componente del derecho a la justicia es el compromiso rotundo de los Estados, por instaurar mecanismos idóneos de lucha contra la impunidad en sus sistemas jurídicos internos. En otras palabras, por garantizar un sistema judicial de fácil y efectivo acceso y un derecho de acción imparcial, eficaz y adecuado para las víctimas.

Seguidamente, los principios actualizados de la lucha contra la impunidad, también nos advierten del deber que tienen los Estados de adelantar investigaciones rápidas y minuciosas, identificar y perseguir a los autores, procesarlos, juzgarlos y condenarlos de hallarlos culpables, sin que esta iniciativa pública obste para que las víctimas cuenten con mecanismos procesales que les permitan por sí mismas intervenir en los procesos que les incumben; también la declaración es prohibitiva de la prescripción de las acciones penales que investiguen graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, así como de la concesión de amnistías o autoamnistías, al menos mientras las víctimas no hayan recibido las garantías necesarias que configuren un adecuado acceso a la administración de justicia.²⁸

De otro lado, debemos tener en cuenta que la participación procesal de las víctimas no se entiende únicamente con la puesta en marcha del aparato jurisdiccional, sino que valores como la igualdad, el debido proceso, el juez natural y demás principios procesales deben ser incorporados y respetados en todas las etapas procesales. Lo anterior también le da una dimensión colectiva al derecho a la justicia, puesto que el interés del conglomerado en la salvaguarda de los derechos humanos se refleja en las posibilidades que la pena y la sanción penal, realicen sus fines de prevención del delito y resocialización y del delincuente.²⁹

Es por ello que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas le encomienda a los Estados labores de difusión de los instrumentos jurídicos establecidos para garantizar el debido acceso de las víctimas a la justicia, a protegerlas en su intimidad y seguridad personales y a facilitarles la asistencia apropiada en los procesos judiciales. Este último aspecto tiene un componente tanto de asesoría puntual a las víctimas dentro de los procesos, como otro de información sobre el tema para la comunidad en general.³⁰

2.4.3. La reparación

Según la doctrina, la reparación es un derecho que se deriva directamente del daño ocasionado por un hecho ilícito y le corresponde al Estado hacer que desaparezcan los efectos generados por la conculcación del derecho individual. Esto indica que la reparación se debe dar con independencia de la identificación del autor de la conducta, ya que es competencia del Estado perseguir el delito y al mismo tiempo garantizar y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. Inclusive,

28 Ob. Cit. *Conjunto de principios actualizado...* Principio 19 y 20.

29 Cf. *Convención americana sobre derechos humanos* o Pacto de San José, Costa Rica, 7 de noviembre de 1969. Artículo 25.

30 Ob. Cit. *Principios y directrices básicos...* Principio 12

algunos autores afirman que la sumaria demostración del daño y la comprobación de la víctima como titular del bien jurídico vulnerado, es suficiente para que se produzca la reparación, sin necesidad de someter a la víctima al desgaste de un proceso judicial.³¹

En el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, la reparación surge como una herramienta que busca remediar los daños causados a la persona que ha sido retenida o presa ilegalmente y puede ser considerado como la derivación de una de las formas de protección del derecho a la vida, que van desde la prohibición y el desmonte de la pena de muerte hasta la prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, entre otras.³²

Más tarde, el derecho internacional evoluciona e intenta otorgarle autonomía al derecho a la reparación. La primera aproximación se realiza en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia, en la que se consagra la reparación como un derecho que está atado a la obligación de los Estados de proveer mecanismos adecuados de acceso a la justicia para las víctimas y de información oportuna sobre los componentes de este derecho y las formas procesales de hacerlo valer.³³ El mismo documento más adelante emplea categorías que luego se convertirán en una derivación del derecho a la reparación, como lo son el *resarcimiento*, que lo define como toda obligación material que se deriva del daño; la *indemnización*, entendida más como la compensación financiera de los daños causados a la víctima y finalmente, la *asistencia* que resulta asimilable a las medidas de tipo social exigidas al Estado, para que genere condiciones apropiadas para el ejercicio de la ciudadanía por las víctimas, como la asistencia médica, psicológica y social.

Lo anterior es complementado con la resolución 60/147 de 2005 en la cual se consolida el derecho a la reparación de la víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Allí se define la reparación como la compensación proporcional a la gravedad de las violaciones y de los daños sufridos por acciones u omisiones del propio Estado, siendo su obligación repetir contra los autores materiales de los mismos, pero en caso de la imposibilidad de hacerlo, la responsabilidad *prima facie* subsidiaria del Estado, pasa a ser principal y debe asumir los costos, no solo económicos, sino de toda índole de la reparación de las víctimas; posteriormente presenta los elementos de una reparación integral plena y efectiva, a saber: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.³⁴

Y finalmente, en los principios para la lucha contra la impunidad, se mantiene el concepto de reparación expresado en los anteriores instrumentos internacionales, pero amplía el espectro de su aplicación y le da la posibilidad a la víctima de acceder a la misma, tanto por vía penal, como civil, administrativa o disciplinaria.

31 Cf. Sproviero, Juan H, *La víctima del delito y sus derechos*, Buenos Aires, Editorial Ábaco Rodolfo Desalma, 2000.

32 Ob. Cit. *Pacto internacional de derechos civiles y políticos...* Artículo 9 (5).

33 Ob. Cit. *Declaración sobre los principios fundamentales...* Principios 4-6, 8-14.

34 Ob. Cit. *Principios y directrices básicos...* Principios 15-23.

Igualmente, fortalece la dimensión colectiva de la reparación, enunciando la posibilidad de llevarse a cabo a través de medidas estructurales legislativas o administrativas, de financiación nacional e internacional que interesan también a la sociedad civil, e insta a los Estados para que promuevan su participación en los programas de reparación. Además, reitera las formas de reparación ya anunciadas, con especial énfasis en las medidas de no repetición.³⁵

3. Los derechos de las víctimas según la jurisprudencia constitucional Colombiana.

La sentencia C 209 de 2007 constituye, si se nos permite la expresión, el epílogo de una serie de sentencias de la misma Corte Constitucional, en materia de derechos de las víctimas o perjudicados con el delito que la jurisprudencia constitucional les reconoce en los últimos años. En dicho fallo de constitucionalidad se hace un resumen del desarrollo de la noción de víctima y de sus derechos, se repite, según la jurisprudencia constitucional.

Dicho proceso se inició realmente con la sentencia C 228 de 2002 en la cual la Corte Constitucional consolida la protección amplia de los derechos de las víctimas del delito en el sistema penal ordinario, precisando el alcance de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral y la proyección de los derechos de la víctima dentro del proceso penal. Pero antes se había desarrollado el concepto en relación con la justicia penal militar, particularmente en las sentencias C 740 de 2001, C 1149 de 2001 y SU 1184 de 2001, en esencia sobre los derechos de la parte civil a los traslados en igualdad de condiciones a los demás sujetos procesales y, por tanto, a la alegación, y el derecho a la reparación más allá de lo patrimonial.

A continuación mencionaremos algunas sentencias que ilustran la gran variedad de ámbitos en los cuales tales derechos se han proyectado, pero obviamente sin ánimo de exhaustividad:

Sentencia C 580 de 2002, sobre víctimas de desaparición forzada y la imprescriptibilidad de la acción penal siempre que no se haya identificado e individualizado a los presuntos responsables.

Sentencia C 875 de 2002, sobre posibilidad de la parte civil de recurrir al amparo de pobreza.

Sentencia C 228 de 2003, sobre la posibilidad del perjudicado de constituirse parte civil en el proceso de conocimiento de la justicia penal militar y la búsqueda de indemnización no solo a través de acciones contencioso administrativas.

Sentencia C 004 de 2003, sobre el derecho de las víctimas a impugnar decisiones tales como la de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria.

³⁵ Ob. Cit. *Conjunto de principios actualizado...* Principio 31-35.

Sentencia C 014 de 2004, mediante la cual se extiende la protección de los derechos de las víctimas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, a los procesos disciplinarios.

De conformidad, pues, con la sentencia de constitucionalidad 209 de 2007, las víctimas en el derecho colombiano tienen los siguientes derechos procesales:

1. En la etapa de investigación, en lo que tiene que ver con la práctica de pruebas anticipadas regulada en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también podrá solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías.
2. En la etapa de imputación, en cuanto a lo regulado en el artículo 289 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima podrá estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.
3. En cuanto a la adopción de medidas de aseguramiento y de protección, en lo regulado por los artículos 306, 316 y 342 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, según el caso, a solicitar la medida correspondiente.
4. En relación con el principio de oportunidad regulado en los artículos 324, y 327, la Corte Constitucional concluyó que se deberán valorar expresamente los derechos de las víctimas al dar aplicación a este principio por parte del fiscal, a fin de que éstas puedan controlar las razones que sirven de fundamento a la decisión del fiscal, así como controvertir la decisión judicial que se adopte al respecto.
5. En materia de preclusión de la acción penal, en lo que atañe a la regulación prevista en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, la Corte concluyó que se debe permitir a la víctima allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.
6. En cuanto a la etapa de acusación, en lo regulado por los artículos 337, 339 y 344 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para formular observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades.
7. En la etapa del juicio, la Corte Constitucional consideró que no era posible que la víctima interviniera para presentar una teoría del caso, diferente o contraria a la de la Fiscalía. Habida cuenta de que en las etapas previas del proceso penal ésta ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente por parte del fiscal, en la etapa del juicio oral la víctima podrá ejercer sus derechos a través del fiscal, quien es el facultado para presentar una teoría del caso construida a lo largo de la investigación. Dada la importancia que tiene para la víctima la posibilidad de que el fiscal le oiga, el juez deberá velar para que dicha comunicación sea efectiva, y cuando así lo solicite el fiscal del caso, decretar un receso para facilitar dicha comunicación con el abogado de la víctima, sin excluir su acceso directo al fiscal.

8. Adicionalmente, y ya no como disposición del fallo citado sino como resultado de una interpretación sistemática de toda la normatividad, el derecho a ser asistida por la Defensoría del Pueblo, a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública, en los procesos que se adelanten en aplicación de la ley 975 de 2005 y el Decreto 4760 del 2005.

4. Rol de la Procuraduría General de la Nación en el marco de la Ley de Justicia y Paz. Su relación con otras entidades y organismos del Estado. Rol de los Procuradores Judiciales.

El artículo 22 de la Constitución Nacional establece que *“la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”*. Para desarrollar este mandato constitucional se ha considerado que es obligación de las entidades del Estado contribuir, en el ámbito de sus funciones, al movimiento de los mecanismos que se establezcan en las normas legales para alcanzar dicho objetivo.

La misma Carta precisa las funciones de cada una de las entidades y órganos. En relación con el Ministerio Público, el artículo 118 señala que dicho ministerio es ejercido por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los procuradores delegados, personeros y demás funcionarios que determine la ley. Se les atribuye como función la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

El objeto de la ley 975 de 2005, por su parte, es el de facilitar el proceso de paz, la reincorporación de los desmovilizados, garantizar los derechos de las víctimas, buscar la paz, la reconciliación nacional y facilitar los acuerdos humanitarios. Es así como se concluye que, las funciones otorgadas por la Constitución Nacional al Ministerio Público y el objeto de la ley de Justicia y Paz guardan una estrecha relación entre sí, y la una, esto es, la ley, se convierte en un instrumento con el que cuentan los agentes del Ministerio Público para el efectivo desarrollo del artículo 22 de la Constitución Nacional.

En síntesis y según la Ley de Justicia y Paz, las funciones de la Procuraduría General de la Nación son:

- Artículo 28. **Prevé su intervención cuando sea necesario**, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.
- Artículo 35. El Procurador General de la Nación creará, para los efectos de la presente ley, una Procuraduría judicial para la Justicia y la Paz, con competencia nacional. Con tal fin, la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, **podrá** participar en las actuaciones judiciales y administrativas que se adelanten.
- Artículo 36. Impulsará mecanismos para la participación de las organizaciones sociales para la asistencia a las víctimas.

- Artículo 38.7. Las víctimas tienen derecho a ser asistidas durante el juicio por un abogado de confianza o por la Procuraduría Judicial de que trata la presente ley.

Por tales razones la ley objeto de estudio contempla de manera expresa la colaboración directa del Ministerio Público encabezado por la Procuraduría General de la Nación (PGN). Para tal efecto, la Procuraduría General de la Nación, atendiendo este importante llamado y haciendo uso de las facultades que la legislación le otorga, ha reaccionado y ejecutado las tareas que ha considerado pertinentes para lograr esos objetivos. Veamos brevemente:

- En atención al artículo 36 de la ley 975 de 2005, el Procurador General ha expedido la Resolución 104 del 2 de mayo de 2006, a través de la cual se crea una Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz adscrita a la Delegada para el Ministerio Público en asuntos Penales, cuya intervención administrativa y judicial se requiere para ejecutar el objeto de la ley de Justicia y Paz.
- Con miras a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 36 de la ley 975 de 2005, la PGN ha creado e implementado diversos mecanismos con el objeto de promover la participación de las víctimas y de las organizaciones que las representan. Vale destacar entre ellos el Proyecto General de Divulgación de los Derechos de las Víctimas a la **verdad, la Justicia y la Reparación**” que cuenta con varios ejes; el audiovisual que con el concurso de la Comisión Nacional de Televisión contó con una primera fase de mensajes institucionales en los que se explican los derechos de las víctimas y la manera de exigirlos; la segunda fase, con el objetivo de profundizar en los temas de los dichos mensajes institucionales, se presenta semanalmente al país e invita o convoca a quienes han sido afectados por los hechos de los desmovilizados para que participen en sus procesos y reclamen sus derechos. Por otro lado, el eje radial cuenta con la financiación de USAID a través de MSD se encuentra actualmente en la etapa de diseño y será presentado a la opinión pública en el mes de junio. Igualmente se han contemplado los ejes de información escrita y pública visual.
- En lo que respecta al deber de garantizar el acceso de las víctimas a la administración de justicia, tiene la PGN una obligación, no sólo jurídica, sino también ética y social, pues le corresponde velar por el respeto de las víctimas, su reconocimiento y reparación integral efectivos. En consecuencia de este principio, la PGN se ha propuesto sensibilizar a todos los funcionarios de su ministerio, a través de múltiples actividades que los orienten en la importancia de su labor en el marco del proceso de paz, como por ejemplo las capacitaciones que reciben los personeros municipales, o el trabajo conjunto con organizaciones internacionales, quienes en su interés de apoyar acciones dirigidas a la reconciliación en Colombia, han presentado

36 Circular No. 25 del 1 de junio de 2007 expedida por el Procurador General de la Nación.

propuestas acogidas por la entidad también con el objeto de apoyar a las víctimas en la satisfacción de sus derechos.

De la misma manera, la Procuraduría ha estado atenta al mandato devenido de la Constitución (artículo 275) y a lo dispuesto por la Corte Constitucional (Sentencia 370/06), en el sentido de respetar la obligación de representación judicial de las víctimas y sus derechos, que recae sobre la Defensoría Pública. Ello no impide que los procuradores judiciales continúen velando por la garantía de tales derechos, pues justamente esa distribución de funciones les permitirá cumplir en los procesos de justicia y paz una función más acorde con los mandatos de los artículos 277 de la Carta y 109 y 111 de la ley 906 de 2004.

- Igualmente, la Procuraduría anticipándose a la reglamentación de las Comisiones Regionales de Restitución de Bienes, produjo dos publicaciones sobre las restituciones de bienes patrimoniales, dentro de los cuales cabe destacar los protocolos de intervención de los procuradores agrarios en el incidente de reparación previsto por la Ley de Justicia y Paz. Es de resaltar que dichas comisiones fueron reglamentadas apenas el mes pasado mediante Decreto 176 de enero 24 de 2008.
- Del mismo modo y en relación con la protección de los archivos ordenada por la ley, el Ministerio Público ha producido dos importantes documentos, el primero sobre las buenas prácticas de protección de archivos a nivel nacional e internacional y el segundo diseña la política de protección de archivos del Ministerio Público, relativos a la información no judicial que, en su conjunto, debe protegerse en orden de garantizar el derecho a la memoria histórica. No sobra recordar que la protección de los archivos de orden jurídico es competencia del Consejo Superior de la Judicatura.
- Por último debe advertirse que son precarias hasta hoy las acciones adelantadas por el Ministerio Público y por las entidades de apoyo técnico en relación con necesidades específicas de las mujeres, de las niñas, niños y personas mayores y con discapacidad, aunque se han comenzado a adelantar acciones tendientes a satisfacer dichos requerimientos.

En consecuencia, el rol de los procuradores judiciales estaría genéricamente orientado a velar por el bienestar de las víctimas, a orientarles en su actuación, a procurar su representación, a asistirles para que consoliden sus pretensiones con miras al incidente de reparación y, eventualmente a asumir su defensa y representación como colectivo. Más adelante en el acápite de lineamientos precisaremos con algún detalle los conceptos consignados.

Otro de los aspectos de amplísimo debate ante los procuradores Judiciales fue justamente el que hace referencia al **sentido y alcance de las expresiones que constitucionalmente prevén la intervención de la PGN** y si ellas deben interpretarse en un sentido amplio o restringido; en otros términos, si las palabras

37 La participación de las víctimas en los procesos penales de justicia y paz: dificultades y desafíos Dr. Edgardo José Maya Villazón, Procurador General de la Nación.

intervención y asistencia tienen un efecto limitado o por el contrario deben entenderse como una capacidad abierta y sin límite más allá de las competencias de otras autoridades. La opinión mayoritaria es que no se puede negar la interpretación amplia de esas facultades, independientemente de que ello conlleve problemas logísticos y de operatividad. No obstante, desde el punto de vista sustancial y procesal ha de entenderse que es justamente el papel del Ministerio Público la intervención y la asistencia a las víctimas de los delitos de los grupos armados organizados al margen de la ley y que ya en el momento procesal en que opera el incidente de reparación integral, no existe conflicto de intereses con las demás funciones encomendadas al Ministerio Público, pues ya hay aceptación de cargos, hay declaración de legalidad de esos cargos y todo ello constituye una acusación en sentido estricto.

5. Razones o fundamentos del Incidente de Reparación Integral.

Como quiera que con la adopción del sistema acusatorio desapareciera la parte civil en el proceso penal y la obligación para el juez de condenar pecuniariamente en forma paralela con la condena penal, nació el incidente de reparación integral.

5.1. Regulación y trámite del incidente en el Código de Procedimiento Penal.

En el nuevo sistema, como ya se dijo, se suprimió la demanda de parte civil y el fallo emitido en el sentido de declarar la responsabilidad penal no debe contener condena alguna en materia pecuniaria, motivo por el cual se creó el incidente de reparación integral para determinar y precisar los aspectos civiles de la responsabilidad del acusado y de los terceros.

En tal sentido, se tiene que el incidente de reparación integral tiene lugar una vez emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, es decir, una vez agotadas las etapas procesales de investigación y de juicio oral. En cuanto a la legitimación activa para solicitar el adelantamiento del mismo, el artículo 102 del C.P.P. establece una clara distinción, según la pretensión sea exclusivamente económica, situación en la cual sólo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos o causahabientes, en tanto que, en los demás casos, esto es, cuando la petición no sea meramente pecuniaria, la solicitud deberá ser presentada por la víctima o por solicitud “del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella”. Quiere ello decir que la Ley 906 de 2004, al igual que sucede en el derecho internacional de los derechos humanos, consagra el derecho de las víctimas de los delitos a ser plenamente reparadas y no simplemente indemnizadas. En otras palabras, quien acude a un incidente de reparación integral, como lo señala la norma citada, puede tener una pretensión meramente económica, caso en el cual, la legitimación activa para solicitar la apertura del incidente se encuentra limitada a los interesados; por el contrario, cuando se busca no sólo ser indemnizado pecuniariamente sino ser reparado integralmente, esto es, se persiguen la adopción de medidas de *restitutium in integrum*, modalidades de reparación del daño sufrido por una determinada comunidad, medidas de satisfacción o simbólicas, la legitimación se extiende a la Fiscalía y al Ministerio Público. De hecho, puede suceder que las víctimas acudan al

incidente de reparación integral sin la pretensión de la obtención de una indemnización económica, sino con el propósito, por ejemplo, de obtener otra forma de reparación del daño, como lo es la simbólica, por parte del victimario.

Ahora bien, en lo que concierne al trámite del incidente de reparación integral, se tiene que, una vez emitido el fallo condenatorio, dentro de los ocho (8) días siguientes el juez de conocimiento convocará a una audiencia pública. Una vez iniciada la misma, el incidentante formulará oralmente su pretensión, sea económica o no, expresando concretamente la forma de reparación a la cual aspira, indicando asimismo las pruebas que hará valer. Acto seguido, el juez examinará el contenido de la pretensión y verificará si quien la promueve se encuentra o no legitimado para ello.

Una vez admitida la pretensión, el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable, ofreciendo la posibilidad de llegar a una conciliación; caso de no ser ésta posible, se fijará una nueva audiencia durante la cual el condenado deberá ofrecer sus propios medios de prueba. De tal suerte que, de no llegarse a conciliación alguna, con base en las pruebas aportadas por las partes, y sus respectivos alegatos, el juez finalmente tomará una decisión que ponga fin al incidente, la cual se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.

5.2. Regulación y trámite en la Ley de Justicia y Paz, Ley 975 de 2005.

Artículo 23. *Incidente de reparación integral. En la misma audiencia en la que la Sala de Justicia y Paz declare la legalidad de la aceptación de cargos, previa solicitud expresa de la víctima o del fiscal del caso, o del Ministerio Público a instancia de ella, el magistrado ponente abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y convocará a audiencia pública dentro de los cinco (5) días siguientes.*

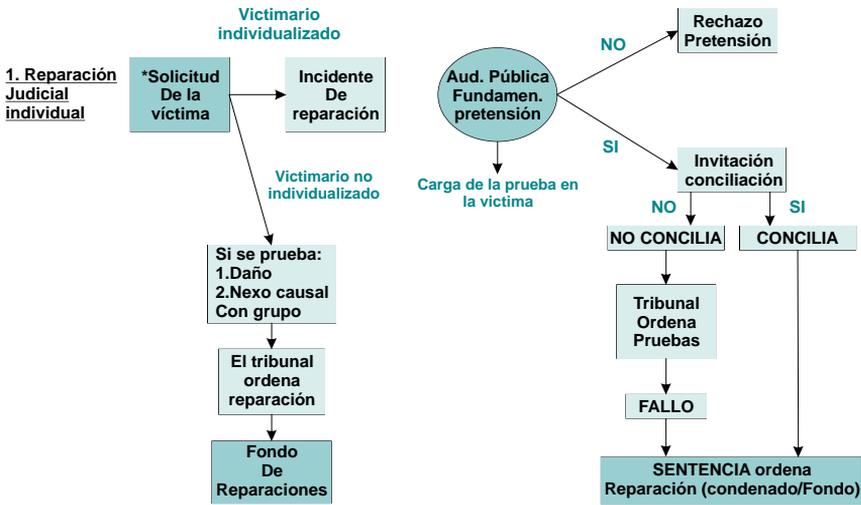
Dicha audiencia se iniciará con la intervención de la víctima o de su representante legal o abogado de oficio, para que exprese de manera concreta la forma de reparación que pretende, e indique las pruebas que hará valer para fundamentar sus pretensiones.

La Sala examinará la pretensión y la rechazará si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y este fuere la única pretensión formulada, decisión que podrá ser objeto de impugnación en los términos de esta ley.

Admitida la pretensión, la Sala la pondrá en conocimiento del imputado que ha aceptado los cargos y a continuación invitará a los intervinientes a conciliar. Si hubiere acuerdo su contenido lo incorporará a la decisión que falla el incidente; en caso contrario dispondrá la práctica de la prueba ofrecida por las partes, oír el fundamento de sus respectivas pretensiones y en el mismo acto fallará el incidente. La decisión en uno u otro sentido se incorporará a la sentencia condenatoria.

A diferencia de lo previsto en el Código de Procedimiento Penal, en la ley de Justicia y Paz el incidente de reparación integral es previo a la sentencia condenatoria. En efecto, el mismo procede en la audiencia de legalidad de la aceptación de cargos por parte del imputado, lo cual significa que ya existe un principio de responsabilidad penal, pues es bien sabido que la aceptación de cargos para efectos procesales es una auténtica acusación. En otras palabras, se trata de una etapa procesal avanzada, previa a la sentencia y que presupone ya la existencia de responsabilidad penal por parte del imputado. La legitimación activa radica, también a diferencia del procedimiento ordinario, en la víctima, en el fiscal o en el Ministerio Público, en estos dos últimos casos a instancias de aquélla. No obstante creemos fundadamente que existiendo ya prueba del daño, de la responsabilidad y de un evidente quebranto del orden jurídico en material criminal, no sería menester la iniciativa de la víctima para la actuación de la fiscalía o del Ministerio Público, para efectos de promover el incidente. En otras palabras, que la legitimación activa en ningún caso está supeditada al querer del directamente perjudicado. De otra parte, del mismo modo que se ha consagrado en todos los instrumentos internacionales en el incidente de reparación integral de justicia y paz, debe entenderse que la pretensión puede estar orientada a cualquiera de las formas previstas por la ley, más allá de la reparación económica y, por tanto, que la integralidad del concepto de reparación es la idea que ilumina e inspira esta actuación procesal. Formulada la pretensión el magistrado ponente deberá abrir inmediatamente el incidente de reparación y convocar a audiencia pública dentro de los cinco (5) días siguientes, audiencia dentro de la cual se expresarán de manera clara y concreta las pretensiones de la víctima y las pruebas en que se sustenten. Solo por falta de legitimación o por pago previo podría rechazarse el incidente. De lo contrario, la Sala pondrá en conocimiento del imputado la pretensión e invitará a conciliación. Si la misma se produce, la decisión se incorporará al fallo; en caso contrario, se practicarán las pruebas ofrecidas por las partes, se oirán sus argumentos y se fallará el incidente. En todo caso la decisión se incorporará al fallo.

5.3. Trámite:³⁸



38 Contenido General de la Ley de Justicia y Paz – Fundación Social y sus Empresas.

Un interesante debate suscitó también entre los Procuradores Judiciales el tema relacionado con la **reparación cuando no existe victimario identificado o individualizado**, esto es, la previsión del inciso 2 del artículo 42 de la Ley 975 de 2005. Expuestos todos los antecedentes de la norma, particularmente los debates en el Senado de la República y las motivaciones de los ponentes, justamente para garantizar que en aquellos eventos hubiese la posibilidad de reparación, y expuestas todas las normativas internacionales que así lo prohíjan y muy particularmente el Estatuto de Roma, llegaron los expertos a la conclusión de que en la Ley de Justicia y Paz existen dos posibilidades de solicitar el incidente de reparación, una por vía directa y sin que preceda el proceso de justicia y paz y, la otra, a través del incidente previsto en el artículo 23 en desarrollo del proceso de justicia y paz. Obviamente, entiende la Procuraduría que la Institución no está obligada a avalar todas las pretensiones que se le formulen sino que ella estimará en su prudencia y en su sabiduría cuáles acoge. Aquí y en relación con este punto el papel de intervención de la Procuraduría General de la Nación resulta vital para que la Fiscalía General de la Nación adopte todas las decisiones que fueren necesarias para establecer cuáles fueron los grupos armados organizados al margen de la ley generadores o perpetradores de los daños y la imposibilidad de identificación de los autores, pues no de otra manera podrán los interesados demandar la reparación, según la jurisprudencia analizada de los Tribunales de Justicia y Paz y de la Corte Suprema de Justicia.

5.4 Acerca de la Reparación administrativa.

Como de todos es conocido, en la actualidad el modelo colombiano de reparación se fundamenta en la reparación por vía judicial contemplada en la Ley de Justicia y Paz (obviamente también en el Código de Procedimiento Penal para el régimen ordinario). Sin embargo, desde tiempo atrás la CNRR con el ánimo de propiciar una política integral de reparación, se propuso trabajar en la elaboración de una propuesta de reparación por vía administrativa. La idea original era un plan nacional de reparaciones que se formulara con la participación activa de las víctimas y se caracterizaba por su gradualidad. En otras palabras, su implementación se realizaría por fases, se tendrían en cuenta los patrones de violación y la gravedad de los mismos, el perfil de los beneficiarios, las capacidades institucionales y la disponibilidad de recursos financieros.

El desarrollo de esa iniciativa ha generado inmensas preocupaciones y no pocos debates y controversias. La Procuraduría misma ha insistido en que el proyecto debe ir más allá de un plan de indemnizaciones que debe ser aplicable a víctimas individuales de delitos cometidos por los grupos armados ilegales al margen de la ley, que la condición de víctima no puede estar ligada al registro existente y que el proyecto debe propender por el mínimo de carga probatoria en cabeza de la víctima. Igualmente, ha exigido la Procuraduría que debe aclararse que no se trata de una iniciativa orientada a cumplir el deber de memoria histórica, ni pretende erigirse como garantía de no repetición, o a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia y, por último, que debe aclararse que no incluye a víctimas de desaparición forzada ni víctimas del Estado, como tampoco a colectivos, para quienes debe diseñarse otro programa con características especiales.

Hasta donde tenemos conocimiento lo que hoy existe y que está sujeto a diarias modificaciones, es un proyecto de decreto de indemnización individual por vía administrativa y, por tanto, es evidente la deformación que ha sufrido el proyecto inicial, como evidente la insatisfacción y la preocupación de las organizaciones de víctimas, pues entienden ellas que en el fondo de este proyecto puede estar implícito el propósito de desmotivar la reparación por vía judicial.

Otras preocupaciones.

El documento de esta consultoría no pretende agotar el tema, puesto que a diario surgen no pocas inquietudes y preocupaciones entre los actores del proceso de justicia y paz. Es normal y es usual que en desarrollo de un proceso judicial se presenten circunstancias que conduzcan a no pocos debates jurídicos y ellos habrán de resolverse en primer lugar con el aporte intelectual y hermenéutico de quienes intervienen en el mismo, cada uno en la órbita de su competencia y, en segundo lugar, por las instancias judiciales superiores. Pero no es este el lugar ni el momento de abordar a fondo esas muy válidas preocupaciones: pueden demandar reparación las personas que han sido beneficiarias de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?; o las personas que han sido beneficiarias de sentencias del Consejo de Estado pese a que no existe sentencia penal ejecutoriada?; puede ordenarse indemnización a favor de quienes no son peticionarios pero sí víctimas?; es procedente el incidente para una reparación parcial?; que ocurre con las acciones de reparación cuando la conducta punible fue cometida hace muchos años pero ha sido enunciada apenas ahora en versión libre por un desmovilizado?; existe la posibilidad de conciliación en la actualidad cuando el hecho fue cometido mucho tiempo atrás?; cuál es el procedimiento del incidente de reparación cuando no hay victimario conocido e identificado?. Esto para citar algunas de las más relevantes.

Todas las anteriores y muchas otras preocupaciones ameritan una seria y profunda reflexión de orden jurídico, pero distraeríamos el objeto del presente documento si nos detuviéramos en cada una de ellas. Permítasenos simplemente recordar ahora que todo el tema de la justicia restaurativa, de los procesos de justicia y paz y de la reparación integral, están signados por el principio de complementariedad y por el propósito de la dignificación de las personas perjudicadas y el restablecimiento real y concreto de sus derechos, y todo ello sobre la base de la imprescriptibilidad de las acciones judiciales por tratarse de este tipo de conductas delictivas.

Pero adicionalmente debe recordarse que la Ley 975 de 2005 establece que la conciliación es obligatoria dentro del incidente, de tal manera que no puede ser eludida. La conciliación debe ser provocada por el Magistrado sin consideración al momento de los hechos o la gravedad de los mismos. Y que frente a la no identificación del victimario, pero sí del nexo causal con el grupo armado que se desmoviliza, la norma (artículo 42 inciso 2) es clara en el sentido de que la reparación debe ser ordenada por el Magistrado al fondo de reparación.

6. Criterios de Reparación.

Con el fin de cumplir con lo establecido por el Decreto 3391 de 2006, en el sentido de formular criterios de proporcionalidad restaurativa, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) presentó las recomendaciones de criterios de reparación, los cuales permiten realizar una ponderación de las medidas de reparación integral, de manera que puedan constituir, en su conjunto, un marco justo y adecuado para alcanzar la finalidad buscada por la Ley 975 de 2005.

6.1 Criterios que contribuyen a determinar las dimensiones del daño sufrido por la víctima:

Se refieren a la identificación de los distintos daños sufridos por las víctimas. Pretenden determinar el momento en el que están presentes diferentes aspectos del daño y, en ese sentido, pueden permitir identificar las distintas medidas de reparación. Para la definición del daño, el juez debe tener en cuenta los siguientes criterios:

- **Categoría de la violación:** Comprende, de un lado, los delitos cometidos e investigados –como causa de la violación del derecho o derechos-, y del otro, los derechos que han sido violados por los delitos investigados. Este criterio contribuye a determinar, desde el primer momento, la magnitud y complejidad de la violación sufrida por la víctima. En este sentido, los daños sufridos por la víctima podrían ser causados por uno o varios delitos, y podrían tener como bienes jurídicos tutelados uno o varios derechos fundamentales e incluso colectivos, cuya reparación podría requerir de distintos tipos de medidas.
- **Calidad de la víctima:** Comprende la condición personal y familiar de la víctima, su pertenencia a un territorio o a determinado grupo, colectivo o comunidad, así como la condición de víctima que pueda tener el propio grupo, colectivo o comunidad. Esta perspectiva contribuye a establecer el contexto inicial del grado de vulnerabilidad de la víctima y la especificidad del daño y del sufrimiento padecidos por ella. Algunos de estos grupos, colectivos o comunidades pueden haber requerido antes de la ocurrencia del hecho que produjo la violación de sus derechos, y dadas sus condiciones particulares, una especial protección. La ausencia de esta protección, en el momento de producirse el hecho violatorio, puede implicar una agravación del daño sufrido por la víctima. Estas circunstancias deben ser consideradas al momento de definir las medidas de reparación para proporcionar una reparación adecuada.
- **Condiciones de riesgo o de especial vulnerabilidad de la víctima:** Adicional a la pertenencia de la víctima a un determinado grupo, colectivo o comunidad, que reclama especial protección del Estado y/o de la sociedad, la víctima puede haber sido colocada, ella misma, en el momento de producirse la violación de sus derechos, en una condición de mayor o especial vulnerabilidad. Este criterio contribuye a precisar la magnitud del daño, su alcance y la intensidad del sufrimiento padecido.

- **Contexto en el que se produjo la violación de los derechos y que incide en su gravedad:** La identificación del contexto en el que se produjo la violación es un criterio que contribuye a determinar el tipo de intensidad del sufrimiento vivido por la víctima. Contribuye, a su vez, a determinar medidas tendientes a evitar que la víctima o sus familiares o su comunidad o su colectivo de pertenencia sufran hechos similares a los que produjeron la violación de derechos que se busca reparar. El contexto puede hacer referencia, entre otras, a las siguientes situaciones: indefensión y desprotección de la víctima; amenazas, hostigamiento o agresiones sufridos previamente; la existencia de un patrón de violaciones de derechos humanos en el lugar o región donde se produjo el hecho, que hubiera generado en la víctima temores fundados de sufrir daño; el conflicto armado, etc. Estas circunstancias de contexto permiten reconocer medidas de reparación colectiva dirigidas al fortalecimiento institucional en las localidades afectadas
- **Forma en que se produjo la violación y que incide en su gravedad:** La magnitud del daño sufrido por la víctima puede estar determinada por la forma en que se produjo la violación del derecho. Esta forma pudo haberse caracterizado, entre otras, por: la desaparición forzada, el secuestro, la tortura, el abuso sexual, la atrocidad y brutalidad en la comisión del hecho, el trato cruel, humillante o inhumano sufrido por la víctima.
- **Intensidad del sufrimiento padecido por la víctima:** Aun cuando es un criterio que puede estar determinado por varios de los criterios anteriores, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación considera que es un criterio que puede operar con independencia al momento de tratar de establecer el daño específico sufrido por la víctima.
- **Alteración en las condiciones de existencia de la víctima y/o en su proyecto de vida:** El sufrimiento y daño moral padecido por la víctima puede haber impactado de manera sensible sus condiciones de existencia o su proyecto de vida. Este criterio se enfoca en las potencialidades futuras de la víctima y en las causas que truncan esas posibilidades ciertas.
- **Pérdidas patrimoniales y gastos en los que han incurrido las víctimas:** Este criterio incorpora aquellos elementos relacionados, de un modo más directo, con las pérdidas o daños de carácter material sufridas por la víctima. Estas pérdidas o daños pueden determinarse por las categorías del daño emergente y lucro cesante. El daño emergente hace referencia a las consecuencias patrimoniales que derivan de la violación y el lucro cesante está determinado por la pérdida de ingresos y la reducción del patrimonio. También incluye aspectos como la pérdida de oportunidades, gastos de asistencia jurídica o de servicios médicos, entre otros.

6.2. Criterios referidos a la prueba de los daños sufridos por las víctimas y de las pretensiones en materia de reparación:

En el marco normativo de la Ley 975 de 2005, la posibilidad de atender adecuadamente el daño sufrido por las víctimas, y de ordenar o adoptar las medidas de reparación más apropiadas para lograrlo, depende también de los criterios que se adopten para considerar que el daño ha sido probado y que la pretensión de reparación de la víctima está debidamente fundamentada.

En relación con la prueba del daño, que es diferente de la prueba requerida para acreditar la calidad de víctima, debe atender al reconocimiento de la especial vulnerabilidad de las víctimas que acceden al proceso de esclarecimiento judicial y debe garantizar el efectivo y real ejercicio de su derecho a la reparación. En este sentido, el estándar de prueba debe ser distinto de aquel requerido para imputar un delito, acusar, y atribuir una sanción. El estándar de prueba debe garantizar la reparación integral, haciéndola posible.

La exigencia de requisitos que las víctimas no pueden cumplir y que sólo el Estado en cuyo territorio ocurren las vulneraciones debe asumir, para condicionar el acceso a los programas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, vulnera el derecho fundamental de las víctimas a la reparación y hace imperativa la intervención del juez constitucional para su restablecimiento. Debe, entonces, el juez tener en cuenta con relación a la prueba del daño los siguientes criterios:

- **Reconocimiento de la vulnerabilidad de las víctimas y deber de calificación del ejercicio de sus derechos:** Las autoridades judiciales deben ajustarse a los principios probatorios establecidos en las normas procesales respectivas, las cuales hacen referencia a la necesidad, carga, oportunidad y apreciación de la prueba.

La CNRR, considera que el necesario reconocimiento de la condición de vulnerabilidad que tienen las víctimas del conflicto armado en Colombia, que se configura como un verdadero obstáculo para presentarse al juicio de reparación con las reglas que rigen la justicia ordinaria, debe ser un factor a valorar por las autoridades judiciales en el acceso a la justicia para hacer efectivo el derecho a la reparación. Es un presupuesto que marca un contraste entre la justicia ordinaria y el proceso judicial previsto en la Ley 975 de 2005.

Considerando la alta vulnerabilidad que tienen las víctimas de los crímenes cobijados por la Ley de Justicia y Paz, la garantía efectiva del derecho de la víctima a la reparación integral implica una actividad del fiscal y del Ministerio Público orientada a asegurar a la víctima el ejercicio activo y pleno de su derecho, que le permita promover adecuadamente el incidente de reparación.

Criterios referidos a los estándares de valoración de la prueba presentada por la víctima: Los estándares y carga de la prueba deben reflejar el objetivo perseguido por la norma, de tal manera que si una víctima tiene derecho a la reparación integral, no se le debe colocar en la situación

- de hacerle imposible probar los daños que ha sufrido. En los procesos de esclarecimiento judicial, se considera fundamental una re-consideración de los estándares de prueba a favor de las víctimas con el fin de evitar una victimización secundaria.

Los criterios de valoración de las pruebas adoptados por los tribunales internacionales de derechos humanos deben ser tenidos en cuenta en el marco de la Ley de Justicia y Paz por las autoridades judiciales, atendiendo el principio de contradicción que rige en materia probatoria, según el cual se respeta el derecho de defensa de las partes, en lo que atañe a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba y en el deber de mantener el equilibrio procesal de las mismas.

De igual forma la CNRR recomienda, especialmente a los fiscales, al Ministerio Público y a los representantes legales o defensores públicos de las víctimas, no limitarse a las pretensiones presentadas por la víctima en el incidente de reparación integral, sino promover el acierto en la fijación de las medidas de reparación, adecuadas y justas a los daños sufridos.³⁹

Teniendo en cuenta que el proceso de esclarecimiento judicial previsto en la Ley 975 de 2005 se desarrolla en un escenario de justicia transicional, se debe atender al criterio de valoración integral de la prueba. La prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia en materia de reparación: la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, deben utilizarse, siempre que de ellos pueda inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos. La prueba indiciaria o presuntiva, resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre desaparición forzada, ya que este crimen se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas.⁴⁰

Un importante acápito de las discusiones entre los Procuradores Judiciales fue justamente el relacionado con **la carga de la prueba en el proceso de justicia y paz**. Si bien nadie discute que las víctimas en este proceso tienen el derecho de probar y de controvertir la prueba, la carga probatoria le corresponde al Estado y en manera alguna puede desplazarse a los perjudicados con el delito. Obviamente, reiteran los expertos que por virtud de normas de integración y especialmente a lo dispuesto por la ley 906 de 2004, los medios probatorios son todos, pero principalmente la prueba indirecta y la prueba de referencia. Tratándose de este tipo de delitos, la actitud de la Fiscalía y de los Jueces tiene que ser flexible, y la actuación del Ministerio Público debe estar dirigida a coadyuvar las pretensiones de las víctimas.

³⁹ Ver Estatuto de Roma, artículo 75; y Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, Regla 95.

⁴⁰ Esta característica de la desaparición forzada de personas fue señalada, desde sus primeras sentencias, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto puede verse Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de fondo, párr.149-158.

6.3. Formas de Reparación.

Hay tres clases de reparación: individual, colectiva y de colectivos. Distinguir estas tres clases de reparación sirve a la clarificación del tipo de medidas que deben ser observadas al momento de reparar y a la determinación del responsable de hacerlo. La reparación individual es la que le corresponde a una persona en particular, la colectiva a un número plural de personas reparadas o beneficiadas individualmente y la de colectivos aquella que comporta grupos unidos por especiales características que los definen, como son la cultura, el territorio, el propósito común, etc. La determinación de la reparación individual corre por cuenta exclusiva del juez (art.8 inciso 9 de la Ley 975 de 2005), mientras que la colectiva esencialmente es determinada por el gobierno en los términos del artículo 49 *ibídem*; esto es, a través de “un programa de reparación colectiva que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho particularmente en las zonas más afectadas por la violencia, a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia”⁴¹, el cual debe estar orientado a la reconstrucción psicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia, previéndose de manera especial para las comunidades azotadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática. La reparación de colectivos, puede ser objeto de fijación tanto por el juez como por el gobierno y el Estado en general, quien tiene la responsabilidad de establecer programas especiales de reparación que tengan en cuenta las particularidades de los colectivos.

La reparación comprende las siguientes medidas que pueden ser aplicadas a individuos o colectividades: *la restitución*, que busca devolver a la víctima a la situación anterior a la violación; *la indemnización*, que consiste en compensar los perjuicios causados por el delito y que generalmente asume la forma de un pago en dinero como reconocimiento de los daños padecidos y para resarcir las pérdidas sufridas; *la rehabilitación*, que se refiere al cuidado y asistencia profesional que las víctimas requieren para restablecer su integridad legal, física y moral después de la violación cometida en su contra; *la satisfacción*, consistente en la efectiva realización de acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad de lo sucedido; y *las garantías de no repetición*, que hace referencia a aquellas medidas que debe adoptar el Estado, dirigidas a evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de vulneración de sus derechos.

La restitución o restablecimiento del derecho implica restablecer a la víctima el ejercicio y disfrute de las libertades individuales y los derechos humanos, la vida familiar, el empleo y los bienes perdidos como causa de las violaciones cometidas, así como garantizar el regreso al país o el regreso al lugar de residencia si esa es la voluntad de la misma. En el caso de las víctimas de desplazamiento forzado, es necesario prever la manera de subsanar la ausencia de títulos de propiedad y establecer mecanismos que permitan su titularización y la restitución de sus bienes.

41 Primero las víctimas. Criterios para la reparación integral víctimas individuales y grupos étnicos. PGN.

patrimoniales, lo cual debe ir acompañado de la garantía de un retorno en condiciones de seguridad y sostenibilidad con programas de atención psicosocial que permitan su restablecimiento como ciudadanos activos, o de medidas de reubicación en caso de que las víctimas no quieran retornar a sus lugares de origen. Cuando el retorno a la tierra y territorio ancestral y tradicional no sea posible, las medidas de reparación que se ordenen deberán garantizar la entrega a los grupos étnicos, de tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente y que les permitan atender a sus necesidades, respetando sus prácticas y tradiciones, condicionando toda decisión, a los resultados de la consulta previa de la que trata la Constitución Política y a los estándares internacionales y nacionales sobre la materia.

Con relación a *la indemnización*, se recomienda acudir a los conceptos generales de lucro cesante y daño emergente, adoptados por el derecho interno, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional que, en todo caso, están regidos por la relación causa-efecto. La indemnización, como medida compensatoria, puede estar dirigida también a resarcir daños inmateriales como los daños morales y los daños a condiciones de existencia.

La rehabilitación busca restablecer la integridad física, psicológica, moral, legal, ocupacional de la víctima, así como su dignidad y buen nombre o reputación;⁴² por lo anterior, debe incluir atención médica y psicológica así como los servicios jurídicos y sociales requeridos.

La satisfacción abarca acciones que no tienen naturaleza pecuniaria y tienden a compensar el detrimento de bienes no patrimoniales; buscan la recuperación de la memoria histórica de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad, la reafirmación de su condición de sujetos de derechos humanos y el consuelo de sus familiares. Dichas acciones contemplan, de manera especial, las medidas simbólicas de reparación. Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

Las garantías de no repetición hacen referencia a medidas adoptadas para prevenir, en el futuro, que la conducta violatoria de los derechos humanos se repita. Entre ellas están el pleno esclarecimiento de las atrocidades cometidas y el conocimiento público de las mismas, así como las medidas encaminadas a la efectiva desmovilización y desmantelamiento de los grupos al margen de la ley.

Es preciso 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 forma se logrará el objetivo último de

42 Cfr., al respecto, CITH, Manual sobre reparaciones, 15 de julio de 2005.

las reparaciones, que incluye la dignificación de las víctimas. Que mantengan la integralidad interna, es decir, que logren un adecuado balance entre medidas individuales y colectivas, así como entre medidas materiales y simbólicas. Así mismo, la reparación debe ser adecuada, efectiva, rápida, proporcional al daño cometido, que incluya el enfoque de equidad de género y tenga en consideración las diferencias de edad y la extracción social de los beneficiarios, así como los grupos especialmente vulnerables.

7. Impugnación de las decisiones judiciales (los recursos).

Dispone así el artículo 26 de la Ley 975 de 2005:

“Recursos. Salvo la sentencia, la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.

La apelación procede contra los autos que resuelvan asuntos de fondo, adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra las sentencias. Se interpone en la misma audiencia en que se profiera la decisión, y se concede en el efecto suspensivo ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El Magistrado ponente citará a las partes e intervinientes a audiencia de argumentación oral que se celebrará dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la actuación en la Secretaría de la Sala de Casación Penal. Sustentado el recurso por el apelante y oídas las demás partes e intervinientes, la Sala podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para emitir la decisión que corresponda.

Si el recurrente no concurriere o no sustentare el recurso, se declarará desierto.

Parágrafo 1°. El trámite de los recursos de apelación de que trata la presente ley, tendrá prelación sobre los demás asuntos de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, excepto lo relacionado con acciones de tutela.

Parágrafo 2°. De la acción extraordinaria de revisión conocerá la Sala Plena de la Corte Suprema de justicia, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal vigente.

Parágrafo 3°. Contra la decisión de segunda instancia no procede recurso de casación”.

En síntesis:

Reposición

- Procede para todas las decisiones
- Se interpone ante el funcionario que adopta la decisión
- Se sustenta oral e inmediatamente en la respectiva audiencia
- Se resuelve en la misma audiencia

Apelación

- **Procede contra:**
 - Autos que resuelven asuntos de fondo adoptados durante las audiencias
 - Sentencia
- Se interpone ante funcionario que adopta decisión, en la misma audiencia en que se adopta
- Se concede en efecto SUSPENSIVO ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia
- Tiene prelación sobre los demás asuntos, excepto tutela.
- Término: 30 días

Acción Extraordinaria de Revisión

- **Se surte** de conformidad con el procedimiento ordinario ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

8. Sobre la responsabilidad patrimonial y en relación con los bienes.

Sobre la responsabilidad patrimonial de los victimarios y de terceros, es preciso estar con lo dispuesto en la sentencia C-370/06, en el siguiente sentido:

“No parece existir una razón constitucional suficiente para que, frente a procesos de violencia masiva, se deje de aplicar el principio general según el cual quien causa el daño debe repararlo. Por el contrario, como ya lo ha explicado la Corte, las normas, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han considerado que la reparación económica a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad. Resulta acorde con la Constitución que los perpetradores de este tipo de delitos respondan con su propio patrimonio por los perjuicios con ellos causados, con observancia de las normas procesales ordinarias que trazan un límite a la responsabilidad patrimonial en la preservación de la subsistencia digna del sujeto a quien dicha responsabilidad se imputa, circunstancia que habrá de determinarse en atención a las circunstancias particulares de cada caso individual”.

“Constata la Corte que si los beneficiarios de la ley deben responder con su propio patrimonio por los daños producidos, lo cierto es que no existe ninguna razón para impedir que las medidas cautelares puedan recaer sobre sus bienes lícitos. En efecto, esta prohibición lo que hace es disminuir la efectividad de la acción estatal encaminada al logro de la reparación integral de las víctimas”.

Adicionalmente, son importantes las siguientes precisiones:

- Si bien en materia penal la responsabilidad es individual, en materia civil la ley advierte que la responsabilidad es solidaria y compartida entre los miembros del frente, bloque o grupo armado desmovilizado al que pertenecía el autor.
 - Las decisiones judiciales de los magistrados de justicia y paz no pueden modificarse o limitarse en razón a la disponibilidad presupuestal del Fondo de Reparación de las Víctimas (FRV).
 - Como quiera que los bienes que llegan al FRV se entienden como una única masa pecuniaria uniforme e indistinta, los procuradores que intervienen en el incidente de reparación deben examinar qué tan estrecho es el vínculo entre la víctima y el bien que pretende reivindicar, para que se actúe en consecuencia, teniendo en cuenta el acervo probatorio recaudado a lo largo del proceso e identificando los nexos no solo documentales, sino socioculturales que unen a la víctima con el predio, para exigir consecuentemente la restitución a que haya lugar.

8.1. El Estado y la responsabilidad subsidiaria.

No debe perderse de vista que la responsabilidad del Estado en materia de reparación es subsidiaria. Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al GAOML al que pertenecieron, que devuelva los bienes expoliados o adquiridos de manera fraudulenta y que respondan con su propio patrimonio y, por tanto, el Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización a que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes. Lo anterior, sin perjuicio de los programas de reparación por vía administrativa que para el efecto adelanta el Gobierno Nacional.

8.2. La vinculación de los civilmente responsables al Incidente de Reparación.

Para vincular a los civilmente responsables al incidente de reparación llevado a cabo en el marco de un proceso penal de la Ley 975, se podría pensar en recurrir a la figura del tercero civilmente responsable, establecida en el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal. Si bien el tercero civilmente responsable hoy no es sujeto procesal, ni parte procesal, ni interviniente especial, nada obsta para que pueda ser citado al incidente y sus bienes afectados con medidas preventivas en el marco de la ley.

Mientras que la figura del tercero civilmente responsable, derivada del artículo 2347 del C.C., se refiere a una relación vertical entre el penalmente responsable y el tercero civilmente responsable, como ocurre entre los superiores y subordinados

43 Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006; véase también Corte Constitucional, sentencia C-575 de 2006.

en grupos armados ilegales, es posible concluir que la ley 975 amplía la figura a relaciones horizontales entre los miembros de los grupos armados ilegales, pues, partiendo de la noción de la responsabilidad patrimonial solidaria consagrada en el artículo 501 del Código Comercial, todos y cada uno de los miembros del grupo armado ilegal responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueron condenados, y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado específico al cual pertenecieron.

9. A modo de conclusiones:

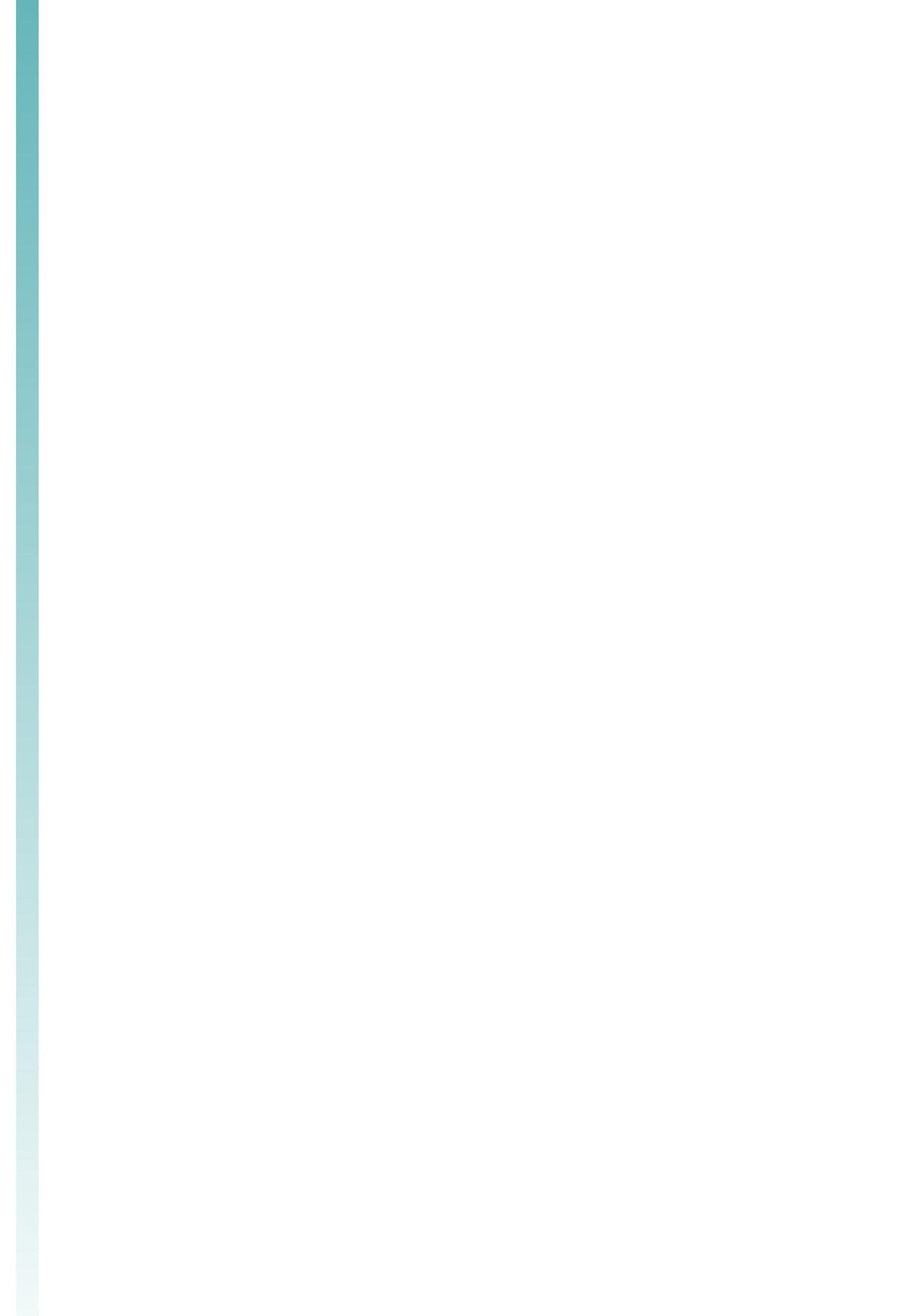
- Tanto la ley de procedimiento penal ordinaria como la ley de Justicia y Paz consagran un mecanismo especial para la búsqueda de la reparación a las víctimas: el incidente de reparación integral. Pero es evidente que el instrumento por sí solo no es suficiente para que la reparación sea o se haga efectiva. Es la actividad procesal de los intervinientes lo que resulta esencial.
- Y el papel del Ministerio Público en ese trámite del proceso resulta significativo, por su competencia constitucional y legal, por su capacidad de ilustración y de acompañamiento a los interesados, por su capacidad propedéutica frente al juez y por su capacidad de apuntalamiento y fortalecimiento de las pretensiones de los afectados, como por su capacidad de acción y de control frente a eventuales conciliaciones y/o condenas sobre reparación integral.
- Solo cuando se asuma la tarea de acompañamiento de las víctimas con una motivación especial, con una actitud abierta en la interpretación de los textos legales y de los mandatos jurisprudenciales, y con mucha creatividad y audacia en la intervención ante los tribunales de justicia y paz para lograr los cometidos de la legislación de transición, será posible la concreción de resultados en materia de reparación y satisfacción de los intereses de las personas interesadas. Todo ello está enmarcado en una filosofía y en unos fines que surgen de la propia Constitución Política y de su interpretación por vía de autoridad del juez constitucional.

10. LINEAMIENTOS PARA LOS PROCURADORES JUDICIALES

- ✓ Genéricamente los procuradores judiciales deben velar por el bienestar de las víctimas, convocarles para que reclamen sus derechos, orientarles en su actuación y eventualmente asumir su defensa y representación como colectivo.

- ✓ Antes de la iniciación del proceso, la tarea prioritaria ha de ser ilustrar a las víctimas sobre las opciones de representación y las posibilidades de intervención para:
 - Acreditar su legitimidad, acreditar los daños y el nexo causal con la actividad de los acusados o con el bloque al que pertenecían.
 - Ilustrarles sobre la posibilidad de solicitar y aportar pruebas, de asistir a las audiencias y de controvertir las decisiones. Es necesario, entonces, que los procuradores judiciales en la etapa previa del proceso cumplan un papel activo en el propósito de recaudo de elementos de juicio que permitan sustentar las pretensiones en la mejor forma posible.
 - Dependiendo de los daños irrogados a las víctimas, ilustrarles sobre las formas de reparación.
- ✓ Consecuencialmente, el agente del Ministerio Público deberá procurar orientar la manera de argumentar la pretensión que se formule en el incidente de reparación, así como garantizar la eficacia de los mecanismos que le permitan a la víctima obtener una satisfactoria reparación.
- ✓ Igualmente creemos, como ya lo hemos señalado, que salvo una expresa manifestación en contrario por parte de las víctimas, el procurador podrá tomar la iniciativa de impulsar el incidente cuando aquéllas, a pesar de estar identificadas, no hayan tomado la iniciativa, dada la circunstancia de que en esta etapa procesal ya hay una aceptación legal de los cargos por parte del acusado y, por tanto, una nítida responsabilidad deducida en contra del mismo.
- ✓ Ya iniciado el incidente, bien sea por iniciativa de la víctima, del fiscal del conocimiento o del Ministerio Público, la actuación del procurador judicial ha de estar orientada a la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. Dada la especialidad de este proceso y en un eventual caso de conflicto de intereses, toda actuación del procurador judicial deberá estar orientada fundamentalmente a la protección y garantía de los derechos de las víctimas, máxime si se tiene en cuenta lo preceptuado por el artículo 13 de la Constitución Política.
- ✓ Bajo los parámetros del artículo 277 de la Constitución Política, es evidente la posibilidad de que el procurador judicial pueda intervenir en la audiencia pública justamente para fortalecer la pretensión formulada por las víctimas, para precisarla si es el caso y para demandar la debida forma de reparación.
- ✓ De igual manera, podrá el procurador judicial interponer los recursos contra toda decisión adoptada en desarrollo del incidente de reparación.

- ✓ Igual capacidad y posibilidad acompañan al procurador judicial en la audiencia de conciliación, pues justamente su presencia y la posibilidad de intervención constituyen la garantía de que dicho acuerdo no vulnere los derechos fundamentales que les asisten a las víctimas, ni se constituya en un acuerdo simplemente formal pero sin contenido ni ventajas sustanciales.
- ✓ El concepto del procurador judicial previo al fallo, aunque no vinculante, resulta esencial en la búsqueda de lo proporcionado, lo adecuado y lo satisfactorio de la reparación.
- ✓ El procurador tiene la obligación de vigilancia judicial sobre el fallo que ordene las reparaciones. En forma amplia debe hacer uso de sus facultades respecto no solo de los obligados, sino de todas las instancias que eventualmente resulten comprometidas en el cumplimiento del mismo.
- ✓ Como efectivamente existen dos posibilidades de demandar la apertura del incidente de reparación, la Procuraduría deberá asistir a las víctimas y a las organizaciones para impulsar los mismos, en tratándose de victimarios individualizados y/o conocidos y de victimarios no individualizados y/o no conocidos.
- ✓ La intervención y la asistencia de la Procuraduría en defensa de los derechos de las víctimas ha de interpretarse en forma amplia y generosa y, por tanto, no limitada exclusivamente a la función de control. En el entendido de que el Ministerio Público no podría en manera alguna usurpar o suplantar las competencias de ninguna otra autoridad, se entiende que le es perfectamente posible ejercer actos de gestión orientados a la mejor condición procesal de las víctimas y a la obtención de la reparación integral.
- ✓ Los Procuradores Judiciales instarán a los Fiscales, a los Jueces de la República y a la Defensoría Pública para que la reparación a las víctimas se interprete como un criterio determinante de la pena y sus beneficios, y solo excepcionalmente y por razones de probada y auténtica insolvencia de los victimarios se acepten posturas distintas en relación con la concesión de los favores de la ley.
- ✓ Recordarán permanentemente los Procuradores Judiciales a los Fiscales y a los Jueces y obrarán en consecuencia, que la carga de la prueba está en cabeza del Estado y en manera alguna se puede desplazar a los perjudicados con el delito.
- ✓ Velarán los Procuradores Judiciales por los derechos prevalentes de niños, niñas y adolescentes, de cualquier modo vinculados a los citados procesos de justicia y paz, por que sus derechos sean respetados y garantizados.



Fondo Global para la Paz y la Seguridad del Ministerio de
Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá

Canada



OIM Organización Internacional para las Migraciones