

R E V I S T A
IUSTIA



BOGOTÁ, ISSN: 1900-0448 – FACULTAD DE DERECHO – N° 36 – ENERO / JUNIO 2012



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Facultad de Derecho

REVISTA IUSTA

Nº 36

enero - junio

2012

IUSTA	Bogotá, D.C. Colombia	No. 36	pp. 1 - 170	Enero Junio	2012	ISSN 1900-0448
-------	--------------------------	--------	-------------	----------------	------	-------------------



Revista admitida en el Índice Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas –Publindex, en categoría C.
Dirigida a académicos y científicos en Ciencias Humanas Aplicadas

ISSN: 1900-0448

Hecho el depósito que establece la ley

© Derechos reservados
Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
2012

Corrección de estilo
Diana Marcela Jaime López

Universidad Santo Tomás
Departamento de Publicaciones
Carrera 13 No. 54-39
Teléfonos 235 19 75 - 255 42 01
<http://www.usta.edu.co>
editorial@usantotomas.edu.co
Bogotá, D.C., Colombia
2012

CONSEJO EDITORIAL

P. Carlos Mario Alzate Montes, O.P.
Rector General

P. Eduardo González Gil, O.P.
Vicerrector Académico General

P. Luis Francisco Sastoque Poveda, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero General

P. Érico Juan Macchi Céspedes, O.P.
Vicerrector General VUAD

Omar Parra Rozo
Director de la Unidad de Investigación

Fray Javier Antonio Hincapié Ardila, O.P.
Director Departamento de Publicaciones

María Paula Godoy Casasbuenas
Editora

COMITÉ EDITORIAL FACULTAD DE DERECHO

P. Vicente Becerra Reyes, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho y Filosofía

Álvaro Echeverri Uruburu
Decano Facultad de Derecho

Mario Federico Pinedo Méndez
Secretario de División de Filosofía y Derecho

Elisa Urbina Sánchez
Directora Centro de Investigaciones Sociojurídicas Francisco de Vitoria

Luis Alfonso Fajardo Sánchez
Representante de los profesores

Jorge Enrique Carvajal Martínez
Coordinador de Publicaciones Facultad de Derecho

COMITÉ EDITORIAL DE LA REVISTA

Álvaro Echeverri Uruburu
Decano de la Facultad de Derecho

María Cristina Patiño
Doctora en Derecho Procesal - Docente Universidad Santo Tomás

Elisa Urbina Sánchez
Magíster en Economía y en Derecho Público - Docente Universidad Santo Tomás

Jorge Enrique Carvajal Martínez

Doctor en Sociología Jurídica - Docente Universidad Santo Tomás

Germán Burgos Silva

Doctor en Derecho - Docente Universidad Nacional

Gustavo Quintero

Doctor en Derecho - Docente Universidad de los Andes

Jorge Enrique Ibáñez Nájara

Magíster en Derecho Económico - Docente Universidad Javeriana

Olenka Wolkof Oxage

Doctora en Derecho Privado - Docente Politécnico Gran Colombiano

EDITOR DE LA REVISTA

Jorge Enrique Carvajal Martínez

COMITÉ CIENTÍFICO**Hartmut Maurer**

Profesor emérito de la Universidad de Konstanz, Alemania

Martin Ibler

Profesor de la Universidad de Konstanz, Alemania

Dieter Lorenz

Profesor emérito de la Universidad de Konstanz, Alemania

Lorenzo Conlito Hueso

Profesor de la Universitat de València, España

Jean de Bols de Gaudusson

Profesor de la Universidad de Montesquieu, Bordeaux IV, Francia

PARES ACADÉMICOS PARA EL PRESENTE NÚMERO**José Manuel Gual**

Doctor en Derecho Privado
Docente Universidad Santo Tomás

Juan Carlos Villalba Cuellar

Magíster en derecho francés, europeo e internacional de
negocios. Universidad Militar

Olenka Wolcott

Doctora en Derecho Privado
Docente Politécnico Gran Colombiano

Misael Tirado

Doctor en Sociología Jurídica. Profesor Universidad Militar

Mónica Fernández

Doctora en Derecho Privado
Docente Politécnico Gran Colombiano

Vilma Moreno

Doctora en derecho
Profesor Universidad Santo Tomás

Jorge Oviedo Albán

Candidato a Doctor en Derecho, Magíster en Derecho
Profesor de la Universidad de la Sabana

Andrés Abel Rodríguez

Candidato a Doctor
Magíster en derecho
Profesor Universidad Nacional

Contenido

Editorial.....	9
ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN	
Aportes de la tradición jurídica anglosajona al derecho de contratos de tendencia global	15
<i>Joaquín Acosta</i>	
Hacia la inclusión de lo ambiental dentro del concepto de sostenibilidad democrática propuesto en el informe “Nuestra Democracia” de la OEA y el PNUD	39
<i>Álvaro José Arango Restrepo, O.P.</i> <i>Juan Pablo Romero Correa, O.P</i>	
Mitigación de daños en la compraventa internacional. A propósito de la Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010	49
<i>Jorge Oviedo Albán</i>	
Marco constitucional y víctimas del conflicto armado: los retos de la justicia transicional y la dogmática de los derechos	61
<i>Jheison Torres Ávila</i>	
ARTÍCULOS DE REFLEXIÓN	
Las Operaciones de Mercado Abierto (OMA): instrumento eficaz para el control de la base monetaria. Trasegar histórico y pertinencia actual	83
<i>Ómar Alfonso Ochoa Maldonado</i>	
Tendencias contemporáneas en la teoría general de la prueba	107
<i>Rodrigo Vargas Ávila</i>	

Marco constitucional y víctimas del conflicto armado: los retos de la justicia transicional y la dogmática de los derechos

Constitutional Frame and Victims of Armed Conflict: The Challenges of Transitional Justice and The Rights Dogmatic

Fecha de recepción: 19 de julio de 2011

Fecha de evaluación: 26 de octubre de 2011

Fecha de aprobación: 8 de noviembre de 2011

JHEISON TORRES ÁVILA*

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo revisar, desde la dogmática constitucional, algunos de los retos que se presentan al intentar proteger los derechos de las víctimas en el marco de un proceso atípico de justicia transicional. Los conflictos que considero más relevantes de estudiar se presentan en tres campos: la determinación de los sujetos obligados frente a las violaciones de derechos humanos acaecidas y las necesidades actuales de las víctimas; la determinación y configuración de los derechos de las víctimas, especialmente las que hacen referencia a la esfera de lo colectivo, y, por último, la realización de justicia en los casos presentados por las víctimas.

Palabras clave: víctimas, justicia transicional, derechos humanos, constitución, Estado Social de Derecho, verdad, justicia, reparación.

* Docente de la Universidad Santo Tomás. Abogado, Doctor en Derecho de la Universidad de Alicante. Correo electrónico: jheison@hotmail.com

ABSTRACT

This article aims to review constitutional dogmatics from some of the challenges that are just trying to protect the rights of victims as part of an unusual process of transitional justice. The conflicts that I consider most relevant to study are presented in three areas: the determination of the obligated against human rights violations occurred and the current needs of victims; the identification and configuration of the rights of victims, especially those who do reference to the sphere of the collective and, at last, the realization of justice in cases filed by victims.

Keywords: victims, transitional justice, human rights, constitution, Social State of Law, truth, justice, reparation.

En Colombia, después de establecida una nueva dogmática de los derechos a través de la Constitución de 1991, la reflexión sobre los derechos de las víctimas del conflicto armado es apenas notoria. Una de las más importantes es, sin duda, la protección de las víctimas que ha producido esta confrontación. En realidad, solo hasta la aparición de la Ley 975 de 2005¹ –también conocida como Ley de Justicia y Paz– se ha propiciado la discusión, cada vez más profunda, sobre las medidas que deben tomarse respecto a los derechos de verdad, justicia y reparación de las víctimas, así como sus límites frente a sus agresores y obligados a responder por estas violaciones.

LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL PROCESO COLOMBIANO

Se ha denominado “justicia transicional” al conjunto de acciones tendientes a conseguir la verdad, reparación y justicia, y que son posteriores, generalmente, a tres eventos: la finalización de un conflicto armado interno, la finalización de un conflicto armado internacional o la finalización de regímenes dictatoriales o similares (cfr. Cole, 2007; Jokic, 2000; Borraine, 2006). En este sentido, el proceso de justicia, en la perspectiva más

amplia, contribuye a la reconciliación de un país, sembrando las bases para establecer un nuevo orden o pacto constitucional.

La transición en sí implica la disposición, en menor o mayor medida, de los actores en conflicto de permitir el proceso político, social y jurídico que requiere tal proceso de transformación. Este consenso es la base para la construcción del nuevo orden. En otros escenarios, la justicia transicional es el establecimiento de la justicia del ganador, y no cierta anuencia de este por acogerse a reglas, especialmente de carácter internacional, para lograr la estabilización del lugar de las luchas.

En cualquier sentido, la justicia transicional determina la finalización de un estado de guerra o conflicto a otro de equilibrio y reparación de los daños ocasionados por estos eventos; y es precisamente ese concepto amplio de justicia transicional el que se opone al fenómeno que se presenta en Colombia. La situación sobre el particular muestra, de un lado, un conflicto que se intensifica por parte del Estado y la guerrilla de las FARC, y del otro lado, un proceso de cambio o mutación del conflicto entre las AUC y el Estado.

En principio, es claro que la Ley 975, pese a que tiene un carácter general, fue hecha para establecer un marco de justicia transicional a los miembros de las Autodefensas, quienes después de un poco más de dos décadas tomaron la alternativa política para dejar las armas y permitir que fuesen juzga-

¹ Norma bastante discutida, por considerarse que esta no responde realmente a los parámetros de Naciones Unidas respecto a la protección de los derechos de las víctimas. De esta forma, numerosas organizaciones nacionales e internacionales se opusieron a su aprobación. Sobre su trámite y aprobación, véase: Palau (2006).

dos por la autoridades colombianas, aunque bajo una justicia excepcional creada para lograr esta desmovilización. Con penas de hasta siete años y juicios especiales, se esperaba conseguir buena parte de la verdad, justicia y reparación de la que sobre la materia habla la doctrina internacional.

Después de tres años de este escenario, tenemos cientos de procesos abiertos, los principales jefes de esta organización extraditados sin haber terminado su proceso transicional y, sobre todo, la casi certeza de que el paramilitarismo no ha terminado y que las denominadas "bandas emergentes", agrupadas bajo el nombre de "Águilas Negras", son la prueba del fracaso de abordar un proceso de justicia transicional, pero sin transición. Las limitaciones de un proceso de justicia "a la colombiana" pueden resumirse así: improvisación y poca certeza de una verdadera voluntad de paz, ausencia de justicia, principalmente para las bases de industriales y ganaderos que apoyaron la acción de estos grupos ilegales, continuación de los combates y posiciones estratégicas de los actores armados legales e ilegales, débil política pública de reinserción de los excombatientes y, por último, y quizás una de las limitaciones más importantes dentro de la lógica de un proceso transicional, ausencia de garantías de no repetición frente a las víctimas del conflicto.

No obstante el fracaso del proceso transicional, es claro que en el debate se abrieron varias incógnitas y continúan múltiples desafíos. Es innegable que hoy más que nunca el país está viendo el problema de sus víctimas, las cuales fueron invisibles en el pasado en aras de favorecer los pactos de paz. También se están experimentando alternativas para comprender el alcance de lo que significa "verdad, justicia y reparación", lo que pone a prueba a las instituciones de todos los niveles en el país. Por último, se están elaborando respuestas jurídicas adecuadas para hacer frente a este reto, donde el derecho constitucional es, ciertamente, el eje comunicante entre la doctrina internacional

sobre la materia y la realidad nacional; es en esta relación donde se construyen las respuestas a un problema social y político de enormes magnitudes.

En este sentido, a continuación profundizaremos sobre los retos constitucionales que consideramos de mayor interés en el estado actual de este debate.

LOS OBLIGADOS Y LAS VÍCTIMAS

La doctrina tradicional de los derechos humanos sostiene que estos únicamente tienen como obligado al Estado (Esposito, 2007: 176 y ss.) y que sus titulares son los ciudadanos. Pero en el derecho constitucional contemporáneo esta tesis se observa demasiado simplista frente a la dinámica de tales derechos, al igual que respecto a las amenazas a las que se pueden ver afectadas las personas. Ejemplos de estos cambios son instituciones como la *Drittwirkung* o la noción de derechos subjetivos extendidos a otras entidades más allá de la noción individual y ciudadana.

Pero, ¿cómo entender la noción de *Drittwirkung* frente a violaciones masivas de derechos humanos? La respuesta es realmente compleja. ¿Qué duda cabe respecto a que los Estados basan buena parte de su legitimidad en la garantía de los derechos? ¿Debe el Estado responder con todos sus recursos por la protección e indemnización de las víctimas, cuando este en realidad no ha causado de forma directa dichas violaciones?

Si seguimos la tesis clásica, el Estado es el único obligado frente a los tratados internacionales y, además, es quien responde, debido a que dicha responsabilidad se determina de forma objetiva², es decir, se constata el daño y el Estado debe asu-

2 Esta obligación se denomina como "de garantía" en la doctrina del derecho Internacional de los derechos humanos e implica que el Estado debe desarrollar acciones concretas para la protección de estos. Al respecto, véase: Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 3: "La aplicación del Pacto a nivel nacional", párrafo 1.

mir su reparación por este simple hecho. Esta es la doctrina desarrollada por tribunales internacionales, tales como la Corte Interamericana (1990):

El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio de toda persona sujeta a jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención, como lo ha afirmado esta Corte³.

Sin embargo, aceptar esta posición deja por fuera un importante asunto y es el que hace referencia a la determinación de responsabilidad, es decir, a garantizar otros derechos de las víctimas: la justicia y la verdad.

En realidad, y escuchando a las víctimas, estas no siempre reivindican la reparación de los daños causados; en muchos casos, entienden la verdad y la justicia como el verdadero eje de sus peticiones. Algunos juristas han anotado al respecto que este aparente problema ocurre porque se confunde la reparación con la justicia, es decir, una cosa es el esclarecimiento de los hechos y la imposición de penas a los victimarios, y otra bien distinta es el suministro de sumas dinerarias a las víctimas.

A estas afirmaciones vale la pena anotar varias precisiones que impiden salir al paso de forma pacífica respecto a este principio de responsabi-

lidad objetiva estatal. De un lado, desde luego la imputación y castigo de los victimarios hace parte de la verdad y la justicia, pero parte de esta justicia es precisamente que las grandes fortunas conseguidas por los líderes de los grupos al margen de la ley –en este caso, especialmente los paramilitares, aunque el argumento también es aplicable a miembros de la guerrilla– deban ser parte de la pena a pagar por los crímenes cometidos. Lo anterior, ya que de otra forma la citada justicia lo único que propiciaría sería la “legalización” de estas fortunas para que sean disfrutadas por los victimarios y sus allegados al finalizar sus condenas, las cuales, para el caso colombiano, resultan mínimas en comparación con la gravedad de los delitos cometidos: solo siete años.

En segundo lugar, debe tenerse cuidado con la mirada que se tiene de reparación en relación con víctimas de violaciones de derechos humanos y, en especial, durante períodos de justicia transicional. La noción de reparación acuñada por la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, que es de origen francés, se entiende como el pago pecuniario para el resarcimiento de los daños causados por alguna actividad antijurídica, ya sea doloso o no. En este sentido, la reparación se acerca al concepto de indemnización, siendo casi lo mismo. Por el contrario, la noción de reparación empleada por la doctrina internacional de los derechos humanos, que fue promulgada por la Organización de Naciones Unidas en la Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005, señala:

Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización,

³ Esto es visible en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, “excepciones al agotamiento de los recursos internos”, artículos 46.1, 46.2a, 46.2b, párrafo 34.

rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición (ONU, 2005, artículo 18).

Este redimensionamiento de la noción de reparación obliga a una visión distinta de responsabilidad, pues dentro de la protección de los derechos de las víctimas se pone de relieve la visión de integralidad de dicha reparación. No basta, entonces, con pagos en dinero o bienes de otra naturaleza, en la medida en que se entiende que el daño ocasionado rebasa la lógica iusprivatista de daño y responsable, al igual que su tradicional análisis causal.

De esta forma, la configuración del responsable se determina desde la noción de daño, es decir, es posible que existan varios grados y niveles de responsabilidad frente a cada una de las violaciones presentadas; casi que se puede pensar una matriz que determina esos grados y responsabilidades. Así las cosas, no existe la posibilidad de que el Estado evada parte de su responsabilidad; tampoco se trata de aumentar la impunidad dejando intactos los grandes capitales de los victimarios.

Hasta aquí, aunque hemos avanzado, en verdad quedan muchas preguntas por contestar, pues al final de cuentas, ¿cuál es el límite de estas responsabilidades y su relación con el principio de justicia? La Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-370 de 2006, numeral 6.2.4.4.11, señaló al respecto:

Así, los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores. Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos. Además, que el Estado ingresa en esta secuencia solo 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 al 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.

En este mismo sentido se profirió el Decreto 1290 de 2008, el cual reitera la subsidiariedad del Estado en la reparación de los derechos violados y determina tarifas para el pago de indemnizaciones por vía administrativa. De esta forma, parece claro que la interpretación de esta responsabilidad se ha radicado en los victimarios, afianzando una discutible comprensión de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos o *drittwirkung*, pues se comprende que el Estado no es el único responsable y que por el contrario, la sociedad y en especial los individuos no solo son responsables en sentido penal de las violaciones, sino desde luego en aspectos como la no repetición de los hechos o la rehabilitación. Sobre el particular, la Comisión Interamericana (2008) ha señalado que el rol del Estado en las reparaciones no puede devaluarse y que él es su principal protagonista:

El Estado debe asumir un rol principal y no secundario en garantizar el acceso efectivo de las víctimas a reparaciones, conforme a los estándares del derecho internacional. Por ello, la CIDH entiende que la adopción de un programa de reparaciones administrativas no debería excluir el acceso a vías judiciales para las víctimas, permitiéndoseles así escoger la vía que consideren más adecuada para asegurar en definitiva la obtención de reparación. La CIDH considera que el Estado podría disponer e implementar mecanismos institucionales adecuados para respetar este derecho de las víctimas a acudir a diversas vías de reparación diferenciadas, sin riesgo para el erario público.

Cuando se analiza el problema del obligado de los derechos se tiende a establecer precisamente la relación causal propia de la doctrina clásica de la responsabilidad civil y administrativa. Sin embargo,

al determinar al Estado como eje, la doctrina clásica de la responsabilidad de las violaciones a los derechos humanos lo que pretende es precisamente superar la causalidad y comprender que sin duda los derechos, en este caso especial, no pueden ser vistos como reivindicaciones privadas y, en realidad, que su responsabilidad pone en tela de juicio aspectos tan importantes como la legitimidad del Estado, su eficacia y, en general, las bases de la concepción del Estado Democrático de Derecho.

En consecuencia, la aceptación de la responsabilidad horizontal de las violaciones pueden generar más bien un fenómeno reprochable y la ausencia de verdaderas garantías a las víctimas, pues al verse minimizada la responsabilidad estatal, también se pone en riesgo el núcleo esencial de los derechos en controversia. Esto puede derivar en que los victimarios burlen la justicia y escondan sus bienes de la acción de los órganos del Estado, tal como en efecto está sucediendo en este momento en el país.

El problema puede agudizarse aún más si esta subsidiariedad del Estado se alega frente a aspectos que desbordan lo indemnizatorio y se refieren a la rehabilitación médica y psicológica, al igual que a la satisfacción de las víctimas frente a las medidas de justicia tomadas, por ejemplo. En este sentido, algunas voces en el Gobierno, e incluso en la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, señalan que los programas de las víctimas deben ser financiados en su totalidad, o buena parte de estos, con los dineros de los jefes paramilitares. La misma Ley 975 dispone la creación de un Fondo de Atención a las Víctimas para este caso. Al respecto, señala la Comisión Interamericana de forma tajante: "En modo alguno el acceso a la reparación de las víctimas puede quedar sujeto exclusivamente a la determinación de responsabilidad criminal de los victimarios, ni a la previa ejecución de sus bienes personales, lícitos o ilícitos" (2008, párrafo 2).

Como se observa, la determinación del papel residual del Estado que señalan la Corte y el Gobierno necesita una mejor delimitación, pues la pregunta es clara: ¿en qué condiciones puede ser el Estado el actor principal de estos procesos de justicia transicional, si es claro que los victimarios no tienen la intención de dar buena parte de sus bienes, y el Estado tampoco puede lograr una incautación importante de estos para que siga sosteniendo dicho papel secundario?

En mi opinión, esta conformación de responsabilidad degradada del Estado lo único que hace es contribuir a la confusión de las responsabilidades y deja a las víctimas sin un horizonte claro para lograr su reparación integral.

Temas como las políticas públicas en relación con derechos como la salud y la educación difícilmente pueden entenderse en la lógica de grados de responsabilidad. Así las cosas, tiene sentido entender la responsabilidad como un fenómeno que se radica en el Estado como sujeto garante de derechos, y que es este mismo Estado el obligado a repetir, si así lo considera, contra los agresores materiales de las violaciones que diere lugar. Esto implica no dejar en entredicho la responsabilidad del Estado y, sobre todo, generar una interpretación del principio de solidaridad que no invierta lo que busca este valor constitucional: construcción de confianza entre ciudadanos y Estado.

LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS: LO COLECTIVO Y LA INDETERMINACIÓN DE ESTOS

Tradicionalmente, los derechos se consideran pretensiones que tienen un respaldo jurídico a través de los denominados "derechos subjetivos"; además se considera que estos tienen como estructura un objeto, un sujeto obligado y un titular. En la primera parte nos referimos a algunos problemas sobre el obligado, y a continuación analizaremos algunos inconvenientes que se

presentan respecto a la determinación del objeto tutelado de las pretensiones de las víctimas.

La teoría analítica de los derechos considera que cada uno de estos tiene un núcleo semántico que es oponible a los otros contenidos de los derechos, y que este sentido y referencia en el derecho es el que determina el campo de violación. Es decir, esta definición evita la incorporación de elementos de carácter iusnaturalista en la configuración jurídica de los derechos, concibiendo que estos carecen de un núcleo esencial o esencia y, más bien, que son el fruto de un proceso de construcción de necesidades y de una articulación política a través de luchas sociales y de poder en las sociedades contemporáneas. De esta forma, para poder reclamar un derecho, al igual que para poder comprender los derechos no en abstracto (derechos morales), sino como derechos a o derechos que encierran pretensiones, es preciso determinar este núcleo de reclamo o de pretensión del sujeto que lo alega. Así, por ejemplo, el núcleo básico del derecho a la prensa se referirá al conjunto de actos protegidos en relación con la divulgación o comunicación de opiniones o contenidos de interés público a través de medios de información. Esta determinación –que en general resulta clara en la mayoría de los derechos de corte tradicional– presenta diversas dificultades en un proceso de reparación de cualquier índole.

En los procesos con víctimas pueden producirse dos tipos de esquemas: por un lado, que se establezca desde la doctrina de los derechos, sobre todo desde una visión del derecho penal, el número de violaciones que se presentaron frente a la adecuación típica que se hace una vez se esclarecen los hechos que ocasionaron las violaciones a los derechos en cuestión. Por el otro, que se escuche a las víctimas y se entienda que se debe asumir que el daño solo puede ser determinado por quien lo sufrió, es decir, no son las conductas antijurídicas las que ocasionan el daño, sino las acciones concretas de los perpetradores.

La primera vía es la que tradicionalmente ha acompañado los procesos de justicia transicional y, si se quiere, constituye una metodología que genera una tipología de violaciones, permitiendo construir de forma clara, y al menos más segura, los mecanismos de reparación. La segunda vía es la más indeterminada y se aleja del discurso jurídico tradicional, generando problemas de adecuación tanto para la justicia como para la reparación. A continuación desarrollaremos cada una de ellas y sus posibilidades en el marco jurídico-constitucional.

La vía de la justicia penal-restaurativa establece que las víctimas son sujetos de violación de las leyes penales y, por ende, estas han padecido la comisión de determinados delitos, pues el derecho ya ha preestablecido todos los mecanismos para la atención de las víctimas y para la protección de sus intereses en la lógica del proceso penal. Pero aunque en los últimos años este proceso penal se ha acercado aún más al lenguaje de los derechos humanos, no cabe duda que en materia de protección de víctimas –entendidas estas como parte de un conflicto armado–, en el marco de la justicia transicional este derecho es al menos insuficiente, puesto que la lógica jurídica del proceso se funda en su propia dialéctica, donde solo las pruebas pueden determinar el dicho de la víctima. Las pretensiones de las víctimas, entonces, solo pueden aparecer en las leyes penales, y sus consecuencias únicamente pueden determinarse de forma individualizada.

La verdad es que la respuesta del derecho penal no es precisamente la que las víctimas estén esperando, o por lo menos esta no constituye una de sus principales pretensiones. Equivocadamente, en mi opinión, de forma complementaria a esta visión judicial de los derechos se esbozan con claridad en el Decreto 1290 de 2008 los procedimientos para la reparación administrativa. Este decreto señala, en términos generales, el pago de indemnizaciones e indica tímidas medidas reparatorias que se

confunden con políticas ya determinadas en las comunidades de víctimas, aunque fuera de la lógica de la reparación. Así las cosas, tanto en uno u otro derecho, las víctimas no pueden construir los referentes para seguir adelante, esto es, los referentes de la reconciliación que se construyen con base en el consenso y no en la imposición de formas jurídicas, las cuales muchas veces solo satisfacen al Estado.

En segundo lugar, la doctrina internacional y la misma Ley 975 sugiere que sean las víctimas las que determinen las afectaciones y sus posibles resarcimientos. Así, el proceso se invierte desde una óptica más participativa, pero que presenta varias dificultades, las cuales revisaremos a continuación.

LOS DERECHOS DERIVADOS DE PRINCIPIOS: LOS NUEVOS DERECHOS Y LOS DERECHOS INSACIABLES

Cuando se escuchan las narraciones de víctimas, no solo de Colombia, sino de otros lugares del mundo, es evidente que ellas no esperan que los derechos las protejan, pues cuando se está en esta condición se pierde justamente el referente entre el derecho propio y el ejercicio sistemático del transgresor. Así las cosas, para que las víctimas entiendan las dimensiones políticas y jurídicas de su situación se hace necesario un proceso pedagógico que les enseñe lo que protege el derecho. Sin embargo, a pesar de que este último sea enseñado a las víctimas, se evidencia en ellas reclamos y anhelos que están ausentes de lo que de manera abstracta y universal muestra el derecho.

De esta forma, si entendemos el proceso de protección de las víctimas en el marco de los principios de verdad, justicia y reparación, lo que estamos comprendiendo es que les vamos a dar la oportunidad de expresar en qué aspectos sienten que fueron vulneradas y cuáles serían las vías para que sientan que su dolor puede ser mitigado o extinguido, dando paso así a la anhelada reconciliación.

Dentro de estas narraciones de reclamo se pueden registrar, por ejemplo, cómo las mujeres de una comunidad fueron rechazadas de forma permanente por los hombres de la misma, pues consideraban que en múltiples ocasiones estas permitieron tratamiento íntimo con los agresores y, por tanto, ninguna de ellas era digna de ser su esposa o novia. El presente ejemplo plantea varios problemas, pues a simple vista puede decirse que aquí se manifiesta una especie de discriminación o trato desigual por parte de los hombres de la comunidad, a partir de lo cual se pueden determinar varios elementos que configuran trato discriminatorio hacia la mujer; esa, ciertamente, sería la respuesta del derecho. Pero puede decirse que en realidad los hombres de la comunidad son "culpables" de tal acusación o que se está determinando un derecho sobre lo que en realidad es un daño presentando como fruto de múltiples abusos sexuales del grupo ilegal.

En mi opinión, ninguna de las respuestas es satisfactoria, pues sin duda se produce una afectación directa y cierta al recibir el rechazo de los hombres de la comunidad; tampoco pueden convertirse en violadores de derechos a personas que actúan con fundamento a una situación tan excepcional como la descrita y que, por tanto, no se compadece con los presupuestos de un acto antijurídico. Pero, ¿cómo se puede clasificar el hecho?, ¿es o no un derecho violado? En el análisis se puede ver que desde principios constitucionales como la dignidad humana y desde derechos como el libre desarrollo de la personalidad puede hacerse la adecuación de la conducta. No obstante, también es evidente que esta adecuación no es clara y que, por el contrario, parece no existir un derecho particular que proteja el acto que antecede al daño.

Este problema de los derechos y su representación como instrumento jurídico-político de reclamo, especialmente cuando se está frente a casos que sin duda tienen una relación directa con valores constitucionales, no puede traer como conclusión la

creación sin ambages de derechos tras derechos. Esto es lo que Pintore (2001: 243 y ss.) ha llamado "derechos insaciables", es decir, una tendencia a explicar todos los fenómenos jurídicos y políticos a través de los derechos, como un derivado de la doctrina del garantismo. Pero la reflexión sobre el particular es importante en relación con el tema que nos ocupa, pues, ¿qué pasa si no podemos explicar los fenómenos ocurridos durante las acciones de guerra, como tampoco es posible que las víctimas hagan un análisis de esta por medio de los derechos? ¿Son menos legítimas las acciones de reclamo reparatorio por parte de las víctimas si no cuentan con su contrapartida en los derechos?

Las víctimas deben ser vistas en sus dos dimensiones, es decir, como sujetos de derechos y como promotores de un nuevo orden político y social. Desde esta perspectiva, las personas no están esperando solamente ser beneficiarias de derechos, sino en realidad poder construir un escenario de vida que les permita desarrollar su proyecto vital⁴. En este sentido, los derechos son básicamente una herramienta de contacto entre los individuos y el Estado, pero también existen otras posibilidades de encontrar el camino hacia la reconciliación. Creemos que se tiene una tendencia a potencializar los derechos que olvidan el marco en el cual fueron creados, o sea, una tendencia que predetermina la movilización política (Tushnet, 1984) y que implica la realización de un reclamo. En el caso de un proceso de reconciliación, esta tendencia cobra una enorme importancia –o al menos su reflexión–, porque este paso es el que posibilita la construcción de un lenguaje que favorece las condiciones de gobernabilidad democrática que están en la base de la justicia transicional.

4 Esto no quiere decir que se rechace el papel de los derechos, sino que debe ser visto de forma integral y ser complementado en el marco de un accionar participativo. Sobre la importancia de los derechos y su relación con la política, Waldron (1996: 87 y ss.) advierte sobre la necesidad de los derechos como vehículos políticos.

De este modo, la constitucionalización de los derechos de las víctimas es un proceso lógico desde el Estado Social de Derecho, el cual entiende la realidad constitucional desde las necesidades y contextos sociales. Esta inclusión rechaza, entonces, la visión asistencialista que quita relevancia jurídica a los roles de los grupos e individuos afectados y que incorpora el proceso en el quehacer del Estado constitucional. Se establece, sin discusión, una relación entre democracia y víctima, en la cual la legitimidad del Estado está en juego como resultado de estos actores (Valladolid, 2003: 155 y ss.). Un Estado que no garantiza los derechos ni la reparación de estos es un Estado sin legitimidad.

Aunque es necesario que la dogmática haga su mejor esfuerzo para poder abarcar la multiplicidad de necesidades establecidas en los reclamos de las víctimas, es claro que el establecimiento de núcleos de derechos protectores no es la única respuesta que debe buscarse para el logro de los objetivos propuestos a través de los principios de verdad, justicia y reparación. No podemos olvidar que los derechos finalmente cumplen funciones importantes para el establecimiento del proceso de reconciliación, y que la realización y conceptualización de los mismos los convierte en una herramienta válida para lograr este proceso. Así, podemos señalar como funciones destacadas de los derechos:

- Ser una base razonable para justificar demandas.
- Otorgar la posibilidad de disfrutar algo.
- De forma general, constituirse como una garantía social frente a las amenazas comunes de otros poderes (Shue, 1980).

Desde la perspectiva de las víctimas, los derechos cumplen estas tres funciones, pues sin duda desde el lenguaje de estos se pretenden alcanzar las reivindicaciones frente a una situación específica. Por medio de los derechos también se pretende

dejar en claro que las víctimas no están haciendo una petición o reclamo, sino que están configurando una verdadera demanda, tal como lo exige el lenguaje de los derechos. Por último, la reivindicación de la verdad, justicia y reparación es un mecanismo claro para evitar amenazas presentes y futuras sobre su dignidad humana.

EL DAÑO EN TRES DIMENSIONES. PLURIDIMENSIONALIDAD DEL DOLOR

Otro elemento de análisis desde la tradicional mirada de los derechos es el de la producción de una acción antijurídica que genera un daño a algún bien jurídicamente tutelado. Las disposiciones de protección a los derechos de las víctimas señalan la importancia de permitir inventariar aquellas situaciones que los sujetos de las acciones antijurídicas consideran les ocasionaron algún tipo de perjuicio o daño. Esta disposición respecto a la pluridimensionalidad del daño es quizás uno de los mayores retos, pues es necesario determinar de forma concreta cuál es el mecanismo para poder atender de forma integral las consecuencias de los actos de barbarie cometidos por los actores armados.

Estos son algunos de los daños detectados por el plan piloto de la Comisión de Reparación y Reconciliación que ejemplifican mejor nuestra preocupación:

- a. Daños respecto a la confianza social, es decir, las acciones armadas producto de la convivencia con los actores ilegales produjeron desconfianza entre vecinos y amigos, destruyendo lazos de solidaridad importantes para la construcción de paz social.
- b. Daños respecto a la noción de lo público y de lo que es considerado parte de la función estatal. Se presenta una privatización de los mecanismos de resolución de conflictos, así como una modificación de los temas que pue-

den ser considerados de interés público o de interés privado.

- c. Pérdida de tradiciones y formas ancestrales de comunicación y convivencia.
- d. Ruptura de los valores tradicionales por otros propios de la guerra y de la noción del más fuerte.
- e. Cambios en las formas productivas, que conllevan pérdida de activos económicos que posibilitan su supervivencia.

Como se observa en los daños relatados por las víctimas, los derechos implicados no son claros, menos aun cuando se hace este ejercicio, si se quiere, de forma inductiva, es decir, no desde lo general: de los derechos hacia los casos, sino desde lo particular: de los casos hacia los derechos. El camino es menos claro si se piensa que la forma de protección y reparación de cada una de las acciones descritas rompe la lógica señalada más arriba –que denominamos “tarifaria”–, es decir, se tiene la idea de que en principio, y aunque sea de forma defectuosa, es posible poner precio dinerario a la reparación. La principal objeción de esta mirada, como dijimos, se recoge en el Decreto 1290 de 2008 (reparaciones por vía administrativa), por cuanto se olvida que el objeto de todas las normas protectoras de derechos, y desde luego no es la excepción en este caso, se construye desde el principio *pro homine*; siendo este el que define que primero están las víctimas, sus sentimientos y expectativas que el afán del Estado por arreglar lo que es ya de por sí difícil de reparar: la dignidad de las personas.

Quizás esta reflexión sobre la dignidad no pueda orientar sobre los problemas de la escuela clásica jurídica en materia de reparaciones, lo que sí puede hacerse desde la perspectiva de la fundamentación del derecho, es decir, desde las razones por las cuales este existe y es reclamado en la esfera

jurídica. Al respecto, puede ser que la justificación de los derechos de las víctimas, desde la esfera universal de carácter abstracto y legalista⁵, impida ver de forma clara la importancia del dolor, ya sea como dolor físico, psicológico y espiritual o como vivencia individual, familiar y colectiva⁶.

En diversas oportunidades la doctrina internacional ha señalado los diferentes aspectos que implica la reparación plena y efectiva, resumiéndolos así:

- a. **Restitución:** consiste en devolver a la víctima, en la medida de lo posible, a la situación anterior a la violación.
- b. **Indemnización:** se concederá proporcionalmente a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso.
- c. **Rehabilitación:** asistencia médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.
- d. **Satisfacción:** se logran cumplir las expectativas de reparación de las víctimas; incluiría alguna de estas medidas:
 - Medidas para cesar las violaciones continuadas.
 - Verificación de hechos y revelación pública de la verdad.
 - Búsqueda de personas desaparecidas, identidades de los niños secuestrados y cadáveres de las personas asesinadas.
 - Declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad y derechos de las víctimas.
- e. **Garantías de no repetición:** busca evitar que las violaciones se vuelvan a producir. Algunas de estas medidas son:
 - Disculpa pública que reconozca los hechos y acepte las responsabilidades.
 - Aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables.
 - Conmemoración y homenaje a las víctimas.
 - Inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de DD.HH. y DIH (cfr. ONU, 2008).
 - El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad.
 - La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad.
 - El fortalecimiento de la independencia del poder judicial.
 - La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria; la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos.
 - La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad.
 - La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales,

5 Sobre una crítica al universalismo y una reivindicación de los sentimientos y la dignidad, ver Rorty (1998).

6 Finalmente, lo que debe importar no es el ajuste a la teoría, sino cómo el derecho puede en realidad proteger y respetar el daño producido. Este es el espíritu de la Constitución, en un análisis de su materialidad, la protección de las personas y el respeto por sus sentimientos y convicciones.

por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales.

- La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales.
- La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan (ONU, 2005, artículo 23).

Como se observa, la dimensión del daño traspasa las clásicas fronteras de la noción de antijuridicidad, para abarcar un concepto que implica, en realidad, una versión inminentemente subjetiva de la afectación. Este daño puede estar compuesto, entonces, no solo por aspectos típicamente indemnizatorios, sino que además cubre el proceso completo de las víctimas en tres etapas: estabilización, reconocimiento y establecimiento de los daños y mecanismos de no repetición y de reconciliación. Cada una de estas etapas se encuentran amparada por el ordenamiento constitucional, pues hacen parte del desarrollo de los principios de verdad, justicia y reparación integral a los que hemos aludido.

LOS SUJETOS DE LOS DERECHOS Y REPARACIONES COLECTIVAS

La mirada de los derechos colectivos⁷ a través de las reparaciones colectivas requiere partir del análisis sobre la existencia de estos en tanto verdaderos derechos, puesto que desde diferentes ámbitos se

tiende a negar su existencia, ya sea traslapando sus obligaciones en otras de origen individual o bien sea advirtiendo que estos solo pueden tener entidad moral, puesto que su reclamo es imposible. De esta forma, nos atreveremos a hacer una breve descripción sobre la situación de estos derechos, para luego hacer algunas anotaciones particulares sobre los derechos colectivos y los derechos de las víctimas.

La exigibilidad de los derechos subjetivos colectivos

En el camino de la determinación de la estructura de un derecho colectivo se advierten tres posibles obstáculos: a) el primero de ellos se observa en la determinación de la categoría “derecho”, puesto que la exigibilidad depende en buena medida de lo que entendamos por tal, lo que nos lleva irreduciblemente a la definición de qué es un derecho subjetivo; b) un segundo aspecto es el de la delimitación de qué es un derecho colectivo, porque al igual que con la expresión “derecho social” parecen agruparse conceptos diferenciables sobre los cuales no puede aplicarse el mismo trato. Sin esta especificidad, no es posible la composición de la estructura del derecho⁸; c) un tercer obstáculo es el que se presenta en su positivización, es decir, aceptar que su aplicación como derecho colectivo no es posible sin que los ordenamientos dispongan una legislación clara sobre el mismo. En este sentido se presenta el problema de su aplicación directa y de su determinación, incluso, como derecho fundamental. Nos referiremos brevemente a estos problemas, sin que pretendamos llegar a una conclusión definitiva.

El derecho subjetivo

La definición de derecho subjetivo expresa que alguien puede exigir que haga, dé o se abstenga de

7 Sobre la naturaleza de los derechos colectivos y sus dificultades dentro de la dogmática constitucional, véase: López (2000).

8 Esta confusión es la que coadyuva a que las exigencias colectivas, y desde luego los daños colectivos, sean invisibilizados tanto en el discurso jurídico como en el político.

hacer algo. En este sentido, el derecho subjetivo es la forma lingüística con la cual expresamos en el derecho una posición determinada, la que permite a un individuo exigir a todos una acción o cosa que se considera valiosa por el sistema jurídico.

El debate sobre el derecho subjetivo desborda esta comunicación, por lo cual defenderé la importancia de una definición que permita precisamente articular las exigencias colectivas y, para el caso particular, que posibilite la incorporación de las pretensiones colectivas de las víctimas. Esta definición debe brindarnos, a la vez, un parámetro en el cual pueda determinarse con alguna certeza su existencia, lo que implica articular el nivel de su fundamentación con el de su exigibilidad bajo un criterio objetivo. Esto es así porque el planteamiento de una noción de derecho subjetivo puede impedir su reclamo si su definición es tan amplia que no indica cuándo deben actuar los mecanismos jurídicos del Estado para defender algún bien valioso. A esto último se le ha conferido la categoría de "derecho"⁹.

Como vemos, se diferencia claramente entre la atribución de un derecho y su formulación normativa, que no son la misma cosa, aunque guardan una especial relación. Una norma que afirma que A tiene un derecho colectivo sobre B y que lo puede hacer exigible a C no habla sobre las condiciones de posibilidad de reclamo. De ahí que la formulación de derecho como pretensión justificada y relativa a normas o sistemas de normas requiera de un criterio que impulse su exigibilidad y, además, proporcione datos sobre los sujetos y el objeto implicados en la relación que prescribe la norma¹⁰.

9 Esto es lo que ocurre cuando se acepta, por ejemplo, que deben existir reparaciones colectivas, pero no se concretan frente al discurso jurídico-constitucional.

10 La indeterminación de los objetos o su dificultad para concretarlos en el lenguaje de los derechos se hace palmaria en los ejemplos puestos atrás, en relación con daños en la estructura social o a capitales de orden solidario, los cuales difícilmente encuentran su referente en los derechos existentes. En realidad, es por interpretación en valores y extensión del bloque de constitucionalidad como se posibilita la cobertura de las exigencias

Sobre la definición de derecho subjetivo emplearemos la que enuncia Rodolfo Arango, quien intenta resolver el problema que causa una conceptualización convencional de derecho subjetivo: "Un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto (individual o colectivo), para la que es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente a dicho sujeto" (2005: 10). Como puede observarse, Arango plantea la necesidad de la fundamentación del derecho para hacer posible su existencia –fundamentación dada por la discusión política–, lo que implica la aceptación de la discusión moral dentro de la estructura del derecho. Esta situación es relevante dentro de la actual visión de la teoría de los derechos, que entiende la importancia de la moral dentro del discurso jurídico; pero, sobre todo, tal situación señalada cobra importancia en relación con el papel de los derechos en el proceso de aplicación de los principios de verdad, justicia y reparación.

No obstante, lo novedoso y más destacable del planteamiento del autor es el empleo del concepto de "daño" como criterio para eliminar la incertidumbre que en la práctica trae la aplicación de normas sobre derechos. Así, "el criterio de urgencia resuelve el problema de la indeterminación del objeto del derecho". Si se produce daño a un bien colectivo reconocido jurídicamente como valioso (derecho), el Estado debe actuar para su protección. Así las cosas, Arango permite establecer que el daño es la pieza fundamental para la construcción del derecho; igualmente plantea que la dicotomía daño vs. derecho¹¹ no tiene sentido si tenemos la pretensión de exigibilidad del mismo.

Por otra parte, el problema del sujeto lo plantea desde el reconocimiento de una posición norma-

colectivas hechas en el proceso de justicia transicional. Sobre el uso de los valores para la creación de derechos, véase: Díaz (1997).

11 Esta dicotomía se viene planteando en las discusiones de la Mesa de Reparaciones Colectivas, por invitación de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.

tiva en la que un sujeto o sujetos se encuentran obligados correlativamente¹². De esta manera, no se podrá negar una posición jurídica a quien tenga razones válidas y suficientes para ello. Un derecho siempre tiene un obligado o varios, y estos deben actuar conforme al principio de subsidiariedad que afirma que ante la negativa de actuación de uno, el otro debe operar¹³. Al respecto, creo que la discusión queda clara cuando se entiende que la subsidiariedad no significa ni impunidad ni tampoco ausencia de responsabilidad directa del Estado. Este principio más bien recuerda que los derechos tienen diversos obligados y que todos deben concurrir, sin que el Estado pierda su prelación como garante de los derechos.

Si en un sistema normativo el ente encargado de aplicar las normas observa que alguien sufre un daño y que este está referido en una norma que confiere un derecho, el sistema jurídico, por consiguiente, debe actuar para cesar el daño y buscar su reparación. La posición jurídica de reclamo se obtiene con la determinación de la afectación del sujeto y su reconocimiento por una norma.

Así, cuando los entes colectivos sufren menoscabos, ello puede identificarse claramente como ataques directos a su supervivencia y bienestar, lo que justifica la tutela de sus derechos (genocidio,

atentados contra la identidad, discriminaciones, etc.). El problema que surge es el de la colectivización de esos daños, puesto que se pueden presentar casos en donde se infrinja daño a un individuo y no se pueda determinar fácilmente si atribuir un derecho colectivo o un derecho individual. En estas situaciones es relevante la definición que se empleó sobre qué es una colectividad y, por supuesto, el análisis del tipo de daño (análisis de consecuencias y efectos a terceros). En este punto es donde los esfuerzos teóricos y prácticos de las instituciones gubernamentales y judiciales deben avanzar.

No obstante esta inseguridad, varios criterios pueden ayudar a esta determinación: la configuración de categorías sospechosas, la relación del daño del individuo con el colectivo, la notoriedad pública del daño, el reconocimiento del colectivo como ente claramente diferenciado, la fuente de agresión respecto a si es externa o interna o, simplemente, el número de agredidos y su ubicación espacio-temporal. Nótese que esta postura no asume una diferenciación cerrada entre derechos individuales y colectivos; sería más bien una posición que intenta precisamente ver a los derechos como instituciones que sirven para un fin básico: el bienestar de las personas, lo que implica una mirada amplia más allá de su mera individualidad.

En nuestra opinión, la categoría de derechos colectivos no intenta romper la tutela de los derechos individuales, sino la forma exclusiva de esta. Los derechos colectivos llaman la atención sobre la ruptura del paradigma individual, lo que exige una manifestación enérgica sobre ciertas condiciones intolerables para el Estado constitucional pluralista.

¿Cuáles son derechos colectivos?

Dentro de la categoría de derechos colectivos se unen expresiones de muy diverso orden, entre las que cabe indicar: derecho a la paz, derecho al desarrollo, derechos de minorías étnicas, derechos

12 Griffin (1999: 11) afirma que la capacidad es el límite para imponer un deber, si entendemos el deber como poder. De esta manera, quien está más capacitado para prestar ayuda, cuando sea legítimo hacerlo, debe intervenir para ello. No olvidemos que esta capacidad es un hecho cierto y objetivo, y no fruto de la elección de querer ser capaces. Así, si alguien está en capacidad de ayudar a un herido, debe ayudarlo aunque considere que es de otra raza y no lo merezca. Para los derechos humanos, asegura Griffin, no podemos introducir el mérito para determinar un derecho, puesto que dejaría de ser un derecho humano. Distinto es, en nuestra opinión, que los derechos tengan grados de realización, puesto que como hemos observado, no todos los derechos son de carácter definitivo y de inmediata realización. En el caso, por ejemplo, de la defensa técnica, el derecho se tiene mientras se requiera la defensa, y su realización va aparejada con la necesidad que tiene el acusado de recibir tal servicio.

13 Esto es particularmente importante en el escenario de elaboración de responsabilidades, en donde el Estado debe reconocer su papel dentro del esquema del daño que puede infringirse ante colectivos.

de identidad, derecho a la autodeterminación, derecho a un medio ambiente sano. Se esgrimen dos criterios para agrupar tales derechos: por un lado, el de la identidad, y, por el otro, el de la solidaridad. Uno se plantea como una mirada interna; el otro se perfila desde un punto de vista externo. Sin embargo, esta división no nos dice mucho de su tratamiento, solo aporta datos de dónde provienen y algunos aspectos de su fundamentación. Esta mirada se vuelva aun más indeterminada si se apunta a las víctimas y a sus reivindicaciones; pero como hemos dicho, esta indeterminación no puede tener como conclusión la negación o invisibilización de los daños señalados y reconocidos por estas mismas.

Todos estos derechos tienen en común que poseen como referente las agrupaciones humanas que pueden ser posibles titulares de los mismos. No obstante, el aspecto de la titularidad colectiva tampoco es un rasgo para su descripción, porque dentro de estos se pueden identificar derechos colectivos cuya titularidad es individual o, incluso, tanto colectiva como individual. Tampoco el objeto es un descriptor válido, porque sus objetos pueden ser derechos de prestaciones o derechos más relacionados con aspectos de la libertad (derechos civiles y políticos).

El ordenamiento internacional tampoco nos brinda datos que permitan discriminar o asociar a todos como derechos exigibles, sino que más bien los caracteriza como pretensiones morales justificadas. Este lenguaje moral del derecho internacional es importante, pero denota el desfase que existe entre el ordenamiento internacional y los sistemas jurídicos internos¹⁴.

14 Al respecto, el orden internacional y los diferentes procesos de justicia transicional han ido acuñando catálogos de este tipo de derechos, especialmente los relacionados con la ruptura de lo colectivo y con los sentimientos de miedo e inseguridad que producen las acciones de los grupos armados ilegales durante un conflicto armado. Sobre diversos casos de este tipo, véase: Barahona (2002).

Así las cosas, creo que el mejor criterio para su especificidad es el de corroborar su estructura como derecho, es decir, realizar un análisis de caso por caso, pero no en la búsqueda de aspectos generales sobre los cuales construir esa diferenciación. En este sentido, para los ordenamientos internos, la práctica constitucional, especialmente en los tribunales, resulta un ejercicio valioso para el desarrollo de tales derechos¹⁵. En este sentido, es posible pensar, por ejemplo, que el mecanismo como el de la consulta previa¹⁶ señalado en las leyes colombianas y en el Convenio 168 de la OIT es un buen ejemplo de un instrumento que puede ayudar a la determinación de estos derechos colectivos.

De esta manera, el criterio para su tratamiento no viene dado por su ubicación dentro de una declaración de derechos, sino que más bien se estructura dentro de un conjunto de jerarquías flexibles que los sistemas constitucionales utilizan para ponderar los bienes protegidos. Esta ponderación no se da como un enfrentamiento entre lo colectivo y lo individual, sino como el momento en que se enfrenta un bien a otro, siendo todos objetos protegidos por igual dentro de la constitución.

La positivización de los derechos colectivos y su amparo constitucional

Para los ordenamientos internos, la tutela de los derechos colectivos atraviesa varios problemas. De un lado, la carencia de normas que expresamente

15 Intuitivamente parece existir una diferenciación entre derechos políticos referidos a colectividades (autodeterminación, sufragio, reunión), derechos que tocan aspectos cercanos a las libertades que protegen los derechos civiles (libertad de conciencia, locomoción, igualdad formal) y derechos que requieren prestaciones, tales como el derecho al desarrollo. Sin embargo, esta división puede resultar artificial si atendemos las críticas de escisión planteadas entre derechos de primera y segunda generación, con lo cual lo único que estamos haciendo es transmitir los prejuicios de un planteamiento a otro.

16 La consulta previa es un instrumento de obligatorio cumplimiento en procesos que impliquen decisiones que afecten derechos colectivos de comunidades afrodescendientes e indígenas. Mediante ella, tales grupos definen de forma colectiva el destino y la forma de proteger sus intereses comunes.

se refieran a ellos, y, de otro lado, si existe, el papel que juegan tales normas dentro del sistema constitucional.

Si no existen normas que protejan tales derechos, se vislumbran dos caminos: el desarrollo de otros derechos, tales como el de las minorías políticas, en minorías de otro tipo, o la aplicación de derechos individuales y sociales bajo casos que respondan a derechos colectivos. Esta vía jurisprudencial es arriesgada y requiere de jueces que estén dispuestos a asumir un compromiso fuerte con los derechos. El otro camino que parece menos complejo es la aplicación de los tratados internacionales en el ordenamiento interno, lo que no quiere decir que implique diversos problemas, sobre todo porque tales normas internacionales tampoco son detalladas e implicarían la participación del legislador local.

En el caso de que existan las normas constitucionales que protejan tales derechos, su estatus dentro del sistema constitucional puede analizarse dentro del criterio de conexidad de los derechos fundamentales, lo que en la práctica significa que se proteja al derecho de un individuo por ser de una colectividad. El problema que se presenta es la posible pérdida del análisis colectivo que requiere la tutela conjunta que no es de recibo en amparo. La vía más indicada es la que se refiere a acciones colectivas; sin embargo, estas acciones dejan por fuera aspectos de la libertad referidos especialmente a la identidad o los derechos sociales, lo que muestra su insuficiencia.

En todo caso, salvo la conexidad con derechos fundamentales, se requiere de intervención legislativa, lo que muestra el grado de precariedad que aún exhiben tales derechos. Esta intervención puede obstaculizar claramente las aspiraciones colectivas de muchos grupos, porque no se puede olvidar que los derechos colectivos hacen referencia, entre otras cosas, a problemas políticos, tales como el de las minorías dentro de los sistemas de

decisión mayoritarios. Esta situación implica una difícil barrera de romper y conduce a un círculo que impide la protección de estas colectividades.

Como último punto quiero referirme a los problemas de integración o reconocimiento de los sujetos titulares de estos derechos, puesto que en relación con comunidades afrodescendientes e indígenas resulta un ejercicio relativamente fácil, en la medida en que son precisamente las características diferenciales de su cultura y etnia las que permiten radicar los derechos. Por el contrario, las comunidades campesinas, colectivos, organizaciones sociales y comunitarias y sindicatos no gozan de claras formas organizativas, en tanto sus intereses e identidades pueden variar. Esto es palmario en las comunidades campesinas, en donde se pudieron haber sufrido vulneraciones –por ejemplo masacres y afectaciones en su entorno–, pero a pesar de sufrir tales acciones como colectividad, no se sienten como un verdadero sujeto colectivo y, por tanto, sus reivindicaciones generalmente se individualizan. Ante este reto, debe diferenciarse entre acciones colectivas de reparación y la titularidad de derechos colectivos, puesto que tampoco pueden crearse derechos colectivos sin colectividad. En este sentido, debe hacerse un examen juicioso de cada caso, para poder determinarse si en realidad estos derechos fueron violados o si por el contrario solo queda espacio social para las reparaciones individuales.

La realización de justicia como derecho de las víctimas: la verdad judicial y la "verdad verdadera"

Por último nos referiremos al derecho a la justicia y su significado dentro del marco constitucional y del derecho Internacional de los derechos humanos. Al respecto, Elster (2006: 104) ha definido que dentro de lo que se llama "proceso de justicia transicional", o al menos dentro de los procesos que tienen esa pretensión, se observa que se entremezclan varias formas o significados

de justicia: justicia administrativa, justicia legal y justicia política. Las dos primeras se encuentran establecidas en los procedimientos de la Ley 975 de 2005 y en el Decreto 1290 de 2008; la tercera se acerca más al proceso de responsabilidades de índole político sobre lo acontecido. Podríamos decir que la denominada "parapolítica" es el centro real de este debate.

Como se puede notar, la concepción de justicia es claramente diversa y contextual, por lo cual su pretensión de imparcialidad y universalidad queda en entredicho solo con ver cómo se inició esta reflexión en el año 2002 en el marco de la desmovilización de los grupos de autodefensas. Esto es así porque justamente no es fácil separar emociones, razones e intereses en las tres formas de justicia descritas. Ante este panorama, nos parece oportuno alejarnos de las discusiones de índole eminentemente político y centrarnos en los retos que tiene la justicia legal y administrativa, como clara expresión de la constitución misma.

Desde esta perspectiva, la justicia implica en realidad al menos dos grandes temas: el deber del Estado de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y el deber de no obstaculizar la labor de la justicia. Se configura el primer deber cuando el Estado no actúe con la diligencia debida para lograr las condenas que tengan lugar. En el segundo caso se pueden presentar acciones tales como:

- Retardo intencional en la sustanciación procesal con perjuicio para alguna de las partes.
- Protección indebida o encubrimiento por parte de agentes del Estado a quienes aparecen como responsables del hecho investigado.
- Ocultamiento de información o entrega de información errónea relevante para el buen curso del proceso.

- Falsificación o adulteración de instrumentos probatorios.
- Alteración maliciosa de informes periciales
- Presiones o amenazas sobre testigos, familiares, funcionarios judiciales y policiales, entre otros; en definitiva, sobre cualquier persona vinculada al proceso que pueda hacer su aporte a la investigación o terceras personas que influyan en los actores procesales.
- Negligencia en la actuación de operadores de justicia de tal gravedad que haga presumir intención de obstaculizar.
- Desacato a órdenes emanadas de los tribunales, de la Fiscalía o de la Procuraduría.
- Desobediencia, retardo u oposición a la resolución judicial dictada.
- Falso testimonio de agentes estatales o auxiliares de la administración de justicia
- Todo otro acto u omisión que perjudique, dificulte, obstaculice o impida la investigación judicial (Defensoría del Pueblo, 2004).

Como se observa, no obstante existan las condiciones técnicas para asegurar que la justicia no está siendo afectada o obstaculizada, el debate de fondo es si el procedimiento establecido por la Ley 975 es el que asegura la condena de los perpetradores de las violaciones y cumple en realidad con lo que las víctimas esperan. En el fondo estamos ante la colisión de los derechos de los victimarios (debido proceso, doble instancia, etc.) y los derechos de las víctimas. La armonización de estos derechos es ciertamente la garantía para que la verdad judicial sea la más reparadora en el sentido que le hemos dado en este ensayo. Algunos autores como Valladolid (2003) han señalado que lamentablemente la justicia, en principio, está a favor del victimario, puesto que sus derechos gozan

de mayor protección constitucional y legal. Esto es así porque estos son con frecuencia más claros e inobjetable que los derechos de las víctimas, en tanto los últimos se encuentran en un terreno de discusión y conformación dogmática.

Desafortunadamente, el proceso está demostrando el argumento, puesto que se están presentando enormes demoras en los procedimientos, por ejemplo en el caso de las versiones libres, las cuales presentan el inconveniente de requerir, en muchas ocasiones, enormes cantidades de tiempo, dado el número de delitos cometidos y su complejidad. También se ha visto que los imputados están utilizando esta situación para dilatar las diligencias, al igual que están convirtiendo este hecho en un verdadero obstáculo. Otro elemento que contribuye a que el proceso en sí no garantice la verdad e imponga una visión "judicialista" del tema es la ausencia de responsabilidad de funcionarios del Estado, especialmente de los miembros de las fuerzas armadas que tuvieron connivencia con los grupos de autodefensa. ¿Se violan los derechos a la verdad y a la justicia sin que se tenga en cuenta de forma directa a estos funcionarios? La respuesta parece clara, ya que desde el punto de vista jurídico de estos derechos, en realidad no podría afirmarse que de forma integral se logre la realización de justicia si algunos de los implicados en las violaciones no reciben el castigo del Estado¹⁷.

El otro problema del procedimiento judicial es el probatorio, es decir, que el juez solo puede condenar y reparar según el recaudo de pruebas presentadas en los hechos. De esta manera, existe el riesgo de que cuando las pruebas no existan, los derechos de las víctimas queden sin verdadera protección y amparados por un manto de presunta justicia. Desde la perspectiva garantista lo grave

es que muchos de los crímenes cometidos son de difícil prueba, puesto que o bien las personas que puedan contar el hecho han fallecido, justamente por las acciones armadas, o bien porque muchas de las víctimas no podrían saber con certeza quién las causó y por qué sufrieron las violaciones a sus derechos. En este sentido, precisamente saber por qué les pasó y quién en realidad lo hizo hace parte del derecho a la verdad de las propias víctimas.

El riesgo de revictimizar y, desde luego, generar una negación de las garantías que se pretenden establecer en estas poblaciones queda en entredicho si las condiciones y procedimientos judiciales normales se aplicaran sin ningún miramiento. Parece claro que existe una desigualdad en el proceso judicial, lo que obliga a ver la noción de debido proceso y de carga de la prueba desde una óptica que permita atender las condiciones de desigualdad procesal de las víctimas¹⁸. En mi consideración, este procedimiento requiere una total aplicación de los principios de igualdad material y dignidad humana, conforme a las normas del Estado Social de Derecho.

En este punto, las reparaciones de orden administrativo –y en general la justicia promovida por el Gobierno– pueden ser muy importantes, como ya lo señaló la Comisión Interamericana (2008). Sin embargo, lo que no puede perderse de vista es que ninguna de estas formas de justicia presupone ni reemplaza a la otra. Todas son parte del proceso de protección de los derechos de las víctimas, en quienes radican, como vimos, derechos subjetivos que podrían originar acciones de tipo constitucional para su protección.

CONCLUSIONES

La tensión existente entre la justicia transicional y las categorías dogmáticas del derecho constitucional

¹⁷ En esta situación, las tesis de Elster (2006) tienen fundamento, pues está claro que el proceso judicial no es en sí un proceso neutral y universal y, en realidad, la justicia de quien la imponga tiene una enorme relevancia para entender el proceso.

¹⁸ Esto puede acentuarse aun más cuando pensamos en las condiciones de vulnerabilidad (grado de escolaridad, pobreza, miedo) en las que se encuentran las víctimas.

hace indispensable ampliar el dialogo entre las mismas, a fin de crear las condiciones jurídicas de defensa y reclamo de los derechos de las víctimas.

Las reparaciones colectivas comportan un importante reto de comprensión dogmática del derecho constitucional contemporáneo, pues es evidente que la estructura tradicional de comprensión liberal no es suficiente para regular las relaciones entre colectivos, daños y obligaciones del Estado

El trabajo por la determinación de la estructura de los derechos de las víctimas, es decir, la triada núcleo esencial, titulares y obligados, implica un compromiso para lograr la eficacia del proceso mismo de redignificación de las víctimas. La indeterminación de sus derechos y la politización de los mismos fomentan el vaciamiento de sus reivindicaciones.

El concepto de justicia y sus derechos anexos se ven seriamente afectados frente a las trabas presentes en el proceso, en especial el de la Ley 975 de 2005. Las limitaciones presentes en la manera como se enfrentan las versiones libres o las que se evidencian en la determinación del daño, en el marco del incidente de reparación, terminan afectando de manera importante el núcleo de protección del derecho a la justicia y la reparación. De esta manera, se hace perentoria una reforma a tal proceso, pues de lo contrario se advierte una falla tan estructural que puede terminar enmarcándose en el concepto de negación de justicia de los tribunales internacionales y, lo más importante, en la revictimización de quienes como afectados participan en el proceso.

REFERENCIAS

- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Barahona Brito, A. et ál. (Eds.) (2002). *Las políticas hacia el pasado: juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*. Madrid: Istmo.
- Boraine, A. (2006). Transitional Justice: A Holistic Interpretation. *Journal of International Affairs*.
- Cole, C. (2007) Performance, Transitional Justice, and the Law: South Africa's Truth and Reconciliation Commission. *Theatre Journal*, 59. The Johns Hopkins University Press.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1990, 10 de agosto). Opinión Consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990: "Excepciones al agotamiento de los recursos internos".
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2008). *Lineamientos principales para una política integral de reparaciones*. OEA/Ser/L/V/II.131, documento 1.
- Defensoría del Pueblo (2004). *Manual de calificación de conductas violatorias*. (Vol. I). Bogotá.
- Díaz Revorio, F.J. (1997). *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Elster, J. (2006). *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz.
- Esposito Massicci, C. (2007). *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*. Madrid: Civitas.
- Griffin, J. (1999). Derechos de bienestar. *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*, 1, 26-42.
- Jokic, A. (2000). Secession, Transitional Justice, and Reconciliation. *Peace Review*, 12(1).
- López Calera, N. (2000). *¿Hay derechos colectivos?; individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel
- Organización de las Naciones Unidas (2005). *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.

Palau, N. (2006). *Trámite de la ley de Justicia y Paz: elementos para el control ciudadano al ejercicio del poder político*. Bogotá: Fundación Social.

Pintore, A. (2001). *Los derechos insaciables en los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Rorty, R. (1998). Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad. En Shute, S. y Hurley, S. (Eds.). *De los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta.

Shue, H. (1980). *Basic Rights, Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*. Princeton University Press.

Tushnet, M. (1984). An Essay On Rights. *Texas Law Review*, 62(8).

Valladolid Bueno, T. (2003). Los derechos de las Víctimas. En *La ética ante las Víctimas*. Barcelona: Anthropos.

Waldron, J. (1996). Rights and Needs: The Myth of Disjunction. En *Legal Rights, Historical and Philosophical Perspectives*. Universidad de Michigan.