

**EL ESTATUTO DE VÍCTIMA: ORÍGENES CULTURALES
Y RELACIONES CON LA MEMORIA HISTÓRICA.
UN ESTUDIO DE SUS PERSPECTIVAS Y LÍMITES
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL COLOMBIANO***

*The status of victim and its cultural origins and its relations
with the historical memory. Prospects and limits in the
colombian constitutional system*

José Ignacio Lacasta Zabalza, PhD**
Universidad de Zaragoza, España.

Melba Luz Calle Meza, PhD***

Kevin Andrés Serrano Burgos****

Fecha de recepción: 18 de junio de 2015.

Fecha de aceptación: 19 de noviembre de 2015.

* Este artículo es producto del Proyecto de Investigación (Primera Fase terminada), Constitución y sistema jurídico implícito en Colombia. 1886-1991. Relaciones con el Conflicto Armado Interno. CYSJICOL/UNILIBRE/COLCIENCIAS, Res. 00778/2013, vinculado al Grupo de Investigaciones Socio Jurídicas -GISJ, Categoría A de COLCIENCIAS, del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Libre de Bogotá.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza-España. Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza-España. Profesor del Doctorado en Derecho e Investigador Internacional del GISJ de la Universidad Libre de Bogotá. Correo electrónico: joseignacio.lacastaz@gmail.com.

*** Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Magíster en Derecho Público de la Universidad de París II y de la Universidad de Oviedo. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Universidad del Rosario, título homologado. Profesora de Planta de TC de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Docente investigadora del GISJ de la Universidad Libre de Bogotá. Correo electrónico: melbaluz.calle@gmail.com.

****Estudiante de 5° año de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá y miembro del grupo «Observatorio del Proceso de Paz» del semillero del Proyecto de Investigación «Constitución y sistema jurídico implícito en Colombia. 1886-1991. Relaciones con el Conflicto Armado Interno». Primera Fase. CYSJICOL/UNILIBRE/COLCIENCIAS, Res. 00778/2013.

Colaboradores externos

RESUMEN

En este artículo se sitúa la concepción y regulación de los derechos de las víctimas de la guerra interna de Colombia en el contexto cultural mundial y en sus conexiones con el concepto de memoria histórica. Se empieza por analizar el despliegue de la memoria histórica, sus relaciones con la filosofía jurídica garantista y la aceptación colombiana del «ius cogens». A continuación, se crítica la impunidad y se analizan los límites colombianos de la justicia transicional en relación con las metas éticas universales de G. Radbruch. Finalmente, se examinan las perspectivas y condiciones del estatuto de víctimas en el sistema constitucional colombiano en el que se distinguen las víctimas «de facto» y las víctimas «de iure».

Palabras clave: Derechos de las víctimas, conflicto interno colombiano, memoria histórica, crítica a la impunidad, límites del sistema constitucional colombiano.

ABSTRACT

In this paper the design and regulation of the rights of the victims of Colombia's internal war in the word cultural context and its connection with the concept of historical memory is located. It begins by analyzing the deployment of historical memory in the world and its relations with the guarantor legal philosophy and the Colombian acceptance of the «ius cogens». Then impunity is critical and limits the Colombian transitional justice in connection with universal ethical goals of G. Radbruch discussed. Finally, prospects and limitations of the statute of victims in the Colombian constitutional system in which victims «de facto» and victims «de iure» differ are discussed.

Keywords: Victims' rights, Colombian internal conflict, historical memory, critical to impunity, limits the Colombian constitutional system.

INTRODUCCIÓN

No se puede interpretar la guerra de Colombia sin su debida contextualización mundial en el seno de los conflictos bélicos. Del mismo modo, el afianzamiento del concepto de víctima en el sistema constitucional colombiano no puede entenderse sin ponerlo en conexión con el auge cultural del concepto de memoria histórica en casi todas las sociedades.

No hay que pensar en una relación de causa a efecto, de lo internacional a lo nacional o viceversa, sino en unas condiciones dadas para el desenvolvimiento

de las diferentes guerras que se han dado en Colombia. Desde la Guerra de los Mil Días en los umbrales de la Primera Guerra Mundial, se pasa por la confrontación bélica de España en 1936 y su proyección, ideológica, cultural, en la guerra regional colombiana de los años 30 y hasta en el programa ultraconservador de Laureano Gómez. El marco de la Guerra Fría y su anticomunismo subsiguiente, así como las doctrinas de la Seguridad Nacional contra la insurrección armada revolucionaria, consecuencia de la hegemonía del poder de EE.UU. en la situación posterior a la Segunda Guerra Mundial, encauzan las estrategias de los enfrentamientos civiles y militares, primero en el período conocido como La Violencia, y luego en el nacimiento y desarrollo de las guerrillas revolucionarias propiamente dichas (Calle Meza, 2014, pp. 149-573).

De parecido modo, e interrelacionado con todo lo anterior, el despliegue y delimitación del concepto de víctima tiene lugar en el mundo, discurre parejo, a la aceptación y éxito de la idea de la memoria histórica por encima de las divisiones nacionales. A la cultura de los Derechos Humanos que irrumpe con fuerza después de la Segunda Guerra Mundial no le bastaba con una consideración histórica fría, estadística, de lo sucedido, ni siquiera con un retrato más o menos agudo del Holocausto judío ni de la criminal estrategia nazi y fascista programada por Hitler y Mussolini. Ya que el Holocausto es uno de los primordiales hitos seleccionados por Tzvetan Todorov para explicar el eco de la barbarie y sus atrocidades en la producción de la memoria de todos los seres humanos sin distinción de razas y más allá de las fronteras de cada país (Todorov, 2008, pp. 56-59).

Y no se quedó este fenómeno en un suceso de pura memoria, sino que albergó así mismo un ensanchamiento notorio de la idea de responsabilidad jurídica ante los crímenes colectivos cometidos. El Tribunal Internacional Militar de Nüremberg superó las limitaciones de las ideas y prácticas tradicionales del proceso penal, en cuanto a las exigencias de individualidad, tipicidad, legalidad e irretroactividad, para llegar a procesar a quienes no participaron personalmente en la autoría de los crímenes, pero de algún modo colaboraban del designio delictivo. Bastaba para una condena «la evidencia de que conocieron los delitos y no reaccionaron en modo alguno adecuado, ni siquiera retirándose dignamente». Es el caso, por ejemplo, de los guardias de las torres de vigilancia de los campos de concentración y exterminio, supuesto en el que resultaba inverosímil que no conocieran las fechorías inhumanas que allí se perpetraban (Clavero, 16. 6. 2015).

El historiador español Julián Casanova ha estudiado en el año 2015 que no era suficiente con atribuir a los nazis la tristemente famosa «solución final» de la aniquilación de los cinco millones de judíos. La responsabilidad comprendía

una geografía mucho más extensa que el ámbito germánico, como se comprobó en Polonia y Hungría sobre todo, pero también en Ucrania y, cabe añadir, en otros países como Francia (Casanova, 2015):

«Lo más significativo de las dos últimas décadas, sin embargo, es que comenzaron a aparecer investigaciones, poco conocidas hasta entonces, sobre la colaboración de la policía, de las administraciones locales y de las poblaciones de otros países invadidos por el Ejército y las fuerzas de seguridad alemanes.»

Es decir, que los límites de lo que fueron los victimarios, hasta entonces ceñidos a los Himmler, Eichmann, Heydrich como estrategias de las deportaciones y exterminios, hubieron de ser ensanchados para comprender no solamente a los sicarios uniformados de la Wehrmacht y las SS:

«sino también la amplia red de informantes y delatores que vieron necesario ese castigo mortal.»

Todo lo cual varió el curso de las interpretaciones históricas. No toda la población polaca o húngara colaboró con esa indecencia humana; pero sí hubo una manifiesta complicidad de un sector importante de la sociedad de esos países, surgida de un antisemitismo popular que no era privativo de los alemanes nazis. En Hungría, por ejemplo, hasta hubo un antisemitismo institucional expresado en las Leyes Judías de 1938, 1939 y 1941, que recortaban los derechos de los húngaros de esa religión semita, durante el gobierno del almirante Miklós Horthy y la alianza militar con Hitler en la Segunda Guerra Mundial. A las actuales fuerzas ultraconservadoras húngaras de Viktor Orbán, negadoras de la historia realmente sucedida, les resulta ya difícil mantener las culpas de lo acontecido en las invasiones exteriores de nazis y soviéticos, pues eso no justifica ni explica la persecución de los judíos realizada por el fascismo húngaro.

Experiencias húngara y polaca que nos sirven para describir esa lucha por la reconstrucción de la verdad que se da por todas partes y países. Liza, en el noble sentido de Rudolph von Ihering y su libro *La lucha por el derecho* (Ihering, 1985). Porque los derechos no se consiguen por su propia inercia, sino mediante serios y continuados esfuerzos, y este encuentro del pasado con el presente, esa memoria histórica puede no estar recogida en los libros de las historias oficiales.

Según Julián Casanova, a propósito del antisemitismo no necesariamente alemán de los años cuarenta del siglo pasado, observamos, de un lado, las fuerzas tergiversadoras del pasado («ampliamente difundidas y manipuladas por medios de comunicación de diferente signo»), que intentan hacerse con la memoria popular al margen de las pruebas disponibles sobre lo que ocurrió en

realidad. Por otro lado, en lucha con esas tendencias manipuladoras, la aparición con vigor de la memoria histórica, la propia de (Casanova 2015):

«...muchos hombres y mujeres, especialmente en los últimos años, protegidos por el paso del tiempo, necesitados de liberar sus terribles pesadillas, se han atrevido a contarlo, a documentar sus vidas, a la vez que contribuían a documentar la de todos, a denunciar la traición y cobardía de algunas de sus patrias y ciudadanías. Esa es la cara de la esperanza, la que invita a vigilar y cuidar la frágil democracia, a recordárselo a los responsables políticos, a perseguir la intolerancia, a extraer lecciones de la historia, a educar en libertad.»

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El problema de investigación se puede resumir en el siguiente interrogante: ¿Cómo surge y cómo se desarrolla el concepto de víctima en nuestra cultura jurídica, qué relación tiene con la memoria histórica y cuál es su régimen jurídico en Colombia?

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

La metodología de la presente investigación es fundamentalmente cualitativa, en perspectiva interdisciplinaria y comparada, especialmente con España, con apoyo en la filosofía y la sociología del derecho, la ciencia política y la historia constitucional. Con integración de los métodos histórico y lógico, del análisis y de la síntesis. Se utilizaron fuentes principalmente primarias (las obras de los clásicos de la filosofía del derecho, jurisprudencia, manuales, doctrina en general, etc.), y secundarias (tesis, ensayos, artículos).

PRIMERA PARTE

Concepto de memoria histórica y sus relaciones con la filosofía jurídica garantista. La aceptación colombiana del «IUS COGENS».

¿Qué es, pues, la memoria histórica? No a todos los poderes les agrada que se sepa lo que ocurrió en el pasado, porque no les conviene la verdad o porque les es más útil una visión interesada, tergiversada o parcial de los antecedentes históricos. Son bien conocidas, por ejemplo, las resistencias de las instituciones españolas a realizar un ajuste de cuentas con el pasado de la guerra civil de 1936 y la dictadura de Franco que duró cuarenta años. Las tímidas reformas legales, establecidas por el gobierno del anterior presidente Rodríguez Zapatero, no

Colaboradores externos

han dado una satisfacción mínima a las víctimas del franquismo, cuyas familias, desde su iniciativa privada y a través de sus numerosas asociaciones, todavía – para vergüenza colectiva- buscan los cadáveres de sus deudos, fusilados y desaparecidos, por las fosas de toda la península ibérica (Escudero, 2011). La jueza argentina María Servini, que ha intentado abrir un proceso para esclarecer los crímenes franquistas, se ha encontrado en España con las gubernamentales puertas cerradas y la falta de colaboración, inclusive con una negación de varias extradiciones solicitadas, por parte de las autoridades españolas.

Los organismos competentes de la ONU le han llamado en repetidas ocasiones la atención a España por mantener la Ley de Amnistía de 1977, norma de auténtico borrón y cuenta nueva para los crímenes de la dictadura de Franco; ley vigente, pese a su manifiesta incompatibilidad con la Constitución de 1978 que prohíbe las amnistías y los indultos generales (Lacasta Zabalza, 2013, pp. 55-73). Escandalosa es también la conducta oficial de la Iglesia católica española, beneficiaria principal del Estado católico de la dictadura de Franco que, por boca de sus organizaciones episcopales, ha elevado a los altares (está en su pleno derecho) a sus asesinados en la guerra civil, pero ha silenciado de manera ominosa a las víctimas republicanas, que son muchísimas más (cientos de miles), como si no fueran españoles o no cupieran en su sectario modo de interpretar ése su raro Evangelio carente de prójimo. Incluso los obispos españoles, sin el menor gesto autocrítico por su simbiosis con la dictadura franquista, han arremetido contra las tenues normativas vigentes sobre la memoria histórica (Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española, 2006, pp. 20-23).

La transición de la dictadura a la democracia se asentó en España mediante normas de punto final e impunidad, según lo critica el expresivo libro de Bartolomé Clavero cuyo subtítulo lo dice todo: *La amnesia constituyente* (Clavero, 2014). Las consecuencias de este proceso no son leves, incluso para la imagen internacional de España. El 13 de noviembre del año 2013, el Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU le recordó a España su obligación para dar respuesta a los 114.000 desaparecidos de la guerra civil y del régimen de Franco (1936-1975). Pues el Estado español es, después de Camboya, el segundo en número de personas desaparecidas tras una dictadura (Piris, 2015).

Pero, más que nada, se dio ese proceso español a través del olvido promovido desde el poder y la desmemoria generalizada. Si bien todo eso ha entrado en una fase de descrédito, dentro y fuera de España, sintetizada así y de manera precisa por el filósofo Reyes Mate (Reyes Mate, 2009, p. 151):

«Si la memoria cotiza al alza, el olvido lo hace a la baja. Ya no `venden´ modelos del olvido. Este cambio es particularmente visible en la transición

política española. Si hubo un tiempo en que fue vista, dentro y fuera, como modélica, ahora las que interesan son aquellas como las de Chile, Argentina o Sudáfrica, que se hicieron bajo el signo de las Comisiones de la Verdad. Eso es lo que se lleva.»

Por eso la memoria histórica es incómoda para ciertos sectores políticos e ideológicos por varias razones: a) porque mira las cosas desde la perspectiva de las víctimas y sus derechos, y además procura no hacer concesiones en ese ámbito b) sitúa a los victimarios ante la realidad de lo que hicieron y sus propias responsabilidades c) es un antídoto contra la impunidad de los crímenes y delitos cometidos.

En realidad, comparte la memoria histórica con la disciplina académica de la historia ese análisis de lo acontecido con pruebas, documentos y testimonios, pero a la vez añade esa tríada ética del combate a la impunidad, la batalla por los derechos de las víctimas y la denuncia de los responsables o victimarios; el historiador español del Derecho Bartolomé Clavero la ha definido así (Clavero, 2013, p. 18):

«¿Qué entiendo por memoria histórica? La historia sin más, sólo que con la particularidad que ha de contrarrestar y desplazar la ficción que, intentando aún pasar por tal, por historia, sigue todavía a estas alturas, al servicio de la impunidad. Memoria histórica es el conocimiento de la historia que interese o deba interesar a la justicia en la sociedad y en la conciencia de la ciudadanía, el objetivo más digno que la historiografía profesional pueda tener.»

Ya el primer proyecto serio de la modernidad en lo tocante al Derecho penal, con su enorme influencia a través de los siglos, el del ilustrado Marqués de Beccaria en el siglo XVIII, declaró incompatible la impunidad con la justicia, se opuso a las medidas de gracia (les llamó «lisonja de la impunidad») y abogó por (Beccaria, 1983, pp. 114-116 y 145):

«La eliminación de las esperanzas de impunidad, cuyo daño se incrementa con la atrocidad del delito.»

Fue el propio Beccaria el que puso en conexión los delitos atroces con la memoria, al definirlos como los:

«que dejan una prolongada memoria en los hombres cuando están probados»
y «no merecen ninguna prescripción a favor del reo que se ha sustraído con la fuga.»

No es aventurado enlazar esta cultura jurídica de la Ilustración con la de la memoria histórica, pues esta desemboca, con respecto a los crímenes imprescriptibles y otros, o bien en la exigencia de la imputación de las responsabilidades jurídicas o bien, esto es nuevo con respecto al pensamiento de Beccaria, en una justicia transicional que, como sucedió en Sudáfrica, organice Comisiones de la Verdad para el esclarecimiento de los delitos cometidos y para fijar el conocimiento de las posiciones de las víctimas y sus victimarios. En cualquiera de los dos supuestos que, a veces, van unidos, se impone la reconstrucción de los hechos delictivos del pasado o, si se prefiere, de la verdad. Y no se piense que esta nueva forma de hacer justicia, la transicional, es una suerte de bálsamo de Fierabrás de *El Quijote* o una poma-da curalato, una panacea, sino que también puede hacer surgir notorios inconvenientes o escollos en orden a dejar las cosas en su debido sitio jurídico. Veronica Barolsky fue miembro de la Comisión para la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica. Organismo de prestigio internacional, fue muy importante, a juicio de Barolsky, para lograr un acercamiento crítico y realista de la sociedad civil a lo acontecido durante el régimen del apartheid. Las audiencias fueron televisadas y el gran público conoció en directo los testimonios de las víctimas. No obstante, Barolsky desvela los excesos y desmesuras cometidos en determinados aspectos, como el del intercambio de amnistías por el reconocimiento expreso de los delitos cometidos, proceso para el cual estaba capacitada la sudafricana Comisión de la Verdad (Salgar, 2015). Y critica la ilusión de una imagen de conflicto ya cerrado, acabado, con el deslinde de las verdades sobre los crímenes habidos:

«En realidad, el pasado continúa teniendo un enorme impacto en el presente, lo configura en buena medida. Eso es inevitable y perdura por lo menos durante una generación. Así que el posconflicto se vuelve una especie de mitología nacional, algo en lo que la gente necesita creer, pero la gente no está viendo de manera realista cuáles son los retos y cómo han sido configurados por el pasado. Si uno cree que el pasado se acabó y comienza un nuevo capítulo, está muy equivocado.»

Reflexión de Barolsky que tiene también sus derivaciones en el conflicto y el posconflicto de Colombia hasta hoy mismo. Llama la atención el abuso, la inflación, de la palabra e idea del «posconflicto» cuando, a la hora de escribir estas líneas, no se han cerrado las conversaciones de La Habana que las FARC han puesto en peligro con sus insensatos atentados mortales del Cauca en abril del año 2015, no se han entablado unas relaciones claras y oficiales con el ELN, la segunda guerrilla en cuanto a su capacidad militar, y la experiencia habida con la desmovilización de los paramilitares ha dejado unos graves huecos de impunidad y peligro delictivo en la sociedad y en el conjunto del sistema constitucional colombiano. Claro que todo esto

no es incompatible con que haya también necesarios estudios sobre la financiación de una posible nueva avenencia, el sistema de inversiones o la construcción de un sistema de seguimiento para la misma, lo que requiere esa situación de paz, legal e institucional, previa; tal y como lo ha escrito en su informado libro de Ediciones B Jairo Morales Nieto *¿Qué es el posconflicto?* (Morales Nieto, 2015).

Con todo, hay dos reflexiones de Barolsky que atañen de modo directo a Colombia. Una, que es insuficiente el rescate de la verdad si no se atacan las raíces profundas de la conflictividad, que son la pobreza y la desigualdad económica. La Comisión de la Verdad dejó a un lado ese enorme problema, se conformó con garantizar el derecho de propiedad de los miembros del Partido Nacional (los viejos partidarios del *apartheid*) y hoy en día esas son «las grietas del pasado» que no se han recompuesto hasta el momento; grietas por las que se cuelan la ausencia de trabajo remunerado y digno, el desempleo, la criminalidad o los inaceptables grados de violencia que se dan en Sudáfrica. Sobre poco más o menos, ídem de lienzo puede predicarse de Colombia; República a la que Barolsky se permite, con conocimiento de causa, aconsejar en esta dirección (Salgar, 2015):

«Buscar soluciones propias para sus problemas propios. No estar presionados por la comunidad internacional. No importar modelos internacionales de manera acrítica. Y, quizás, hacer ahora negociaciones más duras, para no quedar con asuntos inacabados en el futuro, como nos sucedió a nosotros.»

Estos son, desde luego, problemas estructurales de la paz para Colombia; pero retornemos al surgimiento conceptual de la memoria histórica y a la cultura jurídica que le sirve de soporte. La anterior mención de Beccaria y su crítica a la impunidad de los delitos atroces es cualquier cosa menos un adorno erudito. Este autor es el motor de arranque iusfilosófico del garantismo de Luigi Ferrajoli, quien ha partido también de la nueva situación internacional creada después de la Segunda Guerra Mundial. La Carta de la ONU, aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945, y luego la Declaración Universal de derechos del hombre, decisión de la Asamblea General de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, generan un nuevo Derecho Internacional, un *ius cogens*, es decir unas normas que son inmediatamente vinculantes para los Estados miembros. El imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos de toda esta nueva cultura jurídica, sitúa como sujetos de este sistema internacional ya no sólo a los Estados, sino también a los individuos y a los pueblos. Ahora no es algo impensable el recurso de un ciudadano contra su propio Estado en una jurisdicción internacional, cosa que hasta la aparición de la ONU fue algo increíble, sino que ese supuesto pronto se volvió algo común y es hoy un fenómeno *in crescendo* (Ferrajoli, 2010, pp. 144-147).

La República de Colombia apoyó a los EE.UU en la última conflagración mundial y hasta participó en la guerra de Corea como parte militar de ese frente anticomunista. No obstante, durante la Segunda Guerra, hubo no pocos simpatizantes de los nazis en el seno de las Fuerzas Armadas colombianas y el coronel Gustavo Rojas Pinilla, luego Presidente de Colombia, llegó a estar fichado por los servicios secretos norteamericanos, en concreto por el Comando de Inteligencia y Seguridad del Ejército de los USA, pero también era sospechoso por lo mismo para el FBI, como posible agente de los nacionalsocialistas alemanes a las órdenes de Hitler (Galvis y Donadio, 2002, pp. 94-95).

Una vez derrotada Alemania, el nuevo orden internacional fue bien aceptado por la República de Colombia que, incluso, se hizo famosa por algunas de sus posturas avanzadas en los nuevos organismos de la ONU y en las relaciones internacionales. Bajo el impulso de Alfonso López Pumarejo, un liberal de redaños y un hombre de fuertes convicciones democráticas, Colombia se opuso al derecho al veto de las grandes potencias en el Consejo de Seguridad y en otras actuaciones, por partir del principio jurídico internacionalista de la igualdad entre los Estados. En ese plano internacional, Colombia suscribió la Convención contra el genocidio de 1948, los Pactos de 1966 sobre protección de derechos humanos y derechos sociales, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Justicia (aunque no entró en vigor hasta 1978) y se adhirió al establecimiento de la Corte Penal Internacional en 1998 (Calle Meza, 2014, pp. 628-635).

Esta conducta de avanzada en el respeto de los derechos humanos en el orden internacional, se vio contradicha, durante todo el siglo XX, por la agresión constante de los mismos y la producción de crímenes atroces a gran escala, que perjudicaron a millones de personas; tropelías a las que no fueron ajenos los poderes públicos del Estado colombiano. Y no cabe atribuir de manera genérica todo esto al «conflicto» o guerra con las guerrillas, o no sólo, pues los abundantes estados de excepción o sitio, vinieran o no a cuento pero convertidos en hábito presidencial, las arbitrariedades en el uso de la fuerza, las ilegalidades premeditadas, la falta de sujeción del poder al derecho, la deficiencia estructural de un pluralismo político bien temperado que permitiera la participación democrática más allá del bipartidismo obligatorio, las ideas políticas críticas y diferentes arrojadas extra muros del sistema cuando no perseguidas a sangre y fuego, también echaron su cuarto a espadas en la creación de esa situación terrorífica; de ese auténtico Averno sudamericano, cuyas llamas fueron también alimentadas por el narcotráfico y el paramilitarismo desde los años ochenta.

Con esa dualidad, progresista en la política exterior y la fábrica de una violación constante de los derechos humanos en el interior, se entenderá la difícil y pausada entrada del *ius cogens* -del que hablaba Ferrajoli- procedente del

Derecho Internacional en el seno del sistema constitucional colombiano. No parece exagerado sostener, con una metáfora cinematográfica, que ha sido un proceso a cámara lenta el que ha dado lugar a la incorporación en la argumentación constitucional colombiana de los principios internacionales de verdad, justicia y reparación con respecto a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos.

Hay que hacer constar que en la propia sociedad civil de Colombia se produjeron cambios intelectuales y éticos de profundo calado, más o menos al mismo tiempo; a fines de la década de los noventa del siglo XX e inicios del XXI. El libro *El olvido que seremos* y la trayectoria de su autor, Héctor Abad Faciolince, son un nítido síntoma de lo que aquí se quiere expresar; pues Abad Faciolince tuvo que refugiarse en Italia desde 1987 a 1992, debido a las amenazas contra su vida emitidas por el terrorismo de los paramilitares. El libro está dedicado a otros dos supervivientes por los mismos motivos, el artista Alberto Aguirre y el magistrado Carlos Gaviria, cuya obra y sentencias, las de este último, bien pueden ser muestra de esta nueva cultura colombiana promotora de un pluralismo constitucional en todos sus aspectos. El libro narra, con una fuerza increíble, el asesinato por la ultraderecha armada de Héctor Abad Gómez, médico y padre del escritor de la obra. La agresión a los derechos humanos del paramilitarismo, el carácter planificado y nada espontáneo de sus asesinatos, quedan así mismo muy al descubierto desde la concienzuda pluma de Héctor Abad Faciolince (Abad Faciolince, 2007). Sucesos que han tenido su repercusión ya que, hasta que se han dado a conocer al gran público estos desmanes criminales de la ultraderecha, buena parte de la sociedad estaba dispuesta a creer que el paramilitarismo era un mal menor con respecto a la guerrilla o que los paramilitares eran una suerte de defensores de la propiedad privada agrícola.

Ese ensayo de Abad Faciolince también pertenece a ese género de la memoria histórica mundial del que nos hablaba, en párrafos anteriores, el historiador español Julián Casanova; forma parte de las publicaciones de las últimas décadas de esos hombres y mujeres que, contra la cobardía de sus patrias, han liberado las mentes de sus pesadillas y, con ello, nos han emancipado del terror a todos nosotros (Casanova, 2015).

En el plano más estricto de las variaciones jurídicas en la cultura constitucional de Colombia, tanto el profesor Rodrigo Uprimny (2015) como el penalista e investigador Eduardo Matyas Camargo (2012, pp. 17-42), coinciden con las fuentes del presente trabajo en señalar que el punto nodal, el momento crucial con respecto a los derechos de las víctimas en Colombia, se produce con el giro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ya no se conforma con la reparación puramente económica de las víctimas, sino que amplía sus derechos

procesales con la finalidad de encontrar la verdad de lo sucedido y contribuir a la realización de la justicia, lo que se concreta en los tantas veces invocados derechos a la verdad y a la justicia. Ese vuelco transformador de la jurisprudencia constitucional colombiana tiene lugar ya, aunque antes hubiera habido atisbos de ello en algunas sentencias y anuncios en votos particulares de algunos magistrados, en pleno siglo XXI.

Hasta el año 2000, más o menos, la Corte Constitucional de Colombia estuvo muy dividida pero mantuvo la tesis tradicional de recluir las aspiraciones de las víctimas en tanto que una pretensión de mero carácter patrimonial. Desde el año 2001, este órgano colombiano tiene en cuenta la sentencia de la Corte Interamericana por el caso de Barrios Altos del Perú. Decisión muy relevante, pues la Corte Interamericana concluyó que la amnistía otorgada en el Perú era contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, pese a que ese país se había comprometido a reparar materialmente a las víctimas. La Corte Interamericana sentenció que era insuficiente el interés o derecho material satisfecho y abogó por una reparación más integral que comprendiera el derecho a la verdad y el derecho a la justicia (Uprimny, 2015). Decisión que reitera o reproduce, algo de la máxima importancia para Colombia, el viejo pensamiento ilustrado recogido por el garantismo de la ilicitud de las amnistías, y más de las autoamnistías, como verdaderas lisonjas de la impunidad.

Todo lo cual, el peso del *ius cogens* en el sistema constitucional colombiano deviene, de cierto, algo trascendental: a) porque, caso de darse la puesta en práctica de una justicia transicional en el proceso de paz, habrá que resolver la contradicción existente, y bien señalada por la Corte Interamericana, entre la amnistía e indultos de los victimarios y los derechos de las víctimas en el sentido de esa reparación más integral b) dado que ya ha variado la percepción de la Corte Constitucional en el sentido de adecuar y limar rugosidades entre las tradiciones del garantismo del proceso penal, el cual mira ante todo por la defensa de los derechos del procesado, hasta del victimario imputado, y las nuevas pretensiones procesales y penales de las víctimas.

Como síntesis de la doctrina cardinal del *ius cogens* del estatuto de las víctimas que parte del Derecho Internacional y se proyecta en el sistema constitucional colombiano, figura la Resolución 60/147 de la Asamblea General de la ONU, adoptada el 16 de diciembre del año 2005, en lo tocante a los principios y directrices básicos sobre los derechos de quienes han sufrido las violaciones de las normas internacionales de los derechos humanos y las del derecho internacional humanitario:

«A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo

sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término 'víctima' también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.»

La consideración de víctima será independiente de si se ha localizado, identificado, juzgado o condenado al autor de la violación, y de si existe una relación familiar entre victimario y víctima. A continuación, el documento de la ONU esboza una serie de titularidades de derechos, que en otro momento podrán ser comentados, con respecto al derecho interno colombiano, en el apartado correspondiente de este trabajo.

SEGUNDA PARTE

La crítica de la impunidad, algunos límites colombianos de la justicia transicional y las metas éticas universales propuestas por Gustav Radbruch.

El historiador español Bartolomé Clavero ha estudiado la formación, capacidad y límites de la acción de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (CHCV), compuesta por doce expertos y dos relatores, trece hombres y una mujer, todos ellos académicos y a su vez nombrados por las partes negociadoras de las conversaciones de La Habana, entre la guerrilla de las FARC y el gobierno colombiano (Clavero, 1. 3. 2015). Sigue a Jefferson Jaramillo, autor del libro *Pasados y presentes de la violencia en Colombia. Estudio sobre las Comisiones de Investigación (1958-2011)*. Donde se recuerda que las comisiones oficiales de indagación no son nada nuevo en Colombia, comenzaron en 1958, en un principio de composición nada imparcial, eclesiástica y militar, para evolucionar después hacia comisiones de estructura más bien académica como la actual CHCV. Clavero tiene un duro juicio sobre el balance de esta experiencia:

«Colombia es especialista, desde mediados del siglo pasado, en comisiones de investigación sobre acontecimientos cruentos que no sirven ni para esclarecer hechos ni para determinar responsabilidades. Esta última no es una excepción.»

Si prolongamos los razonamientos de Bartolomé Clavero, en Colombia hoy se manifiestan, entre otras, dos conciencias, que algunos, más literatos, llaman relatos y otros narrativas. Una, la de la guerrilla, que adjudica la violencia y

sus víctimas al conflicto, al Estado en su conjunto y a la economía, como si las armas no fueran utilizadas por seres humanos bien individualizados y concretos; y como si éstos, las personas armadas, no recibieran órdenes de otras superiores o dirigentes. Ese es un camino que se abre hacia la impunidad y la neutralidad de las responsabilidades. La otra conciencia, la del gobierno y adláteres, tampoco le hace ascos a las explicaciones de corte general amparadas en la política, la economía y el Estado. Y, más allá de estas dos conciencias, el Estado no es inocente, pero tampoco culpable; no todo él está sometido a la criminalidad, y en las instituciones los hay culpables (los de los «falsos positivos», por ejemplo) e inocentes y sanos cumplidores del deber, con y sin uniforme.

No es cierto que la inquietud por la impunidad y sus dosis sea un reclamo exclusivo de la derecha de Colombia. De los seguidores de Álvaro Uribe Vélez quienes, por cierto y cuando tuvieron el poder político en su mano, dejaron impunes no pocos crímenes y criminales con la desmovilización del paramilitarismo. Críticas como la de Bartolomé Clavero no tienen nada de conservadoras. Y si nos situamos, una vez más en la perspectiva de las víctimas y sus derechos, veremos que estos son bastante incompatibles con una criminalidad inmune e ignota, porque, antes que nada, ha de reconstruirse la verdad de lo acontecido.

No es nada fácil el equilibrio entre la retribución o castigo, reservado a los delitos atroces, y el cuidado de los derechos de las víctimas. El profesor Rodolfo Arango lo ha intentado y ha demostrado que, en el caso de Colombia, tampoco sirven los razonamientos puros, propios de un laboratorio social universitario o de un aislado y político despacho. Hay impurezas e imperfecciones en el proceso pacificador y es mejor, desde ahora, contar con ellas y acotarlas todo lo que se pueda. En primer lugar, hay que calibrar algo muy sutil sobre la conciencia de las víctimas, pues como dice Arango (Arango, 2015):

«Las víctimas exigen un mínimo de justicia a cambio de un máximo de verdad y una razonable reparación con garantías de no repetición.»

Esto quiere decir que las exigencias son moderadas y plausibles; y, si todo apunta hacia esa situación como parece, no hay en ese sector ninguna intransigencia indebida ni predominan los deseos de venganza disfrazados de retribución. Más problemático, como siempre en este tema, es el sesgo que toma la propuesta de Arango en lo tocante a la justicia transicional de los dos bandos en pugna: a) que se extiende hacia el indulto posible, o los beneficios penales, de los altos funcionarios políticos y militares del Estado colombiano responsables de la comisión de delitos con motivo del conflicto armado b) y pretende facilitar el cumplimiento de las penas en el extranjero de los

dirigentes guerrilleros que hubieren promovido delitos atroces; en Cuba por ejemplo, o bien realizar un confinamiento, cuyo tiempo contabilice como realización de la pena, en zonas geográficas de desmovilización (lugares ideados también, dicho sea de paso, por el expresidente Uribe). Y, como telón de fondo, debería sellarse un necesario acuerdo con los EE.UU para que cesasen las extradiciones de los miembros de dos bandos y se estudiaran y encauzasen las ya realizadas.

Arango no está ciego ante las dificultades; plantea en su proyecto que no se repita el exterminio de la Unión Patriótica (y sus dos mil víctimas), que habían dejado las armas y se encontraron con la muerte planificada. Recomienda por eso una reincorporación gradual y paciente de los guerrilleros a la vida política; y que no entren de sopetón público en los partidos políticos ni los formen nuevos de inmediato: es decir, que no se de ningún precipitado paso en esa dirección antes de una reinserción definitiva.

El profesor Arango así mismo rechaza, y estas líneas con él, tanto una reforma constitucional como las «ansias constituyentes» de las FARC. Con una juiciosa condición:

«Sólo si en el transcurso de la etapa de consolidación de la paz no se verificaran efectivamente los cambios de fondo necesarios para arribar a una paz estable, se abriría la opción de una constituyente.» Esto no significa que aquí se comparta al cien por ciento lo que sostiene el profesor Arango. Tienen estas reflexiones el indudable mérito de su realismo y empirismo cuando muchas veces no se dicen sino generalidades. Pero, por ejemplo, la concentración de guerrilleros desarmados en zonas regionales predeterminadas es algo que lleva consigo notorios riesgos de seguridad para quienes hayan abandonado la violencia. Y los precedentes históricos no alientan, de cierto, esa medida.

Cuerdo y generoso es el artículo de Rodolfo Arango. Pero resta ahí el problema de fondo y es el de los crímenes atroces e imprescriptibles del Estado y las FARC, y si estos pueden ser susceptibles, o no, de lenitivos jurídicos que suavicen las condenas. El asunto, en la historia del pensamiento jurídico, no es nuevo. Hay una línea de argumentación en el seno del garantismo que parte de la posición de Beccaria con su innegociable exigencia de castigo e imprescriptibilidad de los crímenes atroces. En prolongación de ese razonamiento, fueron la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto, como principal secuencia del ejercicio de la memoria histórica, las circunstancias detonantes que explican la producción de un ideario tan ejemplar como el de Gustav Radbruch y tan emparentado con el éxito del *ius cogens* de las leyes internacionales en el ámbito de los derechos humanos.

No está de más, por tanto, la rememoración de todas estas reflexiones formuladas recién terminada la Segunda Guerra Mundial. Con respecto a las amnistías y las autoamnistías, Gustav Radbruch se preguntaba con justeza (Radbruch, 1974, pp. 171-180):

«¿Nos consideramos obligados, todavía hoy, a dejar impune un acto punible por el hecho de que se halle amparado por una amnistía mediante la cual el partido encaramado en el poder declaró sustraídos a la acción penal los actos criminales perpetrados por él mismo?».

Razonamiento de pleno alcance en la actualidad. Tanto para recordar que esa es la médula ética espinal de la sentencia a favor de los derechos de las víctimas de la Corte Interamericana en el caso de Barrios Altos del Perú, como para precisar que esa misma es la esencia de la injusticia cometida por la española Ley de Amnistía de 1977, contradicha, además, por la normativa de la Constitución de 1978 que prohíbe a la Jefatura del Estado suscribir esas medidas generales de indulto.

Sobre el nacimiento de un nuevo *ius cogens*, a raíz de los juicios de Núremberg, Radbruch realiza dos meditaciones que puede ser algo positivo volver a exponer:

A) «Es verdad que la obra realizada en el juicio de Núremberg no pasa de ser un comienzo. Las innovaciones que este proceso ha introducido en el campo del Derecho internacional sólo se confirmarán y revalidarán como tales siempre y cuando que en lo futuro sean aplicadas no por un tribunal militar de las potencias vencedoras contra los gobernantes y los súbditos de un Estado vencido, sino por un auténtico tribunal internacional contra delincuentes no vencidos y poderosos.»

Tribunal internacional contra delincuentes poderosos que es una de las metas no cumplidas, sino en pequeña porción, del formidable pensamiento universalista de Gustav Radbruch.

B) «El juicio de Núremberg ha desplegado inexorablemente –y con el ejemplar espíritu objetivo de la justicia anglosajona–, ante quienes no se empeñen en taparse los ojos, el espantoso cuadro del derrumbamiento de un Estado basado en la negación del Derecho.»

Todo lo expuesto trajo consigo una renovada obligatoriedad del Derecho Internacional, no sólo para los Estados sino también para los gobernantes y la ciudadanía en general; así como un enriquecimiento de las nuevas figuras de los crímenes de guerra y la introducción de los delitos de lesa humanidad.

Con respecto al Derecho universalista de Radbruch se desató una gran polémica, máxime si se tiene presente que él había sido uno de los mejores adalides del positivismo jurídico (Radbruch, 1934, pp. 105-110). Cuando sostenía que su relativismo filosófico tenía como consecuencia lógica la adopción del positivismo jurídico. Pero si retenemos la fecha de la publicación de este escrito, 1934, cuando los nazis ya tocaban el poder, y que vio la luz en francés y en Francia, podemos deducir que era justa su inquietud por los acontecimientos políticos:

«...si una opinión pretende ser absolutamente válida y, por ese motivo, obtener o retener el poder sin ninguna consideración por la mayoría, es preciso combatirla con sus propios medios, no solamente a través de las ideas y la discusión, sino también mediante el poder del Estado.»

Esto es, mediante la coerción estatal y ninguna tolerancia, de la que está excluida toda opinión que pretenda ser absoluta. Hasta entonces y así, el naciente régimen de Hitler era para Radbruch una cuestión de aplicación firme y coercitiva de la legalidad democrática para dejarlo fuera del sistema parlamentario. Fue la guerra y el Holocausto lo que cambió todo y explica el paso de Radbruch desde el positivismo hasta el Derecho universal y supralegal en sus propios términos. Fue muy criticado en su día por iusnaturalista, por creer en un derecho superior al positivo y por su incoherencia con sus anteriores posiciones. Su defensa del Derecho creado con los juicios de Núremberg fue tildada de contraria al principio de irretroactividad de las leyes penales y al brocardo *nulla poena sine proevia lege*. Radbruch reaccionó contra ese reproche con el argumento de no existir todavía un Derecho penal codificado contra los crímenes de guerra y de lesa humanidad, sino un Derecho judicial generado a partir de Núremberg. Además, negaba la categoría jurídica a las leyes nazis y sostenía que constituían un no/Derecho o -en sus propias palabras «la negación del Derecho mismo» (Radbruch, 1974, pp. 171-180). Por mucho legalismo, proseguía Radbruch, que se invoque, no se pueden considerar legales las sentencias de los tribunales nazis que condenaban a muerte, por alta traición, a quienes escuchasen emisoras extranjeras (ni válidas las denuncias que iniciaron tan repugnantes procesos); y tampoco admite Radbruch como Derecho vigente del Estado nazi los actos de confiscación de las propiedades de los judíos. Según estos paradigmas de Radbruch, el axioma positivista jurídico de la ley es la ley no ampara las decisiones antijurídicas del Estado de Hitler, a las que también llamó Derecho injusto.

Visto hoy Radbruch, desborda la estrechez de un positivismo jurídico recluso en un encastillado Estado-nacional y un rígido sistema de fuentes en el que predomina siempre la ley de cada Estado. La situación internacional es mucho más compleja y ya no se puede hablar de soberanía en el mismo sentido que en los años cuarenta del siglo XX. Por demás, el tiempo le ha dado la razón a

Radbruch en lo que respecta a la consolidación del *ius cogens* a partir de las normas internacionales. Siempre y cuando se le critique también lo exagerado de sus últimas reacciones contrarias al positivismo jurídico como una doctrina peligrosa para las libertades, y así lo ha explicado, con puntería intelectual, el iusfilósofo español Ricardo García Manrique (García Manrique, 2007, p. 142):

«La tesis crítica de Radbruch (‘el positivismo ayudó al nazismo’) es falsa si por positivismo se entiende ‘positivismo jurídico metodológico’ (solo el derecho positivo y todo el derecho positivo, es derecho) y verdadera si por positivismo se entiende ‘positivismo jurídico ideológico’ (el derecho positivo debe ser obedecido).»

Por demás, el sistema jurídico del régimen de Hitler tenía mucho de iusnaturalista; un Derecho superior a toda ley, apoyado en una concepción racista y nacionalista de la sangre, la honra y la eugenesia. Con una actuación de los jueces bien poco legalista o si se prefiere poco normativa, que se extraía más bien de conceptos jurídicos indeterminados al servicio de una idea suprapersonalista y étnica del bienestar del pueblo alemán (Lacasta Zabalza, 2013, pp. 108-109).

TERCERA PARTE

Perspectivas y límites: Víctimas «de facto» y víctimas «de iure» en el panorama constitucional de Colombia

Esas distinciones y tensiones entre iusnaturalismo y positivismo ya no tienen en nuestro tiempo el sentido que poseían en vida de Gustav Radbruch. Para empezar, su sistema jurídico ya no es el mismo y su organización de las fuentes del derecho tampoco. Aunque pervive la cultura jurídica de su legalismo, ya no se puede definir como lo hacía, certero, el propio Radbruch (Radbruch, 1974, pp. 120-123) :

«El positivismo jurídico es la corriente de la ciencia jurídica que cree poder resolver todos los problemas jurídicos que se planteen a base del Derecho positivo, por medios puramente intelectuales y sin recurrir a criterios de valor.»

Lo cual choca con los principios aquí reiterados de verdad, justicia y reparación como inspiradores efectivos de los derechos de las víctimas. Que son, desde luego, criterios de valor, pero pueden transformarse en principios vinculantes de las sentencias muy positivas, y obligatorias, de la Corte Constitucional de Colombia o de la Corte Interamericana.

Ya no es el Parlamento el órgano soberano de antaño, la última palabra de la ley, ni ésta es la fuente suprema de la producción jurídica. Quizá las tesis de Hans Kelsen sean la última expresión temporal y conceptual de ese viejo constitucionalismo (Prieto Sanchís, 2003, p. 118). La Constitución como norma suprema y la sumisión de todos los poderes públicos a la misma, ha alterado el viejo concepto de la soberanía parlamentaria (Calle Meza, 2000, pp. 171-208). Ahora, según Manuel Atienza, se ha pasado del paradigma del Estado legalista al del Estado constitucional, cuando el legislador racional ya no puede prescindir de la Constitución normativa. Y las leyes deben acomodarse al contenido de la justicia de la Constitución, que no es otro que el de los derechos fundamentales de la misma (Atienza, 2006, pp. 42-45). Justicia material y formal de la que forma parte insoslayable, se añade aquí, el *ius cogens* que también inspira los derechos de las víctimas.

Así que la condición de víctima en Colombia ya no viene dada por la estrechez jurídica de la pura soberanía estatal o por las leyes internas, sino por el marco internacional de los derechos humanos, el tantas veces citado *ius cogens*, y la propia realidad constitucional así como por su configuración política y social. Y un primer obstáculo general para acotar con precisión los derechos de las víctimas es el de las *medidas* del problema, la desmesura, desproporción que se observa, a simple vista, en cualquiera de las magnitudes que se examinen y le conciernen (número de personas muertas, desaparecidas, detenidas, desplazadas, etcétera). A veces se teme, con fundamento, que lo que se presenta como excepción se hubiera convertido ya en regla. Tomemos el terrible asunto del *desplazamiento forzado*, personas que han sido obligadas, con grave riesgo de sus vidas, a abandonar sus moradas habituales y poblaciones para irse a habitar a las grandes ciudades o a otros lugares de Colombia. Más de seis millones de personas componen ese movimiento humano con todo su cúmulo de sufrimientos incorporados. Y con todas las consecuencias negativas, sobre todo para ellas mismas, pero también para toda la sociedad colombiana, que ha visto cambiar, y no para bien, la faz urbanística de sus aglomeraciones ciudadanas.

Por supuesto, ese es el panorama de fondo de tantas y tantas víctimas cuyo problema está lejos, muy lejos, de resolverse. Y quizá haya que empezar por describir las condiciones existentes con este problema de los desplazamientos. No solo por la cantidad, sino por darle la importancia que merece. Nicolás Rodríguez ha criticado, con toda razón, la tendencia de la sociedad colombiana y sus medios de comunicación a quitarle relevancia, a amortiguar ese movimiento humano que atañe a más de seis millones de seres. Dice que no hay que admitir el refugio de este problema en grandes relatos generales y abstractos que nada significan: como los de conflicto o violencia, o amenaza terrorista. Menos se ha de encajar la explicación de lo sucedido por

la denominación de «tragedia», concepto que transmite una idea de fatalidad, cuando lo real nos dice que hay unas causas y causantes muy precisos; como concretas son las tierras robadas, inscritas a nombre de los usurpadores y nunca devueltas. Si se recurre a metáforas naturalistas que ven en las multitudes ríos, océanos o mares, incluso oleadas, peor que peor, pues cada persona concreta y su familia llevan consigo, además de las ayudas de emergencia (colchones y agua) su propio e intransferible dolor ante el que no cabe el silencio social. Consentir esta situación es una suerte de naturalización de la violencia y no se ha de permitir, bien al contrario de lo que sucede, que los desplazados *pasen de agache* y sin mayores consecuencias por esta vida (Rodríguez, 2015).

El 10 de junio del 2011 se sancionó la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras que tiene como objetivo restituir seis millones de hectáreas a los injustamente despojados. Hasta la fecha, se han dictado 1041 sentencias y se han restituido 94.000 hectáreas, es decir, un 0,34% de la meta fijada. Además, el cumplimiento de esta Ley se ha encontrado con otras dificultades: con las amenazas, y muertes reales, de quienes reclamaron la devolución de lo suyo, con el miedo colectivo, con la lentitud en la ejecución de las sentencias y con la falta de documentación necesaria. Además, ha aparecido la picaresca, los avivatos, o quienes se han proclamado reclamantes y son falsas víctimas. Una demostración más de lo difícil que deviene el restablecimiento de toda la verdad, componente sustancial de derecho de las víctimas, en el proceso de paz colombiano (*El Espectador*, 22. 4. 2015).

Un segundo apartado especial en el tratamiento de las víctimas es el producido por las que lo son de la *desaparición forzada*. Las dimensiones del fenómeno en Colombia escapan a todo lo imaginado; por decirlo con autorizadas palabras de Javier Giraldo, director del Banco de Datos de Derechos Humanos y Violencia Política del CINEP (Centro de Investigación y Educación Popular), la finalidad de esa criminal acción es acabar con la disidencia política (Mendoza, 2015):

«La desaparición forzada en Colombia corresponde a los mismos argumentos de las ejecuciones extrajudiciales, de las torturas, de los montajes judiciales y de las detenciones arbitrarias, porque hace parte de un modelo de represión que busca golpear, disuadir o exterminar a toda esa franja de la población que protesta por algo, que denuncia, que se moviliza y que le apuesta a construir un proyecto de país diferente.»

Giraldo realiza un interesante análisis sobre la evolución del Estado colombiano, siempre excluyente y violento, pero, a partir de las directrices de los USA en su combate a los simpatizantes del comunismo, ensanchó su campo de acción

represiva que alcanzó a estudiantes, sindicalistas, periodistas, campesinos, ambientalistas, objetores del servicio de armas, defensores de los derechos humanos, y todas aquellas personas que no se ajustan a la política oficial y manifiestan una dimensión crítica al poder establecido.

Y todo esto concierne de lleno al estatuto de víctima en Colombia. Pues la desaparición forzada se practica desde la década de 1970, pero hasta el año 2000 no se incluyó en el Código Penal. Con lo que hay ahí una franja enorme de impunidad e incertidumbre. La impunidad, porque ha sido muy difícil que el Estado identificase a los agentes culpables de ese delito o involucrados en el mismo; y la incertidumbre viene dada por la indefinición existencial de la víctima hasta que no aparezcan sus restos:

«En la medida –dice Giraldo– en que se siga negando el delito y los victimarios sigan siendo secretos, la impunidad será la regla.»

En la persecución de este delito hay una confrontación de jurídicas interpretaciones: una, que considera la desaparición forzada un crimen de lesa humanidad y por tanto imprescriptible; otra, con la que concuerdan no pocos juristas prácticos (jueces, fiscales y magistrados colombianos) que considera que los tratados internacionales solamente se aplican si se han proyectado en la legislación interna de Colombia. La conclusión es clara para este delito: la pasividad o inercia de las instituciones colombianas perjudica a las víctimas y sus familias al no poder cumplir el primero de los requisitos de la legislación internacional, que es el logro de la verdad de lo ocurrido. Esto genera una deslegitimación del Estado, a quien las familias de los desaparecidos consideran el primordial responsable del delito. Y, añade Giraldo, esto también produce una intensa solidaridad de la comunidad con los familiares de la víctima pues hay en Colombia localidades, como San José de Apartadó, donde se ha victimizado a casi todas las familias.

Finalmente, y aunque se han producido avances en la reparación de las víctimas concretas del conflicto, también hay serios obstáculos para poner en práctica sus derechos. Ha sido un logro que el auto 119 del año 2013 de la Corte Constitucional haya considerado que las víctimas de las Bandas Criminales (BACRIM) sean tratadas como víctimas del conflicto, y que así accedan a los mecanismos de reparación estatales para garantizar sus derechos. Pero no se entiende muy bien, o no se entiende, por qué la ley 1448 del 2011 decidió acoger como sujetos de derechos a la reparación integral únicamente a las víctimas que sufrieron daños *a partir* del 1 de enero de 1985. Por cuanto así se quedan fuera de esa *restitutio in integrum* muchas de las víctimas y familiares que sufrieron daños debidos al conflicto. Una decisión normativa como ésta, en el plano técnico, es una discriminación con ciertas dosis de arbitrariedad, pues, por ejemplo, un asesinato por

las armas en guerra lo es antes y después del 1 de enero de 1985. Situaciones idénticas no se pueden tratar de distinta manera, según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana; tampoco supuestos de hecho iguales implican consecuencias jurídicas disímiles. Y menos convencen aún las razones dadas por el Congreso de la República, recogidas por la Corte Constitucional en aras de un respeto, excesivo a todas luces, del «margen de configuración legislativa», máxime si quitamos la hojarasca de la argumentación y vemos su núcleo desnudo, que no es otro que el de la *sostenibilidad fiscal*. Concepto este último que no es un principio constitucional propiamente dicho, ni un valor de ese rango, mucho menos un derecho fundamental o un derecho; sino un principio programático o una mera directriz que depende en su aplicación de la mayoría legislativa y gubernamental del momento. En España, esta misma directriz (puesta en marcha contra el Estado social a propósito de la reforma del art. 135 de la Constitución), ha sido calificada, por diversos motivos (entre otros por prescindir del procedimiento normativo de reforma constitucional y sustituirlo por el acuerdo de los dos partidos políticos mayoritarios) como un *estado de excepción* conceptual, ideológico, no previsto en la Constitución (ni en sus normativos estados de alarma, excepción y sitio) que planea contra la idea misma del Estado social (art. 1.1 de la Constitución) (Lacasta Zabalza, 2015). Y en Portugal, el jurista e historiador del Derecho António Hespanha también ha recurrido a esa idea de la *excepción*, propia de Carl Schmitt, para criticar las decisiones jurisprudenciales que restringen los derechos sociales, las prestaciones o pensiones y anulan nada menos que muy esforzados *derechos adquiridos* por el pueblo portugués (Hespanha, 2012).

Pero, si volvemos del Derecho comparado de Portugal y España al sistema constitucional de la República de Colombia, habrá que consignar que, en el caso de colisión, que la hay, entre la directriz de la sostenibilidad, y un derecho fundamental, que lo es, de las víctimas a su íntegra reparación si se refiere a los daños recibidos antes del 1 de enero de 1985, tendrá que prevalecer, como en toda ponderación, el derecho fundamental de las víctimas. Otra cosa será establecer un orden de prioridades económicas o listas de espera si proceden y en aras de una racional redistribución financiera. Máxime si la integral reparación se desprende, como efectivamente lo hace, no de criterios financieros sino del principio constitucional de la *dignidad de la persona*.

CONCLUSIONES

1. El concepto jurídico de *víctima* se despliega, en la cultura jurídica occidental del siglo XX, en estrecha relación con el de *memoria histórica*, hasta el punto de que este último constituye un pilar básico de los sistemas de reconocimiento de los derechos de las víctimas, por su conexión con la verdad y la justicia.

2. La memoria histórica busca eliminar «la ficción que pasa por historia al servicio de la impunidad». Es «el conocimiento de la historia que debe interesar a la justicia en la sociedad» y «el objetivo más digno de la historiografía profesional», tal como lo precisa Bartolomé Clavero. Los orígenes de la memoria histórica se remontan a la Ilustración y al pensamiento de Beccaria quien estableció sus nexos con los delitos atroces al definir estos como los que dejan una prolongada memoria en los hombres y son imprescriptibles. Ese pensamiento constituye el motor del garantismo de L. Ferrajoli, iusfilósofo que, a su vez, parte de la nueva situación internacional creada después de la Segunda Guerra Mundial.
3. El nuevo derecho internacional, generado con la Carta de la ONU de 1945 y con la decisión de su Asamblea General del 10 de diciembre de 1948, sitúa como sujetos del mismo no solo a los estados sino también a los individuos y a los pueblos. De esta forma se produjo un cambio trascendental pues dejó de ser excepcional el recurso de un ciudadano contra su Estado. Así se ubicó a la víctima en el centro del ordenamiento internacional.
4. El ingreso y aceptación del *ius cogens* en el sistema constitucional colombiano ha sido muy lento pese a que en el plano internacional este país se ha ubicado tradicionalmente en la línea de la protección de los derechos humanos. Sin embargo, a nivel interno la transformación de la sociedad y de su sistema jurídico se inicia sólo hasta los años noventa del siglo pasado y se materializa, en cuanto a las víctimas, en el siglo XXI. El punto nodal con respecto a los derechos de las víctimas se produce con el giro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ya no se conforma con la reparación económica sino que amplía los derechos procesales de las víctimas a la verdad y a la justicia. Lo que tiene lugar en el 2001 cuando la Corte modificó su tesis tradicional con apoyo en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos del Perú. En esta decisión se declaró a la amnistía otorgada en el Perú contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, a pesar de que ese país se había concedido una reparación económica a los afectados.
5. Los conceptos de víctima y de memoria histórica están en el centro del debate sobre la *Justicia Transicional* y de uno de sus componentes fundamentales, las Comisiones de la Verdad -la instaurada en Suráfrica es paradigmática- para el esclarecimiento de los delitos cometidos y para fijar el conocimiento de las posiciones de las víctimas y sus victimarios. El rescate de la verdad en procesos de Justicia Transicional es insuficiente si no se atacan las raíces profundas de la conflictividad, la que subsiste en Suráfrica en términos de injusticia social. Esta conclusión es especialmente aplicable al Estado colombiano, cuyas negociaciones con las FARC deberían comprenderse en sus exactas dimensiones. Esto es, como un primer paso del proceso de construcción de paz que exige la superación

de los múltiples factores estructurales y culturales del conflicto interno. Proceso de paz cuya mayor o menor eficacia depende en gran medida de las bases que se establezcan en los acuerdos actuales respecto a la memoria histórica y a los derechos de las víctimas. Y no sólo en cuanto a la responsabilidad de las FARC, que es absolutamente nuclear, sino a la de todos los actores históricos del conflicto interno tales como el propio Estado (y sus tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

6. En el siglo XX, Colombia se caracterizó por la agresión constante a los derechos humanos que perjudicaron a millones de nacionales y cuya responsabilidad no fue exclusiva de las FARC sino también de los poderes públicos. Por cuanto los constantes estados de excepción, convertidos en hábito presidencial con la complicidad del Legislativo y del Judicial, así como las arbitrariedades en el uso de la fuerza, las ilegalidades premeditadas, la deficiencia estructural de un inexistente pluralismo político, la persecución a sangre y fuego de las ideas políticas críticas que fueron expulsadas del sistema social, contribuyeron decididamente a la creación de ese Averno suramericano que ha sido, y es todavía en un grado elevado, este país.
7. Lo sucedido en la transición española también ilustra ejemplarmente el análisis del proceso colombiano. En España los poderes públicos promovieron el olvido y la desmemoria generalizada mediante normas de punto final e impunidad. La Ley de amnistía de 1977, actualmente vigente pese a su contradicción con la Constitución de 1978, que prohíbe las amnistías, exoneró a los responsables de los crímenes de la dictadura franquista. Asimismo, es bien conocida la resistencia de los poderes públicos españoles a realizar un ajuste de cuentas con ese pasado. Y las reformas legales sobre memoria histórica han sido muy tímidas y sin respaldo presupuestal, de forma que son las propias víctimas, desde su iniciativa privada mediante asociaciones, quienes todavía buscan en las cunetas de toda la península ibérica a sus desaparecidos (114.000 según el Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU). Esa deficiencia de la transición española en cuanto al señalamiento y sanción de los culpables de delitos atroces no ha sido inocua. Por el contrario, favoreció una cultura de impunidad que ha corroído los cimientos de la sociedad y ha llegado hasta los tiempos actuales en los que la corrupción política campea a sus anchas por el país ibérico.
8. La creación en Colombia de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (CHCV) responde a una larga tradición pues las comisiones oficiales de indagación de las causas de la violencia comenzaron en 1958, aunque realmente no han servido para determinar responsabilidades. Actualmente existen dos conciencias sobre lo ocurrido en este país, por un lado, la guerrilla que hasta hace muy poco ha atribuido la violencia y sus víctimas al conflicto, al Estado y a la economía, sin asumir directamente responsabilidades individuales ni grupales.

Por otro lado, los sucesivos gobiernos también se han amparado inveteradamente en explicaciones generales sobre la política, la economía y el Estado. Estas narrativas construyen el camino hacia la impunidad y a la neutralidad de culpabilidades, francamente contrarias a los derechos de la víctimas.

9. El nudo gordiano de la Justicia Transicional se encuentra en la atribución de responsabilidades por la comisión de crímenes atroces e imprescriptibles cometidos por el Estado y las FARC. El gran debate versa sobre si los autores de tales delitos pueden ser beneficiados con lenitivos jurídicos que suavicen sus condenas. En el seno del garantismo, la línea de argumentación que parte de Beccaria es contraria a la concesión de beneficios a los responsables de crímenes de lesa humanidad. Asimismo, Gustav Radbruch construyó toda una teoría iusfilosófica contraria a las leyes de amnistías proferidas por el Estado nazi y a favor de un nuevo *ius cogens*, surgido a raíz de los juicios de Nüremberg, que desembocaría en la creación de un auténtico Tribunal Penal Internacional. El tiempo le ha dado la razón a Radbruch pues estos razonamientos son la médula ética de los desarrollos del derecho internacional contemporáneo y también de los concretos avances de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
10. El despliegue en el sistema jurídico colombiano del concepto de víctima, aunque reciente, es una ilustración destacada del relativo proceso de superación del positivismo legalista. Hoy en día, con posterioridad a la Constitución de 1991, existe una línea de pensamiento que concibe un Derecho positivo en el que tienen cabida valores como la verdad y la justicia que fundamentan principios vinculantes empleados por las sentencias de la Corte Constitucional para dotar de eficacia a los derechos de las víctimas, con apoyo en los avances de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por tanto, la condición de víctima en el Derecho positivo colombiano ya no se fundaría exclusivamente en leyes sino en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la doctrina de la Corte Constitucional.
11. Sin embargo, la garantía efectiva de los derechos de las víctimas debe superar aún muy serios obstáculos que van más allá de las normas. Un primer impedimento general para acotar tales derechos es el de la magnitud del problema pues según el Registro Único de Víctimas (RUV), las mismas suman 7.821.641.

El 10 de junio de 2011 se sancionó la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras cuyo objetivo es restituir seis millones de hectáreas pero a la fecha de elaboración de este escrito se habían restituido 94.000, es decir, solo un 0.34% de la meta fijada. Asimismo, las amenazas y la eliminación física efectiva de los reclamantes de tierras es una realidad actual, como si la sociedad colombiana no se hubiera movido un ápice desde la Violencia de los años cincuenta en la que también intervino como factor destacado la expropiación abusiva de la tierra.

12. Otro capítulo dramático y plenamente vigente es la desaparición forzada, cuyas dimensiones superan todo lo imaginable, son en total 1.664.481 de víctimas de desaparición forzada, homicidio y fallecidas, según RUV. Este delito se practica en Colombia desde 1970 pero sólo hasta el año 2000 se incluyó en el Código Penal. Por tanto, hay una franja de treinta años de impunidad e incertidumbre. Porque ha sido muy difícil que el Estado identifique a los agentes culpables y porque hay una indefinición existencial de la víctima hasta que no aparezcan sus restos. De igual forma, como si esto fuera poco, pervive una confrontación de interpretaciones sobre la naturaleza del delito y la obligación de perseguir a sus autores. La doctrina se divide entre quienes lo consideran de lesa humanidad e imprescriptible y quienes todavía exigen que los tratados internacionales se apliquen solo si se han proyectado en la legislación interna. A ello se suma la pasividad de las instituciones en cuanto al esclarecimiento de los hechos, lo que ha impedido hacer efectivo el derecho a la verdad de las víctimas del atroz crimen de desaparición forzada.
14. Por último, la ley 1448 de 2001 decidió acoger, como sujetos de derechos a la reparación integral, sólo a las víctimas y familiares que sufrieron daños a partir del 1 de enero de 1985. Lo que configura una discriminación con altas dosis de arbitrariedad. El núcleo desnudo de las razones de esta ley es la noción de sostenibilidad fiscal que, no obstante, como mera directriz, en los casos concretos de colisión con el derecho a la reparación integral, incluso de las víctimas anteriores a 1985, deberá decaer, según las reglas de la ponderación de intereses de la Corte Constitucional, máxime si ese derecho se adscribe al principio del respeto a la dignidad humana, razón fundante del Estado colombiano conforme al art. 1 de la Constitución de 1991.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD FACIOLINCE, Héctor. (2005). *El olvido que seremos*, Seix-Barral, Barcelona.
- ARANGO, Rodolfo. (2015). «Cultura y generosidad», *El Espectador*, 4 de mayo. ASAMBLEA PLENARIA DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, (2006), «Orientaciones morales ante la situación actual de España», *Alfa y Omega*, 30 de noviembre, pp. 20-23.
- ATIENZA, Manuel. (2006). *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona. BECCARIA, Cesare. (1983). *De los delitos y de las penas*, edición de Franco Venturi, Bruguera, Barcelona.
- CALLE MEZA, Melba Luz. (2000). «Tipología de los actos parlamentarios sin valor de ley y su control constitucional. Relaciones con la teoría general de los derechos fundamentales», *Revista de las Cortes Generales*, nº 49.

- _____. (2014). *Constitución y guerra: una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*, Editorial Ibáñez, Bogotá.
- CASANOVA, Julián, (2015), «A vueltas con el Holocausto y los usos interesados de la historia», *El País*, 22 de abril.
- CLAVERO, Bartolomé, (2013), *El árbol y la raíz. Memoria histórica familiar*, Crítica/Planeta, Barcelona.
- _____. (2014). *España, 1978. La amnesia constituyente*, Marcial Pons, Madrid.
- _____. (2015). «¿Comisión de la Verdad en Colombia?», *eldiario.es*, 1 de marzo.
- _____. (2015). «Corrupción y justicia en España», *eldiario.es*, 16 de junio.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael. (2011). *Diccionario de memoria histórica*, Los Libros de la Catarata, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid.
- GALVIS, Silvia y DONADIO, Alberto. (2002). *EL JEFE SUPREMO. Rojas Pinilla en La Violencia y en el poder*, Hombre Nuevo, Medellín.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. (2007). *El valor de la seguridad jurídica*, Fontamara, México.
- HESPANHA, António. (2012-Abril/Junio). «A revolução neoliberal e a subversão do 'modelo jurídico'. Crise, Direito e Argumentação Jurídica», *Revista do Ministério Público*, pp. 9-80.
- IHERING, Rudolph von. (1985). *La lucha por el derecho*, prólogo de Leopoldo Alas «Clarín», Cívitas, Madrid.
- LACASTA ZABALZA, José Ignacio. (2013). *MEMORIA COLECTIVA, PLURALISMO Y PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA*, Tirantlo Blanch/Humanidades, Valencia.
- _____. (2015). «Portugal y España: el 'estado de excepción' por motivos financieros», *Boletim de Economia da Universidade de Coimbra*, en prensa, Homenaje al profesor António Avelãs Nunes.
- MATYAS CAMARGO, Eduardo. (2012). «Los derechos de las víctimas en el proceso penal colombiano», *Revista Republicana*, n° 12, pp. 17- 42.

- MENDOZA, María Luna. (2015). «Entrevista a Javier Giraldo», *El Espectador*, 1 de junio.
- MORALES NIETO, Jairo. (2015) «Posconflicto como estrategia financiera de la paz», *El Espectador*, 3 de mayo.
- PIRIS, Alberto. (2015). «Los desaparecidos de Camboya, España y Canadá», *republica.com*, 25 de junio.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- RADBRUCH, Gustav. (1934). «Le relativisme dans la Philosophie du Droit», *Archives de Philosophie du Droit*.
_____(1974), *Introducción a la Filosofía del Derecho*, FCE, México/Madrid/Buenos Aires.
- REYES MATE, Manuel. (2009). *La herencia del olvido*, prefacio de Catherine Charlier, Errata naturae, Madrid.
- RODRÍGUEZ, Nicolás. (2015). «Desplazados: también por el lenguaje», *El Espectador*, 20. 6. 2015.
- SALGAR ANTOLÍNEZ, Daniel. (2015). «Las grietas del pasado en Sudáfrica», *El Espectador*, 22 de abril.
- SERRANO BURGOS, Kevin Andrés. (2014). *La reparación integral de las víctimas del conflicto armado colombiano: ¿un derecho fundamental?*, informe del trabajo realizado como miembro del grupo «Observatorio del Proceso de Paz», del semillero del Proyecto de Investigación «Constitución y sistema jurídico implícito en Colombia. 1886-1991. Relaciones con el Conflicto Armado Interno. Primera Fase. CYSJICOL/ UNILIBRE/ COLCIENCIAS, Res. 00778/2013.
- TODOROV, Tzvetan. (2008). *Los abusos de la memoria*, Paidós, Barcelona. UPRIMNY, Rodrigo. (2015). «Comentarios de Jurisprudencia Constitucional Colombiana», *Fundación Ideas para la Paz*, internet, 26. 4. 2015.