

# LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y SU DIFERENCIA CON LA JUSTICIA TRANSICIONAL

## GRUPOS INTEGRANTES DE LA UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

Acceso a la Justicia/ GRID/ Facultad de Derecho, Psicología y Salud Mental/Comunicación Urbana/Escuela de Ciencias Sociales y Grupo Ánthropos/Escuela de Formación Avanzada de la Universidad Pontificia Bolivariana.

**Director: Daniel Mauricio Patiño Mariaca**

**Institución: Facultad de Derecho Universidad Pontificia Bolivariana.**

**Nombre del autor: Daniel Mauricio Patiño Mariaca**

### **Resumen Hoja de Vida:**

Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en Derecho Procesal e Investigador de la misma facultad.

Docente de las cátedras de Derecho Procesal Administrativo en la U.P.B. y de Teoría General del Proceso en la Universidad de Antioquia.

Ha publicado:

#### **Libro**

Un acercamiento a la justicia desde el proceso contencioso administrativo.

#### **Artículos**

Los privilegios de la Administración Pública

El Estado como Tercero Civilmente Responsable en el Proceso Penal

Los Actos de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos y su Jurisdicción

La responsabilidad por los actos procesales

La Jurisdicción Estatal

Conciliador-juez, un rol del conciliador para la descongestión de los despachos judiciales desde la Constitución.

Conciliador-Juez un modelo constitucional del particular cuando actúa como conciliador para la descongestión de los despachos judiciales

e-mail: [daniel.patino@upb.edu.co](mailto:daniel.patino@upb.edu.co)

[mpma@epm.net.co](mailto:mpma@epm.net.co)

## RESUMEN

Para el grupo Interdisciplinario de la UPB la Justicia Restaurativa es un proceso en el cual intervienen la víctima, el victimario y la comunidad con la asistencia de un facilitador para resolver el conflicto, a través de la verdad, la justicia y la reparación, como también la sanación de las heridas causadas por el delito y la reintegración de la víctima y el victimario a la sociedad.

## PALABRAS CLAVES

*Justicia Restaurativa, Justicia Transicional, verdad, justicia, reparación, reconciliación y conflicto.*

## INTRODUCCIÓN

De acuerdo con los autores DANIEL W. VAN NESS y KAREN HEETDERKS STRONG<sup>1</sup>, el término Justicia Restaurativa se viene utilizando desde 1977 a partir de un artículo de ALBERT EGLASH<sup>2</sup> sobre las distintas maneras de cómo el derecho penal enfrenta la criminalidad. Para tal efecto, realizó una división de tres tipos: el primero es el de la *Justicia Retributiva*, basada en la idea del castigo proporcional a la falta cometida, el segundo consiste en la Justicia Distributiva, que se fundamenta en el tratamiento terapéutico del victimario y por último la Justicia Restaurativa que se fija en la restitución y otorga un papel central a la víctima.

La Justicia Restaurativa ha sido recogida por la ONU para direccionar la política criminal de los países que la conforman, impulsándolos para que éstos adopten metodologías cuya finalidad sea un resultado restaurativo; ya que se ha vislumbrado una crisis en el manejo de la delincuencia no sólo porque ésta viene aumentándose día a día, sino también porque el tratamiento que tradicionalmente se le ha dado al delincuente es mediante el continuo y persistente aislamiento por la imposición de la pena que en muchas oportunidades determina que éste no pueda resocializarse y reincida en la comisión del mismo hecho punible o en otros.

---

<sup>1</sup> Daniel W. Van Ness, Karen Heetderks. *Restoring Justice*. Ed. Anderson. Segunda Edición. 2002. p. 27.

<sup>2</sup> Eglash, Albert. "Beyond Restitution: Creative Restitution" in Joe Hudson and Buró Galaway, eds., *Restitution in Criminal Justice* (Lexington, MA: D.C. Heath, 1977), 91,92.

De acuerdo con la ONU, desde esta perspectiva se considera que lo fundamental en la justicia restaurativa a diferencia de los otros tipos como la justicia distributiva y retributiva, es que le da la misma importancia a todos los actores implicados en el conflicto social, es decir, víctima, victimario y comunidad.

Así las cosas, se entiende que la Justicia Restaurativa no puede circunscribirse como un movimiento en defensa exclusivamente de los derechos de las víctimas, ni tampoco tiende a lograr que los victimarios sean exculpados de sus responsabilidades a través del pedimento de perdón a la víctima o con la indemnización de perjuicios. Tampoco se asimila la justicia restaurativa con el derecho penal, aunque no se puede desconocer que su origen haya atendido a la finalidad de presentarse como un tratamiento alternativo frente a la delincuencia, ya que se piensa que la Justicia Restaurativa es un mecanismo para resolver cualquier conflicto, incluyendo los penales en la medida en que el crimen es la expresión de una controversia<sup>3</sup>.

#### **1. LA NOCIÓN DE JUSTICIA RESTAURATIVA PARA EL GRUPO INTERDISCIPLINARIO DE INVESTIGACIÓN DE LA U.P.B.**

Frente a la disparidad de criterios que existen sobre el significado de Justicia Restaurativa, el grupo interdisciplinario precisa que ésta se refiere por una parte, al medio y por otra, al resultado. Entendiendo el medio como los mecanismos, los procedimientos que permiten el logro de un resultado restaurativo, estudiando particularmente la conciliación, la mediación, la conferencia comunitaria, los círculos de paz, la decisión jurisdiccional, entre otros. El resultado restaurativo que puede ser inmediato, el cual se compone de la *verdad* (reconstrucción de la memoria histórica), la *justicia* (el reconocimiento de la responsabilidad del victimario, la víctima y la comunidad) y la *reparación* (la compensación económica por el daño, el restablecimiento del derecho y la situación de vida así como el compromiso de no repetición); y mediato que consiste en la sanación y la reintegración de la víctima y el ofensor en la comunidad para permitir la convivencia pacífica.

En este orden de ideas, este resultado restaurativo se va alcanzando, en tanto la verdad sobre el delito, lo ocurrido y el daño causado, sea reconstruida por quienes participaron (directa o indirectamente); no por un efecto automático de su enunciación, sino gracias a las fuerzas relacionales que la hacen posible. Pero no se agota allí porque víctima, victimario y comunidad, deben tomar conciencia de su responsabilidad en el hecho, la forma de enfrentarlo y asumir las consecuencias del mismo. La restauración, no desconoce esa reparación que involucra la indemnización de los perjuicios mediante una compensación

---

<sup>3</sup> Al respecto, Carnelutti en su obra *Cómo se hace un proceso*. Editorial Temis. Santa fe de Bogota. 1997. pág 24. señala que el desacuerdo es una manera como se expresa el conflicto de intereses, el cual puede ser el germen o la génesis de un delito; así afirma que entre el conflicto y el delito hay la misma diferencia que existe entre peligro y daño y que la conflictividad y la delincuencia son dos índices de incivildad: cuando más civil o civilizado es un pueblo menos delitos se cometen y menos conflictos surgen en su seno. Dicho autor considera que el conflicto significa necesariamente la existencia de una lucha y que ésta va a resolverse en caso de que los involucrados sean incivilizados, la cual será solucionada a través de la imposición de la voluntad o del querer del más fuerte sobre la parte débil en razón de que los bienes sociales son siempre escasos para atender las necesidades individuales.

económica, pero privilegia la restitución del derecho, mediante el restablecimiento de la situación en la que se encontraba la víctima antes de realizarse el daño; además contempla: la promesa efectiva y cierta, de nunca repetir dicha conducta y la prestación de un servicio acordado a la comunidad.

Transcurrido el proceso descrito, es factible obtener el resultado mediano de la sanación de las heridas físicas y morales, la reincorporación de la víctima y el victimario a la comunidad, las condiciones adecuadas para rehacer el tejido social, roto por el delito y por la forma de enfrentar el conflicto. Sin embargo, no podrá hablarse de un resultado restaurativo, si se tiene en cuenta sólo lo anterior, pues faltarían el proceso de reconstrucción de la memoria que permite encontrar la verdad y la decisión de asumir las responsabilidades históricas. Igualmente los mecanismos utilizados resultan adecuados cuando permiten al menos el reconocimiento mutuo entre víctima y victimario. Por todas estas cosas, la Justicia Restaurativa se considera un todo, que integra mecanismos y resultado restaurativo.

## **2. LA LEY 975 (LEY DE JUSTICIA Y PAZ) COMO EXPRESIÓN DE UNA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

Como la finalidad última de la Justicia Restaurativa radica fundamentalmente en la reconciliación entre víctima, victimario y comunidad, se tiende a pensar que lo consagrado en la Ley 975 es Justicia Restaurativa; pero esto es equivocado porque si bien es cierto esta última busca la verdad, la justicia y la reparación, también lo es que la Ley de Justicia y Paz consagra una justicia transicional, que pretende solucionar el problema político de la guerra, tratando de armonizar los anhelos sociales de encontrar por una parte la paz a través de negociaciones entre el Estado y los victimarios con miras a que éstos entreguen las armas y por otra, la satisfacción de las víctimas en su deseo de alcanzar una justicia o lo que es lo mismo atribución de responsabilidades para los victimarios.

Así, puede observarse como la Justicia Restaurativa gravita sobre un eje de principios y valores que aspira una convivencia pacífica, paralelo a esto la Ley de Justicia y Paz tiene una finalidad pragmática que consiste en obtener una terminación de la guerra. Ahora bien, la Justicia Transicional de la Ley 975 afronta el problema de las presiones de orden internacional, en donde los actores de la guerra sean castigados; por eso como un mecanismo de mediación entre ambas formas de justicia se debe propender porque la aplicación de la Ley 975 se haga a través de los mecanismos instituidos para la Justicia Restaurativa.

Por tanto, el punto siguiente a tratar consiste en la manera de lograr esta mediación entre ambas formas de justicia. Para eso se comenzará con los límites que tiene el legislador para regular las materias procedimentales referentes a los asuntos de derechos humanos, luego se procederá a un análisis de las razones del porqué los conceptos de verdad, justicia y reparación son indeterminados y finalmente se concluirá con la tesis de que la Ley 975 para poder alcanzar la justicia y la paz necesita para su aplicación los principios de la Justicia Restaurativa.

## LÍMITES DEL LEGISLADOR PARA ESTABLECER FORMAS Y TÉRMINOS PROCESALES

Sea lo primero explicar que los procedimientos son aquellas reglas que determinan “las ritualidades propias de cada juicio, la competencia de los funcionarios para conocer ciertos asuntos, los recursos, los términos, el régimen probatorio, los mecanismos de publicidad de las actuaciones”<sup>4</sup> en una palabra la manera como deben realizarse las cosas para obtener un resultado que puede ser una sentencia, un fallo disciplinario administrativo o una decisión contenida en un acta de una sociedad comercial. Las normas de procedimiento, conocidas también como la forma o el rito, responden al concepto de norma secundaria de HART<sup>5</sup> porque confieren a quien lo utiliza un poder y no imponen ni un derecho ni tampoco una obligación sustantiva,<sup>6</sup> sino que indican cómo proceder para producir un resultado que desencadene cambios<sup>7</sup> en situaciones jurídicas, y son para sus destinatarios semejantes a los manuales de cualquier arte u oficio para lograr determinados resultados.<sup>8</sup> En el mismo sentido, CALAMANDREI<sup>9</sup> señala que “no existe mucha diferencia, bajo el aspecto lógico, entre los códigos de procedimientos civiles o penales, que enseñan cómo se debe “proceder” para obtener justicia, y ciertos manuales de técnica elemental que enseñan “el procedimiento” (también la palabra es la misma) de cualquier arte o cualquier oficio, y que se intitulan por ejemplo, “Cómo cultivar rosas”, “Cómo llegar a ser fotógrafo” o “Cómo se puede llegar a ser pescador submarino”.

Entonces, se tiene que los procedimientos pueden ser judiciales (regulativos del proceso) o administrativos (regulativos de la actuación

---

<sup>4</sup> Cfr. Sentencia 555 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>5</sup> Cfr. HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. 2da Edición (reimpresión) Traducción: Genaro Carriro. Buenos Aires. Abeledo – Perrot. 1981. 16p.

<sup>6</sup> De acuerdo con James Goldsmith, los derechos procesales carecen de relación con el deber, distintos a los derechos materiales puesto que no concurren ni con la obligación de otros ni con una facultad propia de lo primero puede resultar que los derechos procesales no pueden lesionarse aun cuando una expectativa procesal estuviese tan segura que equivaliera a una exigencia material, su frustramiento representaría “infracción de la ley” solamente en el sentido de “aplicación indebida” o “interpretación errónea” de la ley pero no lesión de un derecho o “antijuricidad” en el sentido de contravención de un imperativo jurídico que constituye la obligación correlativa del derecho lesionado. Desde el punto de vista procesal, los actos judiciales, especialmente las resoluciones son en todo caso equivocados pero no antijurídicos, referidos al sujeto puede existir un error pero no culpabilidad. Por lo tanto, del hecho de que el juez ha frustrado una expectativa no se deducen otras consecuencias que aquellas que se derivan del error del juez, a saber, la nulidad o la impugnabilidad del acto judicial. Estas son las típicas consecuencias procesales. Cuando por encima de ellas se hacen valer consecuencias jurídicas de una infracción de la ley, cometida por un juez, no se trata de consecuencias procesales, sino criminales o civiles y no se fundan en la infracción de la ley en el sentido que acabamos de exponer sino en el hecho de que el juez en el desempeño de sus funciones ha violado sus deberes de manera intolerable. *Principios Generales del Proceso*. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961. p.73 y 74.

<sup>7</sup> En términos de Humberto Briseño Sierra en su obra *El control constitucional de amparo* señala que este cambio ocurre en la esfera del pensamiento. En efecto, que una conducta busque intelectivamente, la obtención de otra, y que ésta se presente, también de modo intelectual como una respuesta específica, a la deseada o prevista respecto de la primera, esto es lo que lleva a hablar de conexión en el ámbito conceptual.

<sup>8</sup> Cfr. ATENZA y RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho (Teoría de los enunciados jurídicos)* Barcelona. Editorial Ariel. 1996. Pág. 45 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Traducción Héctor Fix Zamudio. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1960. p. 30..

administrativa, contemplados por regla general en la primera parte del Código Contencioso Administrativo) y privados, pues también cobija las relaciones que en ciertos aspectos puedan darse entre los particulares, como sucede en un colegio privado cuando se fija el régimen disciplinario y de conducta de los estudiantes en el manual de convivencia.

De acuerdo con la Constitución tanto al Congreso como a los particulares<sup>10</sup> y a la administración se les ha otorgado la competencia “de configuración normativa” para fijar estas reglas. El primero actúa en virtud del artículo 150 numerales 1 y 2 de la Constitución correspondiéndole hacer, reformar y derogar las leyes y por medio de ellas, expedir códigos en las distintas especialidades o ámbitos del derecho. Esta facultad, tal como lo ha sostenido en forma reiterada la Corte Constitucional<sup>11</sup> es más amplia porque tiene como límite **“aquellas disposiciones de carácter superior que consagran las garantías constitucionales que conforman la noción de “debido proceso”<sup>12</sup>, y las que conforman el Bloque de Constitucionalidad<sup>13</sup>, específicamente las normas internacionales de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución.** En cambio para los demás, dicha potestad es más restringida no sólo porque deben respetar esos mismos límites del debido proceso y del Bloque de Constitucionalidad, sino también las leyes dictadas al respecto por el Congreso.

Ahora bien, las **normas constitucionales que desarrollan el debido proceso** no son otra cosa que la positivización de los principios procesales en la Constitución, y por lo mismo hacen que los creadores normativos estén ante normas que responden a la idea de conceptos jurídicos indeterminados.<sup>14</sup> Los cuales son normas flexibles, inciertas, o como su nombre lo indica, de

---

<sup>10</sup> Dicha “configuración normativa” se atribuye a los particulares en el arbitraje independiente, que según el Artículo 112 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 90 de la Ley 23 de 1991, señala que en el arbitraje independiente, *las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto.*

<sup>11</sup> De acuerdo con la Corte Constitucional en múltiples fallos entre los cuales pueden citarse C-557 de 1993, C- 373 de 1995 ha sostenido esto.

<sup>12</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia 555 de 2001. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>13</sup> De acuerdo con la Corte Constitucional el Bloque de Constitucionalidad está integrado no solamente por los principios y valores de la Constitución, sino también por los tratados y convenios internacionales que deben ser tenidos en cuenta por todo aplicador del derecho en Colombia: Legislador, Juez y Administración Pública así: “ (...) resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad strictu sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93)... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.” (Sentencia C-191 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

<sup>14</sup> Se quiere dejar claro que el concepto jurídico indeterminado no es un concepto tomado exclusivamente de la doctrina, la Corte Constitucional en múltiples fallos lo ha tratado, al respecto véase las sentencias C-871 de 2002, C-371 de 2002, C-024 de 1994, C-530 de 1993, C-940 de 2003.

indeterminado contenido y alcance,<sup>15</sup> como por ejemplo: buen padre de familia, buena fe, buenas costumbres, acceso a la justicia, o la defensa debida. Y el sentido de los mismos, no puede ser más que uno: se realiza o no el objetivo del concepto jurídico indeterminado; hay buena fe o no la hay en el negocio; se garantizó o no el derecho de defensa o el de acceso a la justicia.<sup>16</sup>

El que sólo se admita una respuesta, permite distinguir entre los conceptos jurídicos indeterminados y las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a estas últimas es la pluralidad de soluciones posibles para un mismo caso.<sup>17</sup> Así, si el Presidente, por ejemplo, tiene la potestad discrecional de nombrar a quien quiera como Ministro, es tan acertado y correcto que escoja a Juan, a Pedro o a Luis. Aquí cualquiera de las decisiones será adecuada (claro está si se hace conforme al interés público), y lo es, porque existe libertad en la voluntad de elección, pues aquí los criterios que acompañan la decisión son extrajurídicos y por lo mismo no pueden ser jurídicamente fiscalizados.

Pero los conceptos jurídicos indeterminados, al operar en el plano cognitivo<sup>18</sup> revisten un mayor control, debido a que se trata de que quien los vaya a aplicar, ya sea el legislador, el juez o la administración cumpla con una metodología que consiste: Primero en determinar su contenido y alcance. Segundo, precisar, la hipótesis normativa en caso de ser un juicio de constitucionalidad; o las circunstancias del caso concreto, como cuando se discute en un litigio sobre la buena fe en un negocio jurídico. Tercero, analizar si en la ley o en la situación fáctica se cumple o no con el sentido que el concepto jurídico indeterminado busca, fijado en la primera etapa de esta metodología.

Dichos pasos los ha aplicado en diversos fallos la Corte Constitucional en los juicios de constitucionalidad de normas que regulan aspectos procesales. Es del caso citar la sentencia C-555 de 2001 con Ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, en donde se demandó la expresión “comunicará” del artículo 80 del Código Único por considerar el Demandante que se lesionaba el debido proceso.

Esta Corporación comenzó determinando el alcance que tenía el derecho de defensa para luego contrastarlo con la hipótesis normativa del Código Único Disciplinario, la Ley 200 de 1995 y concluir que allí, no se realizaba el concepto jurídico indeterminado del derecho de defensa, contemplado en el artículo 29 de la Constitución, y aunque declaró la exequibilidad de la expresión demandada,

---

<sup>15</sup> Cfr. ENGHISCH, Karl. *Introducción al Pensamiento Jurídico*. Traducción: Ernesto Garzón Valdes. Ediciones Guadarrama. Madrid. 1967. Pág. 139 y ss.

<sup>16</sup> Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, *Ibid.* 445.

<sup>17</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN-FERNÁNDEZ, establecen que mientras que la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Constitución y la ley. En el derecho público también existen conceptos jurídicos indeterminados, y uno de los mayores errores ha sido la de confundir estos poderes con la existencia de poderes discrecionales. Algunos de estos conceptos jurídicos indeterminados del derecho público son: justo precio, utilidad pública, urgencia, circunstancias excepcionales, orden público. *Curso De Derecho Administrativo*, Tomo I. 6ta edición. Madrid. Editorial Civitas, 1993. p443.

<sup>18</sup> MOZO SEAOANE, Antonio. *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo. Madrid.

contenida en el segundo inciso del artículo 80 de la Ley 200 de 1995, precisó que la misma sólo podía hacerse a través de “la notificación personal y en subsidio a la notificación por edicto, cuando a pesar de las diligencias pertinentes, de las cuales se dejará constancia secretarial en el expediente, no se haya podido notificar personalmente”, y no de cualquier manera.

Aquí puede verse como la Corte Constitucional, aplicando esta metodología del concepto jurídico indeterminado limita y acota las potestades de la administración en el procedimiento disciplinario, pues le da un sentido y alcance preciso a la expresión: comunicará, no permitiendo que ésta lo haga discrecionalmente, sino bajo una única manera que es la notificación personal; pero por sobre todo, restringió la libertad de “configuración normativa” del legislador en materia de los procedimientos, al determinar que la expresión demandada no fuera ambigua en su aplicación por el operador normativo, sino que luego de cumplir dicha metodología se atenga tanto a las circunstancias del caso como al sentido jurídico que la Constitución ha determinado, siendo sólo una la solución y no admitiéndose una multiplicidad de las mismas.

Con mayor fuerza pueden predicarse las limitaciones que tiene el legislador en su labor creativa de normas reguladoras de procedimientos referentes a derechos humanos, con claras implicaciones en la órbita internacional como quiera que el artículo 93 de la Constitución señala la prevalencia de los tratados internacionales ratificados por Colombia en el orden interno.<sup>19</sup>

Entonces, el contenido de los conceptos verdad, justicia y reparación, al estar en continua construcción por el trabajo consuetudinario que se viene realizando por parte de los órganos de protección internacional de los derechos humanos, permite inferir que responden a la idea de conceptos jurídicos indeterminados, es decir, normas flexibles, inciertas cuyo contenido es precisado a través del trabajo que de una manera uniforme realizan dichas entidades.

Así las cosas, la libertad configurativa del legislador se encuentra circunscrita al respeto del derecho internacional construido consuetudinariamente que es la forma usual de generar este derecho, especialmente en derechos humanos. Por eso el legislador no puede

---

<sup>19</sup> En el orden internacional se ha consagrado fundamentalmente el alcance que tiene el derecho de acceso a la justicia que marca el inicio de una tendencia en el derecho internacional para desarrollar instrumentos que garanticen el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos; los cuales son límites para la labor configurativa del legislador en la creación de procedimientos así: En 1948 la Declaración Americana de Derechos del Hombre *Declaración Universal de Derechos Humanos*, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948). Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. y la Declaración Universal de Derechos Humanos *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992). Artículo XVIII. Derecho de justicia. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

desviarse de aquellos principios generales del derecho internacional<sup>20</sup>, porque él no puede determinar discrecionalmente cómo pueden realizarse las cosas, sino que debe respetar aquellos “valores fundantes de nuestra organización política y jurídica que están en consonancia con los principios internacionales y que son tales como, la justicia, la igualdad y un orden justo (Preámbulo) y de derechos fundamentales de las personas como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (Constitución Política., arts. 13, 29 y 229). Igualmente, debe hacer vigente el principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (Constitución, art. 228), los cuales deben proyectarse en armonía con la finalidad propuesta, como es la de realizar objetiva, razonable y oportunamente el derecho sustancial<sup>21</sup> en controversia o definición; de lo contrario, la configuración legal se tornaría arbitraria.<sup>22</sup> Extremos o límites que han sido definidos y fijados tanto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como por la doctrina nacional y extranjera y por los principios del derecho y del derecho internacional humanitario.

## **2. LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA REPARACIÓN COMO CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

La Ley 975 puede considerarse como regulativa del procedimiento que busca la reconciliación nacional, y por eso tiene una naturaleza transicional, lo cual no significa que los conceptos que allí se desarrollan: verdad, justicia y reparación puedan ser entendidos de manera especial según lo permita el actual momento, sino que por el contrario deben ser interpretados conforme al saber que de los mismos se ha decantado con el paso de los años por los organismos de control de derechos humanos que son de carácter universal.

Por tanto, no se puede interpretar, ni tampoco aplicar aquellos conceptos con fundamento en la coyuntura histórica, sino en elaboraciones consuetudinarias y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Como lo establece la Ley 975 en su artículo 3, el cual consagra que la incorporación de algunas disposiciones sobre derechos humanos no puede entenderse como la negación de otras que existan en el orden internacional y que regulan la misma materia.

Es decir la Ley demandada, está reconociendo que la normatividad de esta materia no excluye otras disposiciones jurídicas internacionales. Todo lo contrario, estos conceptos jurídicos indeterminados tales como verdad, justicia y reparación que contienen la Ley objeto de análisis se encuentra en desarrollo progresivo porque está fuera de la órbita del legislador, debido a que no tiene libertad sino que debe cumplir con las normas del derecho internacional, que se construyen día a día a través de opinio juris y la jurisprudencia de órganos de protección como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

<sup>20</sup> Cfr. VALENCIA, RESTREPO, Hernán. *Derecho Internacional Público*. Ed. U.P.B.y Dike. 2005. p.332 y ss.

<sup>21</sup> Cfr. Sentencia T-323 de 1999 Magistrado .Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>22</sup> Cfr. Sentencia 555 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Además de lo anterior, esos conceptos no pueden entenderse independientemente, porque están interrelacionados de forma tal que no es posible entender el uno sin los otros;<sup>23</sup> así sólo se puede comprender el concepto de *verdad* a partir del derecho a la *justicia* que implica por una parte,

---

<sup>23</sup> De acuerdo con la sentencia C-228/02 se llegó a las siguientes conclusiones que por ser pertinentes se transcribirán:

De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia—no restringida exclusivamente a una reparación económica— fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso: El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos (Ver, entre otros, los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de julio de 1988 y Barrios Altos (fundamento 43), Sentencia de 14 de Marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le niegan a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia.

2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.

Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesan a la parte civil, es posible que en ciertos casos, ésta sólo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización. Ello puede ocurrir, por citar tan sólo un ejemplo, cuando se trata de delitos que atentan contra la moralidad pública, el patrimonio público, o los derechos colectivos o donde el daño material causado sea ínfimo —porque, por ejemplo, el daño es difuso o ya se ha restituido el patrimonio público— pero no se ha establecido la verdad de los hechos ni se ha determinado quién es responsable, caso en el cual las víctimas tienen un interés real, concreto y directo en que se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia a través del proceso penal.

No obstante, ello no significa que cualquier persona que alegue que tiene un interés en que se establezca la verdad y se haga justicia pueda constituirse en parte civil —aduciendo que el delito afecta a todos los miembros de la sociedad— ni que la ampliación de las posibilidades de participación a actores civiles interesados sólo en la verdad o la justicia pueda llegar a transformar el proceso penal en un instrumento de retaliación contra el procesado. Se requiere que haya un daño real, *no necesariamente de contenido patrimonial*, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso. Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. Es más: aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando este existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad de parte. Lo anterior significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial.

La determinación en cada caso de quien tiene el interés legítimo para intervenir en el proceso penal, también depende, entre otros criterios, del bien jurídico protegido por la norma que tipificó la conducta, de su lesión por el hecho punible y del daño sufrido por la persona o personas afectadas por la conducta prohibida, y no solamente de la existencia de un perjuicio patrimonial cuantificable.

Habiendo clarificado los derechos constitucionales de la víctima dentro del proceso penal, pasa la Corte a analizar si la forma como el legislador ha regulado la intervención de la parte civil dentro del proceso penal en el artículo 137, resulta conforme a la Carta y garantiza la efectividad de los derechos al resarcimiento, a la verdad y a la justicia.

obligaciones para el Estado consistentes en la investigación de los hechos y en procesar y castigar penal y disciplinariamente a quienes resulten responsables. También, implica el derecho a la *reparación* que es el derecho de las víctimas a que no sólo paguen la indemnización por los daños morales y materiales que hayan causado, sino también que restituyan, rehabiliten, satisfagan y garanticen la no repetición de dichas conductas<sup>24</sup>.

Así se ha reconocido por parte del derecho internacional, en particular en materia de derechos humanos frente a los delitos de lesa humanidad, en donde el derecho de las víctimas no se agota en la indemnización pecuniaria, sino que como parte del derecho a la justicia, éstas tienen derecho a que se investigue y se de a conocer los hechos que se puedan establecer fehacientemente (verdad); a que se procese y castigue a los responsables (justicia); y la reparación integral de los daños individuales y colectivos ocasionados (reparación). Estos derechos correlativamente significan unas obligaciones tanto para el Estado como para los victimarios que no son alternativas unas a las otras, ni tampoco optativas; pues ambos deben cumplir con todas ellas.

Tales derechos y obligaciones han sido definidos en varias decisiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La primera en la Resolución 1999/34 del 26 de abril de 1999, proferida en su 55a sesión, que señaló “la importancia de adoptar todas las medidas posibles y necesarias para que respondan ante la justicia los autores de violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional, e insta a los Estados a que actúen respetando las debidas garantías procesales”.

La segunda por su parte en el Informe N° 136/99, rendido el 22 de diciembre de 1999, dentro del Caso 10.488, relacionado con el asesinato del sacerdote jesuita Ignacio Ellacuría y otros. Afirma: “El deber de investigar y sancionar (artículo 1(1) de la Convención Americana).170. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la obligación asumida por los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención prevista en el artículo 1(1) de la Convención significa: El deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”

Entonces, no cabe duda que por una parte los conceptos de verdad, justicia y reparación son conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido conceptual es enriquecido día a día por los tribunales internacionales y por los

---

<sup>24</sup> Cfr. MÉNDEZ, Juan. *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones de los derechos humanos*. En [www.eaaf.org/docs/annualreport/2002/17RightToTruth-sp.pdf](http://www.eaaf.org/docs/annualreport/2002/17RightToTruth-sp.pdf)

organismos de control de los derechos tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional en diversos fallos, en donde acepta la validez del derecho internacional sobre los derechos humanos y por otra que el legislador no tiene una libertad configurativa para la regulación de los procedimientos en esta materia, ya que se encuentran previamente definidos por el derecho internacional humanitario que prevalece en el ordenamiento interno, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución.

El derecho a la verdad, la justicia y la reparación no solamente corresponden a la víctima directa sino a la sociedad en su conjunto y al victimario, según se ha dicho por las instancias internacionales de promoción y defensa de los derechos humanos. Así lo reconoce de manera expresa la Comisión Interamericana en el ya citado informe N° 136/99 en el caso del sacerdote Ignacio Ellacuría: “224. El derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía.

Como lo ha sostenido la CIDH “...toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos (...) Tal acceso a la verdad, supone no coartar la libertad de expresión...”

Y en ese mismo informe se dice que “ 228. Forma parte del derecho a reparación por violaciones de los derechos humanos, en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tienen toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos. El derecho de una sociedad a conocer íntegramente su pasado no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones”.

Tales elaboraciones por el derecho internacional consuetudinario han dado lugar a que oficialmente las Naciones Unidas han reconocido este derecho en los siguientes términos en los principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

“Principio 1. El derecho inalienable a la verdad. Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar que en el futuro se repitan tales actos. Principio 2. El deber de recordar. El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras

del deber de recordar que incumbe al Estado. Esas medidas tienen por objeto preservar del olvido la memoria colectiva, entre otras cosas para evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”

Aunque la Ley en su capítulo I señala el contenido y alcance de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación que están conformes con los lineamientos internacionales que atrás se vieron,<sup>25</sup> se observa que más adelante en el desarrollo de los sistemas y en el procedimiento, los incumple y por eso se impone el deber a la Corte Constitucional de fijar la interpretación adecuada de esas normas, según el derecho internacional.

En la regulación del sistema procedimental construido para conseguir la verdad es evidente que la ley no permite pensar que esto se haga realidad, en primer lugar porque la construcción depende fundamentalmente de lo que el victimario o procesado haya confesado o reconozca en su versión libre conforme al artículo 17 de la citada ley y no se tiene en cuenta lo que piense o diga la víctima y la sociedad de forma tal que es una concepción de verdad unilateral, la del victimario y por lo tanto no es verdad porque esto se construye por un diálogo que debe existir entre victimario, víctima y sociedad.

---

<sup>25</sup> Para muestra de lo anterior basta solo transcribir los artículos del capítulo I de la Ley 975 de 2005. Artículo 6°. **Derecho a la justicia.** De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones.

Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo.

Artículo 7°. **Derecho a la verdad.** La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada.

Las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente.

Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad.

Artículo 8°. **Derecho a la reparación.** El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.

Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley.

De otra parte, la estrechez de los tiempos establecidos para la realización de las diversas actividades procesales, específicamente en la formulación de la imputación por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía que es de sesenta (60) días a partir de la aceptación de los cargos dados en la versión libre del procesado, propicia la dificultad para el esclarecimiento de la verdad, habida cuenta de que la existencia de estos grupos se encuentra en todo el territorio nacional, máxime cuando la práctica de pruebas requiera un desplazamiento de testigos, víctimas y funcionarios y la ley no contempla un plazo adicional para llevar a cabo estas diligencias. Adicional a esto se presenta una dificultad cuando se establece un sistema oral y los sujetos involucrados en el proceso, la mayoría de las veces no cuentan con los recursos necesarios para realizar estos desplazamientos y la ley no establece un subsidio para tal eventualidad.

Entonces tal y como se advirtió, la verdad sólo se construiría a partir de aquello que el procesado de buena fe quiera expresar, desconociendo el **derecho a la verdad** que tienen las víctimas y la sociedad según el artículo 7 de la ley. Así, será una *verdad* de uno solo, o lo que es lo mismo una *verdad* a medias, una verdad más cerca de la falsedad, una verdad de los triunfadores que olvida a los perdedores: las víctimas.

De esta manera, aun cuando la Ley en diversos artículos reconoce que las víctimas pueden participar en todas las etapas del proceso judicial,<sup>26</sup> lo

---

<sup>26</sup> Resulta interesante observar como la Ley 975 con gran entusiasmo señala los derechos de las víctimas en este proceso. Pero tales manifestaciones, habida cuenta de los escasos recursos con que estos cuentan, en razón del desplazamiento al que se vieron forzados, en raras ocasiones podrán llevarse a la práctica, aunque paradójicamente son muy parecidos al del Código de Procedimiento Penal, el problema se observa en la estrechez y cortedad de los términos y la fijación de la competencia en los Tribunales y en la Corte Suprema de Justicia.. Artículo 37. **Derechos de las víctimas.** El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

37.1 Recibir todo el procedimiento un trato humano digno.

37.2 A la protección de su intimidad y garantía de su seguridad, la de sus familiares y testigos a favor, cuando quiera que resulten amenazadas.

37.3 A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del delito.

37.4 **A ser oídas y que se les facilite el aporte de pruebas.**

37.5 A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, información pertinente para la protección de sus intereses; y conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del delito del cual han sido víctimas.

37.6 A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal y a interponer los recursos cuando ello hubiere lugar.

37.7 A ser asistidas durante el juicio por un abogado de confianza o por la Procuraduría Judicial de que trata la presente ley.

37.8 A recibir asistencia integral para su recuperación.

37.9 A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete, en el evento de no conocer el idioma, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

Artículo 38. **Protección a víctimas y testigos.** Los funcionarios a los que se refiere esta ley adoptarán las medidas adecuadas y todas las acciones pertinentes para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos, así como, la de las demás partes del proceso.

Para ello se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género y la salud, así como la índole del delito, en particular cuando este entrañe violencia sexual, irrespeto a la igualdad de género o violencia contra niños y niñas.

Se dará capacitación especial a los funcionarios que trabajan con este tipo de víctimas.

Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos.

cierto es que en la realidad es pensable que ello no ocurra, porque atendiendo a la distribución de la competencia judicial entre los Tribunales y la Corte Suprema de Justicia, cuyas sedes de los despachos judiciales estarán en las capitales de las principales ciudades del país para los primeros, y en Santafé de Bogotá para el segundo, y que muchas víctimas habitan en sitios alejados de dichas capitales fuera de que los desplazamientos acarrearán un costo que muchas veces es muy alto y no tendrán los recursos para hacerlo, permite reafirmar que las víctimas no serán en todas las regiones del país escuchadas, que la sociedad no sabrá de lo verdaderamente ocurrido, pues sólo se conocerá lo que el victimario haya dicho.

Asimismo al negar la ley desde los sistemas e instrumentos procedimentales, más no desde los principios, el derecho a la verdad tanto de la víctima como de la sociedad en el dolor, en la rabia y en la pérdida, antes de tomar una decisión vulnera el derecho a la bilateralidad de la audiencia no sólo consagrada en la Constitución y en todos los Pactos Internacionales, porque no puede perderse de vista ni por un instante que en el actual proceso penal la víctima ya no es aquel convidado de piedra que sólo puede participar en éste mediante su constitución en parte civil, no siendo más la parte accesorio del proceso, sino parte principalísima del mismo con todas las garantías, aún cuando no formule una pretensión indemnizatoria.<sup>27</sup>

---

Artículo 39. **Excepción a la publicidad en el juicio.** Como excepción al principio del carácter público de las audiencias de juzgamiento, el Tribunal Superior del Distrito judicial, a fin de proteger a las víctimas, los testigos, o a un acusado, podrá ordenar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada. Podrá ordenar la práctica de testimonio a través del sistema de audiovideo para permitir su contradicción y confrontación por las partes.

En particular, se aplicarán estas medidas respecto de víctimas de agresión sexual o de niños, niñas y adolescentes que sean víctimas o testigo.

Artículo 40. **Otras medidas de protección durante el proceso.** Cuando la publicidad de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida entrañe peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia, el Fiscal deberá abstenerse de presentarlos en cualquier diligencia anterior al juicio. En su reemplazo hará un resumen de dichos elementos de conocimiento. En ningún caso, esas medidas podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos.

Artículo 41. **Atención a necesidades especiales.** Tanto los órganos judiciales como las entidades de apoyo técnico y la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, tendrán en cuenta las necesidades especiales de las mujeres, de las niñas, niños, personas mayores de edad o con discapacidad que participen en el proceso.

<sup>27</sup> Es del caso citar el artículo 11 de la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) donde, además de la facultad tradicional de las víctimas a reclamar perjuicios tienen derecho las víctimas a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno; b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor; d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas; e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas; f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto; g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar; h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio; i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley; j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

De esta suerte, es importante advertir que la víctima revele su verdad porque de lo contrario la verdad no dicha, retorna bajo una forma de memoria distinta al recuerdo consciente de algo ya olvidado, o de algo ya pasado. Lo que por la fuerza se obliga a no recordar, por haber sido reprimido, se lo vivencia, se lo actúa durante todo el tiempo en que esté sobre la tierra la víctima, sin saber ella que se está viviendo algo del pasado en el presente. Funcionando este recuerdo reprimido como una memoria inconsciente que determina la historia de un sujeto o de un pueblo y éste o estos no lo saben, lo actúan sin saber que se está actuando. Es una imposibilidad de olvidar. A esta imposibilidad de olvidar le llamamos "trauma". Quizás por eso se considera generalmente que: un pueblo que desconoce su historia está condenado a repetirla.

En el mismo sentido, parece que la ley desconoce que la confesión de la verdad de todos, es la estrategia más importante para la política de reconciliación. Fuera de eso, no existen en la ley los espacios para la comunicación-diálogo entre las partes, cuando se trata de esclarecer una verdad de la que dependen asuntos individuales y colectivos tan importantes que comprometen la vida, la tranquilidad y la paz.

Finalmente, aunque la Ley manifieste que su propósito es la búsqueda de la reconciliación nacional, no permite que el victimario, quien fue en algún momento víctima logre la sanación de las heridas que le fueron causadas por los grupos guerrilleros, pues el paramilitar se hizo así según lo ha dicho en muchas ocasiones porque la guerrilla le arrebató con violencia a sus familiares y bienes, necesita algo más que la escueta confesión de los hechos para sanar sus heridas y evitar que hechos de tamaña monstruosidad y demencia se vuelvan a repetir y logre "la reentegación en la comunidad en busca de reparación, la restitución y el servicio a la comunidad".<sup>28</sup> Porque, tal y como hemos visto en la investigación de La Justicia Restaurativa, la cual se ha propiciado prácticas restaurativas en el Centro Penitenciario y Carcelario Bellavista de Medellín, que de la confesión, no surge el arrepentimiento, ni tampoco el propósito de enmienda,<sup>29</sup> lo cual es necesario para evitar la reincidencia y conseguir la tan anhelada paz.

---

<sup>28</sup> El artículo 518 del Código de Procedimiento Penal, entiende por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad. (subrayas propias)

<sup>29</sup> Esto parece ser una realidad porque como lo han dicho algún sector de psicólogos, en información que apareció en El Tiempo el 12 de febrero de 2006, sobre desconexión o distanciamiento moral. En efecto, se cree que la gente tiene un estándar de moralidad que nunca flaquea, sin embargo estudios de personas que realizan cosas desagradables por razones de necesidad, por deber o por su propia voluntad, hace que sus códigos morales sean más flexibles. Esto con el fin de amortiguar sus conciencias. La gente suele ajustar sus juicios morales en un proceso que algunos psicólogos llaman desconexión o distanciamiento moral. La desconexión sirve de sustento para la acción y entre otras cosas explica porqué está dentro de nosotros activar o desactivar nuestros estándares morales, lo cual muestra cómo la gente puede ser

Así, al analizar el procedimiento fijado en la ley 975 de 2005, desde la perspectiva según la cual el legislador no tiene una facultad discrecional o libertad configurativa de las normas de procedimiento, ya que la verdad, la justicia y la reparación son conceptos jurídicos indeterminados, permite concluir que aquél aunque repite estos conceptos tal y como han sido reconocidos por los organismos de protección de los derechos humanos, a más de consagrar la interpretación y aplicación de las normas de procedimiento de esta ley en consonancia con el derecho internacional tanto el convenido como el consuetudinario, ha fijado en el proceso sistemas que parecen borrar con el codo lo que se había hecho con la mano, como la oralidad, los plazos preclusivos y la limitación de la autonomía judicial en lo tocante con la dosimetría que debe seguir el juez para la imposición de la pena, no brindó ni de lejos, a las víctimas, que son los derrotados del conflicto mecanismos reales que les permitan hacer valer los derechos que la Ley con tanta pompa estableció en su favor, imposibilitando la racionalidad del diálogo, que es lo único que permite en última instancia la realización de una verdadera reparación y una justicia equitativa.

## **CONCLUSIÓN**

Teniendo en cuenta que es perfectamente posible que las disposiciones de la Ley acusada admitan múltiples interpretaciones, y algunas de ellas puedan estar en armonía con la Constitución, mientras que otras sean inconstitucionales, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional se debe mantener en el ordenamiento la Ley 975 pero aplicándola de conformidad con los criterios y principios de la Justicia Restaurativa. Esto significa que se debe establecer un tiempo y unas actividades necesarias para el restablecimiento del diálogo entre víctima, victimario y comunidad, que permita a su vez encontrar la verdad, reconstruir la memoria histórica, establecer las responsabilidades del caso y señalar una forma de reparación que permita no sólo la compensación económica, sino también el restablecimiento del derecho para que pueda lograrse una verdadera reconciliación.