

Bogotá D.C., noviembre de 2011

Honorables Magistrados y Magistrada
Corte Constitucional
M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
E. S. D.

Ref: Intervención ciudadana en el proceso 8643
Norma revisada: Artículo 3 de la Ley 1448 de 2011

Respetados Magistrado y Magistrada:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Paula Rangel Garzón, Nelson Camilo Sánchez León y Aura Patricia Bolívar Jaime, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, director y miembros del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad – DeJuSticia- y obrando en calidad de ciudadanos y ciudadanas, respetuosamente presentamos la siguiente intervención en el proceso de constitucionalidad referenciado.

En primer lugar, nos referimos al cargo por violación del derecho a la igualdad en relación con el primer inciso del artículo 3 que define que se considerarán como víctimas quienes hayan sufrido daños por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985. En este punto respaldamos la solicitud de inexecutable elevada por los demandantes. Sin embargo, las razones para apoyar esta declaratoria difieren en algunos puntos de las expuestas por los demandantes. Por un lado, sugerimos que en este caso debe aplicarse un test de igualdad intermedio y no estricto, como lo plantea la demanda, en tanto reconocemos que la ley en cuestión cristaliza un esfuerzo ambicioso por corregir una injusticia histórica, que justifica un control judicial más deferente frente al poder legislativo. Sostenemos que este caso es asimilable a los casos de medidas afirmativas orientadas a enmendar discriminaciones históricas y en los que, pese a que se utilizan categorías sospechosas de distinción que ameritan un test estricto, lo procedente es aplicar uno intermedio.

Por otro lado, al aplicar el test, advertimos que el trato diferenciado en función de la fecha sí obedece a una finalidad legítima e importante, que es la de lograr una efectiva implementación de la ley. En cuanto a la idoneidad y conducencia del medio escogido para cumplir dicho fin, separamos el análisis en tres niveles analíticos, a saber, el de la utilización en sí de un criterio temporal para delimitar el ámbito de la ley, el de la fijación de una fecha con base en un criterio que prioriza la atención y reparación del periodo en el que las violaciones a los derechos humanos se profundizaron e hicieron sistemáticas, y el de la determinación del 1 de enero de 1985 como fecha de corte. De conformidad con nuestro análisis, los dos primeros niveles satisfacen los parámetros del test de igualdad. La inconstitucionalidad se deriva del hecho de que la fijación de la fecha no se hizo de modo estricto según el criterio de priorización señalado, pues el legislador no justificó por

qué dejaba por fuera un periodo en el que, según evidencia de distinto tipo, ya existía una situación de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos. De acuerdo con los matices que arroja este análisis por niveles, a pesar de que respaldamos la declaratoria de inexecutable de la fecha, sugerimos a la Corte que difiera los efectos de su fallo para que el legislador tenga la oportunidad, si lo estima conveniente, de fijar una nueva fecha que responda adecuadamente a un criterio de priorización constitucionalmente válido.

En segundo lugar, nos referimos al cargo de inconstitucionalidad contra la exclusión de las víctimas de actos de delincuencia común. Partimos de la base de que este tipo de actos deben ser entendidos como aquellos que no fueron cometidos con ocasión del conflicto armado interno. Bajo este entendido, consideramos que la disposición es constitucional en la medida en que es válido que el legislador establezca una norma especial que, en el marco de un proceso de justicia transicional, establezca medidas específicas orientadas a la atención y reparación de las víctimas de la gran tragedia humanitaria desatada por el conflicto armado. Advertimos sin embargo, que en ocasiones se presenta un límite difuso entre delincuencia común y conflicto armado. Atendiendo a esta situación, exponemos algunos criterios normativos y jurisprudenciales que resultan de utilidad para definir cuándo puede considerarse que un acto fue cometido en el marco del conflicto armado interno, sobre los cuales sería conveniente que la Corte llamara la atención para efectos de que en la aplicación de la ley no se imponga una perspectiva restrictiva del conflicto que termine excluyendo a ciertas víctimas. De acuerdo con esto, sugerimos a la Corte que declare la exequibilidad condicionada de la norma, bajo el entendido de que los actos de delincuencia común corresponden a aquellos que no fueron cometidos con ocasión del conflicto armado interno y que en caso de duda frente a la naturaleza del acto, debe considerarse que el mismo ocurrió en el contexto del conflicto armado, favoreciendo así la inclusión de las víctimas en el ámbito de aplicación de la ley.

Finalmente, nos referimos a la exclusión de las víctimas pertenecientes a grupos armados al margen de la ley, así como de sus familiares. En este punto respaldamos la declaratoria de inexecutable solicitada en la demanda. Argumentamos, con base en la exposición de motivos del proyecto de ley y en los debates surtidos en el Congreso, que esta exclusión no se justificó en la búsqueda de ninguna finalidad racional y que incluso la disposición fue aprobada a sabiendas de los evidentes reparos de inconstitucionalidad. Ante la ausencia de justificación de este trato diferenciado entre las víctimas de la población civil y las pertenecientes a los grupos armados, suponemos que el fin de la medida es el que se deduce del sentido literal de la disposición, que no es otro que el de negar el carácter de víctimas a estas últimas. Sostenemos que este fin es ilegítimo y que, en tal sentido, la norma es inconstitucional, por cuanto omite el elemento determinante para considerar la existencia de una víctima, que es el daño sufrido por las conductas señaladas en la ley; desconoce la condición de vulnerabilidad propia de una víctima en razón de su culpabilidad; somete el reconocimiento de derechos humanos a un sistema de compensación de culpas y daños; y envía un mensaje perverso que no contribuye con el propósito de reconciliación ni con la buena fe de las víctimas, al entender a los victimarios como seres sin capacidad de sufrimiento y a los daños sufridos por ellos como menos relevantes o, peor aún, como justificados.

I. La fijación de una fecha como criterio para el reconocimiento de la calidad de víctima del conflicto armado en la Ley 1448 de 2011.

El artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 define quiénes serán consideradas como víctimas para efectos de la aplicación de esta ley. Establece como criterio general el haber sufrido un daño por "infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno". Este criterio general guarda correspondencia con el objeto de la ley que consiste precisamente en establecer medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno.

Además de este criterio general, la ley establece una fecha para delimitar el universo de las víctimas a las cuales esta se dirige. De conformidad con el mismo artículo, se considerarán víctimas "aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985". En virtud de este límite temporal, quienes hayan sufrido daños por hechos acaecidos a partir de esta fecha tienen acceso a las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación establecidas en la ley. Por su parte, a las víctimas de infracciones al DIH o de violaciones graves y manifiestas a los derechos humanos ocurridas antes del 1 de enero de 1985 únicamente se les reconocen los derechos a la verdad, a acceder a medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la ley, pero solo "como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas" (Art. 3, par. 4).

A juicio de los demandantes, el establecimiento de una fecha desconoce el concepto universal de víctima, vulnera la dignidad humana y viola los derechos a la igualdad, la verdad, la justicia y la reparación integral. Consideran que no es admisible que la fijación de una fecha responda a consideraciones presupuestales, pues negar los derechos de las víctimas por razones económicas es una violación del derecho al acceso a la justicia y de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos asumidos por Colombia.

En este apartado de la intervención, nos concentraremos en el cargo por violación del derecho a la igualdad. Para tal efecto, en primer lugar indicaremos cuál es el test procedente para analizar el trato diferenciado dado a las víctimas en función de la fecha de ocurrencia de las violaciones. En segundo lugar, aplicaremos el test.

1. Procedencia de un test de igualdad intermedio

Ante los casos de presunta vulneración del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional ha reiterado la necesidad de aplicar un test para decidir si la norma guarda correspondencia con el orden constitucional. Este test tiene distintos niveles de intensidad que se determinan en función del grado de potestad de configuración normativa con que cuenta el legislador. Así, en tanto mayor es el margen de configuración, el juicio de igualdad es más débil; mientras que el juicio es más estricto en aquellos casos en los que dicho margen es más reducido. De

conformidad con esto, la Corte ha fijado tres niveles de intensidad del juicio de igualdad: leve, intermedio y estricto.

En este sentido, la primera cuestión que debe determinarse para escoger el test de igualdad procedente en un asunto particular es cuál es el grado de potestad de configuración del legislador. La Corte ha advertido que esta potestad depende “(i) de la materia regulada; (ii) de los principios constitucionales afectados por la forma en que dicha materia fue regulada; y (iii) de los grupos de personas perjudicados o beneficiados con el trato diferente”¹. Adicionalmente, ha advertido que en virtud del respeto al principio democrático, la regla general es aplicar un test débil, a menos que existan razones que justifiquen la aplicación de un test más estricto². Para el caso del test estricto, que supone el menor margen de configuración legislativa, la Corte ha indicado que su aplicación se justifica cuando la norma en cuestión:

“(i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población”³

Por su parte, en lo que respecta al juicio intermedio, la Corte ha definido que este procede cuando la norma no ha sido expedida por el Congreso, pues en tal caso no está en juego el respeto del principio democrático⁴; cuando se afectan derechos constitucionales no fundamentales⁵ y cuando se trata de medidas de acción afirmativa o discriminación inversa⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, estimamos que en el presente caso un test débil resulta inadecuado por cuanto la Ley 1448 establece medidas encaminadas a garantizar los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas a los derechos humanos, los cuales tienen el rango de derechos constitucionales⁷. En efecto, en la medida en que la norma impugnada dispone un trato distintivo que involucra el goce de derechos constitucionales, el margen de configuración legislativa es más

¹ Corte Constitucional, sentencia C-748-09, MP. Rodrigo Escobar Gil.

² Corte Constitucional, sentencia C-888-02, MP. Manuel José Cepeda.

³ Corte Constitucional, sentencia C-521 de 2007, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-888-02.

⁵ Corte Constitucional, sentencias C-584 de 1997, MP. Eduardo Cifuentes; C-183 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-227 de 2004, MP. Manuel José Cepeda.

⁶ Corte Constitucional, sentencias C-221 de 2011, MP. Luis Ernesto Vargas Silva; C-434 de 2010, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷ Dijo la Corte en la sentencia C-370 de 2006: “En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado que el derecho de las víctimas de delitos a conocer la verdad de lo ocurrido y el derecho de la sociedad a esclarecer procesos de macrocriminalidad que afectan de manera masiva y sistemática los derechos humanos de la población, son derechos constitucionales (en particular, ver la sentencia C-228 de 2002).” Por su parte, en la sentencia C-319 de 2006, advirtió que “los derechos de las víctimas son la concreción de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y debido proceso, - en cuanto además de la reparación del daño, la víctima tiene el derecho al establecimiento de la verdad”.

reducido y por tanto el juicio de igualdad debe ser más exigente. La cuestión consiste entonces en determinar si procede aplicar el test estricto o el intermedio.

Los demandantes señalaron que debía aplicarse un test estricto en cuanto la norma “limita el goce de un derecho constitucional, en algunos casos aplica un criterio sospechoso y en otros otorga un privilegio”. A diferencia de los demandantes, consideramos que en el presente caso resulta más adecuado aplicar el test intermedio. Por un lado, el trato distintivo no se funda en una categoría sospechosa, sino en un criterio temporal que, en principio, resulta neutro. En efecto, la norma no otorga un trato diferenciado en función de alguna de las categorías prohibidas en el artículo 13 de la Constitución, a saber, el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica; ni tampoco en función de otras categorías que se refieren a sujetos que han sido históricamente discriminados, como la orientación sexual o la discapacidad. Por otro lado, las medidas especiales establecidas en la ley 1448 a favor de cierto tipo de víctimas no pueden considerarse como el otorgamiento de un privilegio, pues se trata de medidas orientadas a garantizar la efectividad de sus derechos constitucionales.

Por otro lado, aunque la norma sí afecta *prima facie* los derechos constitucionales de las víctimas, no debe perderse de vista que el trato distintivo opera en el marco de una ley que establece una política pública orientada a corregir una injusticia histórica, que es precisamente la de la ausencia de garantía efectiva de los derechos de quienes han sido víctimas de graves violaciones a los derechos humanos en el marco del conflicto armado. De este modo, la ley 1448 se asemeja en cierto grado a aquellas leyes orientadas a corregir discriminaciones históricas por medio de acciones afirmativas frente a las cuales, como ya lo indicamos, opera el test intermedio.

En relación con las acciones afirmativas, la Corte ha establecido que pese a que el trato desigual usualmente se funda en categorías sospechosas de distinción, no cabe utilizar un test estricto pues lo que se pretende con tales acciones es corregir desigualdades históricas, en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 13 de la Constitución, según el cual el “Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”. De conformidad con la Corte, “no es lo mismo que una medida legislativa utilice esos criterios [las categorías sospechosas] para profundizar las desigualdades, que para corregir las discriminaciones históricamente existentes”⁸. En este sentido, existe un mayor grado de deferencia a la actividad del legislador, que justifica la procedencia del test intermedio.

La racionalidad argumentativa que sustenta el uso de este tipo de test para el caso de las acciones afirmativas aplica igualmente para una ley como la 1448, que pretende enmendar una injusticia histórica frente a las víctimas del conflicto armado. En la medida en que con esta ley se concreta un esfuerzo político, presupuestal e institucional que apunta a corregir un complejo y amplio déficit en la protección de los derechos de tales víctimas, estimamos que el juez constitucional debe tener un grado mayor de deferencia con el legislador. En efecto, no puede ubicarse en el mismo nivel de control una norma que genera un trato desigual, pero que no apunta a resolver una injusticia histórica de gran magnitud, con una norma que, como la Ley 1448 de 2011, sí lo hace.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-101 de 2005, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

En conclusión, estimamos que el juicio intermedio constituye en este caso la metodología de escrutinio adecuada, pues tiene en cuenta las restricciones a las que debe someterse el legislador en virtud de la materia regulada, pero al mismo tiempo le reconoce un margen de libertad dado el propósito de corrección de una injusticia histórica.

2. Aplicación del test intermedio de igualdad

A diferencia del juicio leve en el que basta que el trato diferenciado obedezca a un fin que no esté prohibido por la Constitución y que sea potencialmente adecuado o idóneo para cumplirlo, el juicio intermedio requiere (i) “que el fin o los fines no sólo sean legítimos sino también constitucionalmente importantes, en razón de que promueven intereses públicos valorados por la Carta o en razón de la magnitud del problema que el legislador busca resolver”⁹ y (ii) “que el trato diferente sea no sólo adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin o los fines buscados por la norma sometida a control judicial”¹⁰.

En relación con la existencia de un fin legítimo e importante, cabe indicar que aunque en buena medida el debate en relación con la fecha gravitó en torno a cuál debía escogerse y no respecto a la justificación en sí de la fijación de un marco temporal, de las intervenciones de algunos representantes en el debate dado en la Cámara de Representantes¹¹ es posible inferir que esta obedeció a la finalidad de adecuar la norma a las capacidades financiera e institucional del Estado. Así, el Representante Óscar Fernando Bravo Realpe, manifestó al respecto: “tenemos que ser fiscalmente responsables, y el Estado y el Gobierno nos tiene que decir exactamente desde qué fecha se compromete a indemnizar a esas víctimas o a restituir esas tierras”¹². En el mismo sentido, el Representante Augusto Posada Sánchez indicó: “Este proyecto le va a generar una gran expectativa a todos los colombianos ¿Cómo les vamos a responder? Ahí radicamos una proposición donde este proyecto en la ponencia tiene una vigencia de 10 años, tenemos los recursos necesarios y la estructura necesaria para responderle a todas esas víctimas”¹³.

Podría indicarse que la garantía efectiva de derechos no puede limitarse en función de la falta de recursos o de capacidad institucional, sino que más bien debe operar el principio inverso, es decir, la adecuación del presupuesto y de la infraestructura del Estado en función de la garantía de derechos. Aunque compartimos la idea de que el Estado debe adecuarse para cumplir sus obligaciones en materia de garantía de derechos, estimamos que en el presente caso la finalidad del trato distintivo sí resulta legítima y constitucionalmente importante pues más que garantizar la sostenibilidad financiera del Estado –que en sí es también un fin legítimo e importante–, la fijación de una fecha apunta a la efectiva implementación de la ley. En efecto, la garantía de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y de infracciones al DIH es una tarea de gran envergadura en un país como Colombia que ha vivido un conflicto armado de larga duración que ha dejado millones de víctimas. La magnitud de la tragedia humanitaria a la cual responde la

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-741 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ *Ibídem*.

¹¹ Ver al respecto: Gaceta del Congreso 116 del 23 de marzo de 2011, acta de Plenaria 40 del 13 de diciembre de 2010 Cámara.

¹² *Ibídem*.

¹³ *Ibídem*.

Ley 1448 demanda un gran esfuerzo por parte del Estado, no solo en términos de la inversión de recursos financieros, sino en términos de las capacidades institucionales. En este sentido, la adecuación de las metas de la ley a lo que el legislador estima que puede hacer para satisfacerlas resulta una finalidad legítima de conformidad con la Constitución, pues en últimas lo que está en juego es que la ley efectivamente se pueda implementar, esto es, que los derechos constitucionales de millones de víctimas puedan ser garantizados. La asunción de un compromiso que el Estado no está en condiciones de cumplir puede llevar al traste la iniciativa de afrontar la grave tragedia humanitaria desatada por el conflicto armado.

De acuerdo con lo anterior, es posible concluir que en razón de la magnitud del problema que el legislador busca resolver, el trato distintivo obedece a un fin legítimo, que es el de lograr la efectiva implementación de la ley, el cual claramente constituye un interés público valioso a la luz de la Constitución.

Pasamos entonces al segundo paso del test, relativo a la idoneidad y efectiva conducencia del medio elegido para alcanzar esta finalidad. Es preciso aclarar que en este punto existen dos niveles de análisis que, aunque están estrechamente conectados, tienen sus propias especificidades. El primero es la fijación de una fecha como criterio para delimitar el ámbito de aplicación de la ley. El segundo es la determinación del 1º de enero de 1985 como fecha de corte para la definición de las víctimas que tendrían acceso a todas las medidas establecidas en la ley 1448. Estimamos que es útil mantener esta distinción analítica en aras de una mayor claridad del argumento. Por tal razón, realizaremos la evaluación del medio frente a cada uno de estos niveles.

En relación con la elección de un criterio temporal, advertimos que se trata de un medio adecuado y efectivamente conducente para alcanzar la finalidad de implementar apropiadamente la ley, por cuanto la fijación de una fecha permite delimitar del modo más certero posible el ámbito de aplicación de esta. A diferencia de otros países que han establecido programas de reparación administrativa para las víctimas de violaciones manifiestas a los derechos humanos, en los cuales puede identificarse con claridad el momento que marca el inicio del periodo en el que ocurren tales violaciones –v.gr. la toma del poder por militares golpistas–, en Colombia es difícil identificar un momento semejante, dadas las continuidades y discontinuidades de la violencia política. Así, algunos dirán que fue el 9 de abril de 1948, con el asesinato de Gaitán; otros, que con la aparición de las guerrillas de izquierda en los años sesenta, con la adopción del Estatuto de Seguridad en 1978 o con los magnicidios y las masacres de los ochenta; mientras que para otros es preciso ir más atrás del 9 de abril, por ejemplo, a la masacre de las bananeras en 1928.

La Ley 1448 pretende atender y reparar a las víctimas de infracciones al DIH o de violaciones graves y manifiestas a los derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno. Sin embargo, la inexistencia de un consenso claro acerca del inicio del conflicto hace que la fijación de un límite temporal resulte no solo adecuada, sino necesaria para especificar el ámbito de aplicación de la ley. Si la ley no establece una fecha de corte, las disputas académicas de los historiadores y politólogos en relación con el punto de partida del conflicto armado se trasladarían al ámbito concreto de la aplicación de la ley, lo cual traería el enorme inconveniente de abrir un amplio campo de incertidumbre en relación con los destinatarios. Una situación como esta entorpecería la efectiva implementación de la ley y podría incluso conducir a su colapso ante la eventual avalancha de solicitudes que tendrían que ser resueltas, ante la falta de unanimidad de

criterios para determinar cuáles deberían ingresar a los mecanismos previstos en la ley, o incluso ante el incremento exponencial del número de beneficiarios que terminarían siendo incluidos en vista precisamente de la falta de certeza. Pero también el escenario contrario podría desencadenarse, es decir, que el ámbito de la ley se redujera drásticamente con la exclusión de posibles beneficiarios en virtud de la aplicación de criterios restrictivos por parte de los funcionarios encargados de responder a las solicitudes.

En relación con el segundo nivel de análisis del medio, esto es, la elección del 1° de enero de 1985 como fecha de corte, cabe a su vez distinguir dos subniveles. El primero corresponde al criterio que subyace a la elección de esta fecha, y el segundo a la fecha finalmente elegida por el legislador.

Respecto al primer punto, es posible advertir que el legislador se apoyó en un criterio de priorización de las víctimas del periodo en el cual se agudizaron e hicieron sistemáticas las graves violaciones a los derechos humanos con ocasión del conflicto armado. Así se deduce de los debates dados en la plenaria de la Cámara. En efecto, en la ponencia para el debate de la plenaria en Cámara del 13 de diciembre de 2010, en la cual se sugirió la fecha de 1993, se indicó que ese año “marca el inicio de un escalamiento de la confrontación bélica interna en el país”¹⁴ y que en él “las violaciones masivas de derechos sufrieron un incremento exponencial”¹⁵. Esta fecha finalmente fue rechazada, precisamente porque varios representantes indicaron que antes de ese año ya podía advertirse una situación sistemática de graves violaciones a los derechos humanos. Así, el coordinador ponente en Cámara en la sesión plenaria del 13 de diciembre de 2010 defendió que la ley cubriera hasta mediados de los ochentas. En respaldo de su propuesta, indicó que después de la celebración de la Séptima Conferencia de las Farc en 1984, creció el aparato militar de esta organización “y por ende se incrementaron las violaciones a los derechos humanos por parte de esa organización criminal”¹⁶. Igualmente señaló que a mediados de los ochentas se desataron homicidios indiscriminados en todo el país y ocurrieron “las más cruentas masacres”¹⁷.

Consideramos que este criterio de priorización resulta adecuado y conducente frente a la finalidad de lograr una efectiva implementación de la ley de víctimas. Dado que el propósito de esta ley es dar una respuesta a la tragedia humanitaria desatada por el conflicto armado, concentrarse en el periodo en el que las violaciones al DIH y a los derechos humanos se incrementaron y adquirieron un carácter más sistemático constituye un medio idóneo para cumplir el objeto de la ley.

Es oportuno destacar que los programas administrativos de reparaciones implementados en otros países han utilizado también criterios de priorización para delimitar el conjunto de destinatarios, aunque lo han hecho fundamentalmente en función del tipo de violación. Así, el programa de reparaciones en Argentina cobijó en un principio solo a las víctimas de desaparición forzada durante la dictadura, mientras que los de Chile y Brasil se concentraron en reparar a las víctimas de desapariciones y asesinatos cometidos en el marco de la violencia política. Posteriormente, algunos de estos programas se ampliaron para cobijar a las víctimas de otras conductas. En Argentina, por ejemplo, se incluyeron por medio de distintas leyes a las víctimas de detención arbitraria, lesiones graves, rapto a menores y despidos políticos; y en Chile sucedió lo mismo con las víctimas de

¹⁴ Gaceta del Congreso 116 del 23 de marzo de 2011, acta de Plenaria 40 del 13 de diciembre de 2010 Cámara.

¹⁵ *Ibídem*.

¹⁶ *Ibídem*.

¹⁷ *Ibídem*.

despidos políticos, confiscación ilegal de bienes, prisión política y tortura.¹⁸ Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El hecho de que los programas se hayan concentrado en esos tipos de violaciones no resulta totalmente injustificado. Cuando los recursos para las reparaciones escasean, hay que elegir y, posiblemente, resulta lógico centrarse en los delitos más graves”¹⁹.

La experiencia comparada pone en evidencia que es común la utilización de criterios de priorización cuando se emprenden ambiciosos programas administrativos de reparación, precisamente en virtud de la limitación de los recursos. Pero a diferencia de los casos referidos, el legislador colombiano no priorizó en atención al tipo de conducta pues incluyó a las víctimas de infracciones al DIH y de violaciones graves a los derechos humanos cometidas en el marco del conflicto armado. La ausencia de distinción en función de los delitos hace que el programa de reparaciones colombiano resulte aún más ambicioso que los emprendidos en otros países de la región. En vista de esto, el uso de otro criterio de priorización, como el elegido por el legislador colombiano, se revela como un medio idóneo y necesario para lograr la implementación de tan ambicioso programa.

El problema se presenta con el segundo subnivel de análisis, esto es, el relativo a la selección del 1º de enero de 1985. A pesar de que el criterio en el cual se apoyó el legislador para fijar la fecha satisface los parámetros del test de igualdad, no sucede lo mismo con la fecha escogida. Aunque existe evidencia que señala que antes de 1985 ya existía una situación crónica de violación de derechos humanos en el país, el legislador nunca justificó por qué dejó por fuera un periodo que, de conformidad con el criterio de priorización seleccionado por él mismo, debía haber sido cubierto por la ley. Incluso en el transcurso de los debates esta situación fue puesta de manifiesto por algunos congresistas. Así, el senador Luis Carlos Avellaneda indicó que la reparación desde mediados de los ochentas no resultaba satisfactoria pues dejaba por fuera un periodo en el que también se habían cometido con recurrencia graves violaciones a los derechos humanos. El senador advirtió, por ejemplo, que “entre 1980 y 1985 fueron perpetrados alrededor de 5.000 actos criminales entre asesinatos, torturas y desapariciones forzosas atribuibles a agentes del Estado y al paramilitarismo”²⁰. Igualmente indicó que en este periodo ocurrió la toma y retoma del palacio de justicia y que durante la década de los ochentas se fortalecieron las estructuras paramilitares en el Magdalena Medio y Boyacá.

Los demandantes también ofrecen evidencia que muestra la recurrencia de violaciones a los derechos humanos antes de 1985²¹. Como complemento a esta, cabe señalar que en junio de 1981 la Comisión Interamericana publicó su primer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, lo cual demuestra que antes de 1985 ya existían en el país unas

¹⁸ Bolívar, Aura Patricia (2009). “Mecanismos de reparación en perspectiva comparada”, en Sánchez, Nelson Camilo, Uprimny, Rodrigo y Díaz, Catalina (eds). *Reparar en Colombia: Los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Bogotá: ICTJ y DeJusticia, pp. 106-107.

¹⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008). *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto*. Programas de reparaciones, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammesSP.pdf>

²⁰ Constancia en la ponencia para primer debate, citada en la corrección de la demanda de los expedientes acumulados D-8668 y D-8643, p. 47.

²¹ Ver: Corrección de la demanda de los expedientes acumulados D-8668 y D-8643, pp. 35 y ss.

condiciones lo suficientemente preocupantes como para atraer la atención de los organismos internacionales.

De acuerdo con lo anterior, la elección del 1° de enero de 1985 como fecha de corte para la delimitación de los destinatarios de la ley 1448 no responde adecuadamente al criterio de priorización definido por el legislador y, en esta medida, no satisface los parámetros del test de igualdad. En efecto, si bien se ajusta a la Constitución que la ley establezca una fecha para demarcar el conjunto de destinatarios y que priorice la reparación de las víctimas del periodo en el que se agrava la situación de derechos humanos en el país, la fecha escogida no se adecúa a la Carta en tanto excluye a víctimas por hechos que también ocurrieron en dicho periodo.

Esta exclusión demandaba una justificación adicional por parte del legislador. Tal como lo argumentamos en la exposición precedente, existe una justificación constitucional para establecer un trato especial para las víctimas del periodo en el que se agrava la situación de derechos. Pero si además de esto el legislador establece una nueva distinción entre las víctimas de este mismo periodo, dicha justificación resulta claramente insuficiente, razón por la cual el legislador debe ofrecer razones adicionales. Dado que el legislador no satisfizo este plus argumentativo, la elección de la fecha resulta inconstitucional.

De acuerdo con lo anterior, apoyamos la solicitud de declaratoria de inexecutable formulada por los demandantes. Sin embargo, dado que estimamos que la inconstitucionalidad de las expresiones acusadas radica en la fecha elegida por el legislador y no en la fijación en sí de una fecha, y que además un límite temporal resulta necesario para la implementación efectiva de la ley, sugerimos a la Corte que, en caso de aceptar la petición de los demandantes, difiera los efectos de su fallo durante un plazo razonable en el cual el legislador tenga la posibilidad, si así lo estima conveniente, de fijar una fecha distinta y justificar debidamente su elección de conformidad con el criterio de priorización seleccionado.

La razón por la cual solicitamos que la Corte difiera los efectos en este caso es la siguiente: si la sentencia acoge nuestro argumento, según el cual es válido que la ley establezca una fecha, pero que la fecha específicamente establecida no es constitucional, no podría la Corte declarar inexecutable en forma pura y simple dicha fecha, por cuanto esto implicaría que la ley queda cubriendo cualquier violación, sin límite temporal. Pero eso no correspondería a la tesis de que la previsión de una fecha es posible, pues la decisión de inexecutable pura y simple estaría excluyendo del ordenamiento sin justificación una decisión legislativa constitucional, a saber, que un programa de reparaciones administrativas puede estar delimitado temporalmente. Pero tampoco puede la Corte proceder a fijar ella misma la fecha pues dicha decisión corresponde al legislador. Ni tampoco puede la Corte declarar executable en forma pura y simple la fecha, por cuanto esto implicaría avalar la fecha escogida por el legislador, que hemos explicado que es inconstitucional. Por ello la única alternativa razonable es diferir los efectos de la inconstitucionalidad por un tiempo razonable, como podría ser un año, para que en ese plazo el Congreso debata y sustente adecuadamente la escogencia de otra fecha, o decida definitivamente no establecer ninguna fecha.

II. La exclusión de las víctimas de delincuencia común

El tercer párrafo del artículo 3 de la ley 1448 establece que “no serán considerados como víctimas quienes hayan sufrido un daño en sus derechos como consecuencia de actos de delincuencia común”. Según los demandantes, la falta de definición de la noción de delincuencia común puede conducir a interpretaciones arbitrarias que excluyan a ciertas víctimas. En particular, indican que tal situación puede suceder con las víctimas de las llamadas Bandas Criminales Emergentes, las cuales son consideradas por el gobierno nacional como grupos de delincuencia común, pese a que, según lo advierten los demandantes, las mismas constituyen reductos del paramilitarismo. Solicitan en consecuencia que se declare la inconstitucionalidad de la disposición o, en su defecto, que se declare su exequibilidad condicionada bajo los entendidos de que la misma no excluye a las víctimas de las Bandas Criminales Emergentes “que comparten rasgos estructurales esenciales con los que han sido reconocidos como grupos armados al margen de la ley, específicamente, con paramilitares”, y de que los actos de delincuencia común corresponden “a aquellos delitos que no son considerados graves de acuerdo a los estándares de derechos humanos y derecho internacional humanitario”.

Dado que los demandantes sustentan el cargo de inconstitucionalidad en la falta de definición de la expresión “actos de delincuencia común”, estimamos que en primer lugar es necesario interpretar el sentido y alcance de esta. Al respecto, es posible advertir dos alternativas. La primera es la que define la delincuencia común por oposición a la delincuencia política. La segunda se deriva de una interpretación sistemática de la ley 1448, según la cual la noción de delincuencia común se definiría por oposición a las “infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno” a las cuales hace referencia el primer inciso del artículo 3°.

La primera alternativa corresponde a una larga tradición jurídica del derecho penal nacional que ha mantenido –aunque cada vez de manera más débil– una distinción entre delincuente político y delincuente común. De acuerdo con la teoría subjetiva del delito político, esta distinción se funda en la diferencia de los móviles de la conducta: mientras el delincuente común actuaría por un móvil egoísta, el político lo haría por un móvil altruista de transformación social. Por su parte, según la teoría objetiva, la diferencia está dada por la naturaleza del bien jurídico atacado: estamos ante un delito político cuando la conducta se dirige contra el Estado, en tanto este es la entidad política por excelencia; por oposición, los delitos que no están orientados a atacar al Estado caerían en la órbita del delito común. La tradición jurídica nacional ha recogido elementos de las dos teorías para explicar la distinción entre estas dos modalidades de delincuencia. Así, siguiendo la teoría objetiva ha reconocido el carácter de delincuentes políticos a los guerrilleros que incurren en el delito de rebelión, mientras que de conformidad con la teoría subjetiva negó tal estatus a los paramilitares incurso en el delito de concierto para delinquir agravado.

Ahora bien, aunque usualmente el concepto de delincuencia común se ha definido por oposición al de delincuencia política, estimamos que este no es el sentido que se ajusta a la expresión contenida en la ley 1448. Y no lo es porque de este modo, o bien la ley terminaría por excluir a las víctimas de los grupos paramilitares que, según la jurisprudencia de la sala penal, no tienen el carácter de

delinquentes políticos; o bien terminaría reconociendo el carácter de delito político a todas las conductas cometidas con ocasión del conflicto armado, lo cual también iría en contradicción no solo con la jurisprudencia constitucional y penal, sino con disposiciones internacionales y nacionales que de manera enfática establecen que las violaciones a los derechos humanos no pueden catalogarse en ningún caso como actos de delincuencia política.

Una interpretación sistemática de la ley 1448 resulta más adecuada para fijar el sentido y alcance de la expresión “actos de delincuencia común”. Según se advierte desde el mismo título de la ley, esta fija “medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno”. Por su parte, el artículo 1º dispone que la ley “tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales”. Y el primer inciso del artículo 3, establece que se considerarán víctimas quienes hayan sufrido un daño “como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”. De acuerdo con estas disposiciones, resulta adecuado entender que la exclusión de las víctimas de la delincuencia común es una reiteración del objeto específico de la ley, esto es, atender y reparar a quienes han sido víctimas de cierto tipo de actos ocurridos en el marco del conflicto armado interno. En este sentido, debe entenderse que la expresión “actos de delincuencia común” se refiere en esta ley a los delitos que no han sido cometidos con ocasión del conflicto armado.

Bajo este entendido, estimamos que el párrafo acusado resulta constitucional pues la exclusión de las víctimas de la delincuencia común es una consecuencia directa de la especificidad de la ley. La ley 1448 se promulga como parte de un proceso de justicia transicional que pretende satisfacer los derechos de las víctimas del conflicto armado con el fin último de aportar al logro de la paz. Específicamente, la ley entiende justicia transicional en los términos del artículo 8, que consagra:

“Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible”

Por otro lado, puesto que el objetivo es construir un programa de reparaciones especiales, es posible delimitarlo solo para las violaciones sistemáticas y excluir a aquellas esporádicas que pueden considerarse propias de la delincuencia común. Así, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado:

“Los programas de reparaciones tienen por objeto reparar (parcialmente) las violaciones manifiestas y sistemáticas de derechos humanos, y no las esporádicas o excepcionales. Esto tiene consecuencias de largo alcance. Implica que el universo de posibles beneficiarios es grande y que, probablemente, habrán sufrido formas diversas y múltiples de abuso”²².

Ahora, si bien la definición de actos de delincuencia común como actos ocurridos por fuera del marco del conflicto armado permite superar en buena medida la falta de determinación alegada por los demandantes, es oportuno que la Corte precise también el alcance de la noción de actos ocurridos con ocasión del conflicto armado interno, para evitar que en la implementación de la ley se imponga una visión restrictiva que termine limitando la garantía de los derechos de las víctimas. Esto es particularmente importante en el contexto de un conflicto armado degradado y, en algunos escenarios, desideologizado, en el cual la frontera con la delincuencia común puede resultar borrosa. En efecto, la conexión estructural de los grupos armados con actividades ilícitas más propias de la delincuencia común, como es el caso del narcotráfico, puede dificultar en ocasiones la distinción. Para afrontar esta situación, tanto la jurisprudencia constitucional, como la jurisprudencia penal ofrecen criterios valiosos que contribuyen a precisar si una violación a los derechos humanos ha sido cometida con ocasión del conflicto armado o es un acto de delincuencia común. A tales criterios nos referiremos brevemente a continuación.

Un primer criterio fundamental es que la determinación de la existencia de un conflicto armado no depende de un reconocimiento oficial, sino de la confluencia de ciertos factores objetivos. Así lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C- 291 de 2007, al señalar:

“Para efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la existencia de un conflicto armado se determina jurídicamente con base en factores objetivos, independientemente de la denominación o calificación que le den los Estados, Gobiernos o grupos armados en él implicados”²³.

Un segundo criterio, que es tan solo un corolario del anterior, es que la caracterización de un grupo armado como actor del conflicto no depende tampoco de que el Estado o el gobierno lo califiquen como tal, sino, nuevamente, de que tenga ciertas características que puedan ser verificadas a partir de un análisis objetivo. En este sentido, la posición del gobierno que califica un grupo como de delincuencia común –tal como sucede, por ejemplo, en el caso de las bandas emergentes- no se debe imponer para negar de tajo que las violaciones perpetradas por este no ocurrieron en el marco del conflicto armado. La determinación debe realizarse en cada caso, atendiendo a elementos objetivos.

El tercer criterio se refiere precisamente a tales elementos. En primer lugar, el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, en su artículo 1º dispone:

“El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo

²²Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto* Programas de reparaciones, 2008.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.”

De conformidad con el Protocolo, puede calificarse como actor del conflicto al grupo armado organizado que tenga un mando responsable y que ejerza un control territorial suficiente para llevar a cabo operaciones militares y para aplicar las normas del DIH. Estos criterios también se pueden encontrar en la jurisprudencia nacional. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a las infracciones al Derecho Internacional Humanitario tipificadas en el Título II del Código Penal, cuyo elemento común es precisamente el de ser cometidas “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”, ha dispuesto:

“De lo expuesto se colige que aunque la conceptualización de conflicto no internacional es compleja y los gobiernos tienden a no aceptar su existencia; se está ante uno de esa naturaleza cuando los rasgos de un conflicto internacional se presentan en el territorio de un Estado al verificarse elementos tales como: (i) enfrentamiento entre partes, ya sea fuerzas armadas gubernamentales y disidentes, o las primeras frente a insurrectos organizados; (ii) un mando responsable, sin que implique una organización ‘tradicional’ militar sino una suficiente para llevar a cabo operaciones militares calificadas, y con la posibilidad de imponer una disciplina; (iii) un control del territorio, sin que sea relevante la porción o permanencia, solo un control ‘tal’ que le permita servir el Protocolo y realizar las operaciones; (iv) el carácter sostenido y concertado de las operaciones militares está lejos de coincidir con lo permanente –duración- o esporádico pero, eso sí, unido a la forma de ser organizado, ordenado y preparado; y (v) capacidad de aplicar el Protocolo, lo que no indica que en efecto ello sea constante, sino que se tenga la capacidad, ya que se posee la estructura para hacerlo”.²⁴

Los anteriores elementos proporcionan un criterio objetivo para determinar en qué casos un grupo puede ser considerado como actor del conflicto armado, con independencia de que exista un reconocimiento oficial por parte del gobierno. Sin embargo, aunque la naturaleza del grupo que comete la violación constituye un indicador importante para determinar cuándo un acto ha sido cometido en el marco del conflicto armado, el factor determinante en este punto es el grado de conexión entre el acto y el conflicto, con independencia incluso de que aquel haya sido cometido por un grupo que pueda ser catalogado como parte de este.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que los actos cometidos con ocasión del conflicto armado no se restringen a aquellos ocurridos en un combate. Basta que el acto tenga una conexión cercana con el conflicto para considerar que se trata de un acto cometido con ocasión y en desarrollo de este:

²⁴Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 35099 23 de marzo de 2011, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán

“En términos materiales, para que un determinado hecho o situación que ha ocurrido en un lugar en el que no se han desarrollado los combates armados quede cubierto bajo el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto”²⁵

Igualmente, la Corte ha retomado pronunciamientos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, de conformidad con los cuales:

“no es necesario que exista un vínculo directo entre la conducta y el conflicto armado en el sentido de que aquella no tiene por qué producirse en medio del fragor del combate. Según la Sala de apelaciones [del TPIY y del TPIR] basta con que exista una relación de cierta proximidad entre la conducta y las hostilidades que se están desarrollando en cualquier otro lugar del territorio controlado por las partes contendientes, de manera que se pueda afirmar que su comisión o la manera de llevarse a cabo se encuentra influenciada por la existencia del conflicto armado”.²⁶

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha recogido los criterios de estos tribunales internacionales que resultan de utilidad para identificar cuándo un acto ha ocurrido en el marco del conflicto:

“La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe *“en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido –v.g. el conflicto armado–”*²⁷. Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes²⁸. También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión de crímenes de

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Proceso No. 35099 del 23 de marzo de 2011, M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán

²⁶ Olásolo, Héctor y Pérez, Ana (2008). *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, cit. en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso N° 32022 del 21 de septiembre de 2009, MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

²⁷ Traducción informal: “*Such a relation exists as long as the crime is ‘shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed.’*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Blagojevic y Jokic, sentencia del 17 de enero de 2005. En igual sentido ha explicado este tribunal que “*lo que distingue en últimas a un crimen de guerra de un delito puramente doméstico, es que el crimen de guerra es moldeado por o dependiente del ambiente en el cual se ha cometido –el conflicto armado–*” [Traducción informal: “What ultimately distinguishes a war crime from a purely domestic offence is that a war crime is shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002].

²⁸ Traducción informal: “59. *In determining whether or not the act in question is sufficiently related to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account, inter alia, the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act*

guerra, que es suficiente establecer que “*el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado*”²⁹, y que “*el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió*”^{30, 31}.

En conclusión, ante el límite difuso que en ocasiones puede presentarse entre delincuencia común y conflicto armado, consideramos que debe acudirse a los criterios anteriormente citados para definir si las víctimas de un hecho determinado deben ser incluidas en los programas previstos en la ley 1448 de 2011. Es importante resaltar que los criterios para definir si un determinado hecho ocurrió en el marco del conflicto armado deben ser flexibles, pues deben acomodarse a las distintas formas de manifestación del conflicto armado y en especial, a la reparación efectiva de las víctimas. Así pues, no puede perderse de vista el enfoque pro víctima de la ley, que en la práctica debe consistir en generar las mayores garantías para ellas. En este sentido, en los casos en los que exista duda frente a si el daño proviene de un acto cometido en el marco del conflicto armado o de un acto de delincuencia común, debe optarse por un criterio que favorezca a las víctimas. Por tal razón, en aquellos casos en los cuales persistan dudas incluso después de aplicar los referidos criterios, debe considerarse que las víctimas han sufrido daños con ocasión del conflicto armado para evitar así su exclusión de los programas previstos en la ley 1448.

may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator's official duties.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. En igual sentido afirmó este Tribunal que “al determinar si dicho nexo existe, la Sala puede tomar en consideración, entre otros, el hecho de que el perpetrador sea un combatiente, el que la víctima sea un no-combatiente, el que la víctima sea miembro de la parte contraria, el que pueda decirse que el acto haya contribuido a la meta última de la campaña militar, o el que el crimen se haya cometido como parte o en el contexto de los deberes oficiales del perpetrador” [Traducción informal: “*In determining whether such nexus exists the Chamber may take into account, inter alia, whether the perpetrator is a combatant, whether the victim is a non-combatant, whether the victim is a member of the opposing party, whether the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign, and whether the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator's official duties.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

²⁹ Traducción informal: “*the perpetrator acted in furtherance of or under the guise of the armed conflict*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

³⁰ Traducción informal: “*the armed conflict need not have been causal to the commission of the crime, but that the existence of an armed conflict must, at a minimum, have played a substantial part in the perpetrator's ability to commit it, his decision to commit it, the manner in which it was committed or the purpose for which it was committed*”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos de **Fiscal vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura**, sentencia del 15 de marzo de 2006, y **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005 –ambos reiterando lo decidido en el caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002-. Ver en igual sentido el pronunciamiento de este Tribunal en el caso Limaj: “No es necesario que el conflicto armado haya sido la causa de la comisión del crimen que se acusa, pero sí debe haber jugado un rol sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo” [Traducción informal: “*The armed conflict need not have been causal to the commission of the crime charged, but it must have played a substantial part in the perpetrator's ability to commit that crime.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

De conformidad con lo anterior, estimamos que lo procedente es declarar la exequibilidad condicionada de la expresión acusada, bajo el entendido de que los actos de delincuencia común corresponden a aquellos que no fueron cometidos con ocasión del conflicto armado interno y que en caso de duda frente a la naturaleza del acto, debe considerarse que el mismo ocurrió en el contexto del conflicto armado, favoreciendo así la inclusión de las víctimas en el ámbito de aplicación de la ley.

III. La exclusión de los miembros de grupos armados al margen de la ley

El párrafo 2 del artículo 3 de la ley 1448 de 2011 establece que “*Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad*”. Igualmente, dispone que sus parientes no serán considerados “*como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos.*”

Los accionantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de estas expresiones porque consideran que vulneran el derecho a la igualdad y limitan la posibilidad de que aquellos miembros de grupos armados ilegales que han sido a su vez víctimas del conflicto armado reclamen sus derechos como tales. Consideran los demandantes que el principio humanitario protege no solamente a los civiles y a las personas de los grupos armados fuera de combate, sino también a los combatientes activos y por lo tanto deben ser considerados como víctimas.

Nuestra intervención respalda la solicitud de los demandantes en relación con las expresiones acusadas. Consideramos que la distinción entre víctimas de la población civil y víctimas pertenecientes a grupos armados ilegales viola en efecto el derecho a la igualdad. A tal conclusión se llega incluso aplicando un test intermedio que, según las razones expuestas en el apartado anterior y que se pueden hacer extensivas a este punto, es el que resulta procedente para analizar la norma demandada.

Con el objeto de respaldar el cargo de los demandantes, a continuación aplicaremos el test intermedio de igualdad al trato distintivo dado a las víctimas que sean o hayan sido miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Corresponde en primer lugar determinar si el trato diferenciado obedece a un fin legítimo y constitucionalmente importante. Al respecto, la evidencia que surge tanto de la exposición de motivos del proyecto de ley, como de los debates surtidos en el Congreso, es que nunca se presentaron las razones por las cuales se excluía a como víctimas a los integrantes de grupos armados ilegales.

Desde la presentación del proyecto de ley al Congreso existía en el párrafo segundo del entonces artículo 21 una determinación expresa para no considerar como víctimas a los miembros de grupos armados al margen de la ley. El primer inciso del artículo decía: “Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados como

víctimas, en ningún caso, para efectos de la presente ley”. Sin embargo, en la exposición de motivos no se incluye ninguna justificación para tal disposición. En la sustentación de la definición de víctima simplemente se indica que se siguen los parámetros internacionales en la materia y que se pretende acoger una definición incluyente que aporte a un proceso de reconciliación. Y si bien en la descripción del objeto del proyecto se hace alusión a la necesidad de dar mayor relevancia a las víctimas sobre los victimarios, esta justificación es en general para sustentar por qué se presenta una ley de víctimas y no una ley con programas de reinserción para los victimarios. Nunca se explica qué sucede cuando confluyen las condiciones de víctimas y victimarios. Dice la exposición de motivos:

“Sin menguar esfuerzos frente a los mecanismos para la reintegración a la vida civil de los victimarios comprometidos con el proceso de paz en el marco de la justicia transicional, el Estado asume aún con mayor relevancia los esfuerzos tendientes a la recomposición del tejido social adoptando medidas efectivas en favor de las víctimas de violaciones manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario, particularmente, dignificando su calidad de tales con la implementación de mecanismos efectivos de realización y protección de sus derechos. Los beneficiarios de las disposiciones normativas contenidas en este proyecto de ley, son las personas que hayan sufrido menoscabo en sus derechos como consecuencia de violaciones manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de los estándares internacionales de Justicia Transicional. Con ello, se pretenden resolver problemáticas sociales derivadas de un periodo prolongado de violencia sistemática y generalizada causada por diferentes actores, tales como los grupos armados organizados al margen de la ley, así como los grupos criminales organizados con una fuerte estructura de poder y presencia en diferentes partes del territorio nacional.”³²

En el debate del Congreso tampoco se dijo algo en relación con el fin de la exclusión de los victimarios. De hecho, la disposición tuvo muchos reparos, tanto así que terminó incluyéndose la excepción para quienes se desvincularan del grupo armado siendo menores de edad. Pero los reparos siempre fueron más allá. Algunos congresistas advirtieron que los miembros de grupos armados ilegales que hubieran sido víctimas debían ser incluidos en la ley, aunque fuera solo para efectos de reparación simbólica, pues negarles la condición de víctimas resultaba discriminatorio. Al respecto, el senador Luis Carlos Avellaneda Tarazona indicó:

“(..)eventualmente un victimario puede ocupar el lugar de víctima, si por ejemplo el Estado, en un momento determinado no respeta el Derecho Internacional Humanitario, respecto de las normas que se desarrollan con ocasión de un conflicto armado, si por ejemplo a una persona se le detiene y se le tortura o se le ejecuta extrajudicialmente, se le mata, se le asesina, por fuera de combate, allí hay una infracción al Derecho Internacional Humanitario y nosotros hemos pedido que se reconozca eventualmente, esa condición de víctima para ajustarnos, precisamente al Derecho Internacional Humanitario.

³² Exposición de motivos presentado por el Gobierno nacional a través del Ministerio del Interior y de Justicia al Secretario General de la Cámara de Representantes, Jesús Alfonso Rodríguez Camargo, el 27 de septiembre de 2010.

Sólo que hemos dicho una cosa, Senador Lozano, no queremos para ellos pagos de reparación alguna, porque le deben muchísimo a las víctimas que ellos han ocasionado y por eso decimos, reconozcámoslos aquí simbólicamente, no les paguemos la suma que debía otorgárseles, mandémosla al fondo de reparación para reparar a las víctimas, pero sí el Estado, aquí en esta política pública que estamos desarrollando deberíamos reconocer que en esos casos precisos que he mencionado, un victimario pueda ser eventualmente víctima.”³³

Así mismo, el senador Luis Eduardo Ulloa señaló que la medida era violatoria de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, así como del derecho a la igualdad, llamando así la atención sobre la inconstitucionalidad de la norma.³⁴ En vista de estas advertencias, el senador ponente de la ley, Juan Fernando Cristo, indicó:

“...el tema de la exclusión de los miembros de grupos alzados al margen de la ley de víctimas, es decir que no puedan considerarse como víctimas aquellos que han sido victimarios así en medio del conflicto lleguen a convertirse en víctimas a la vez, yo voy a ser excesivamente franco no con ustedes sino con el país, porque aquí hay seguimiento pleno al debate de esta ley académicamente, jurídicamente lo que acaba de expresar el Senador Avellaneda es absolutamente irrefutable, yo me atrevo así como se atrevió ayer el Senador Gerlén a dejar algunas reflexiones sobre las facultades, yo me atrevería a afirmar que esa exclusión que planteamos en la ponencia y que yo respaldo no tiene mucha vida en la Corte Constitucional por violación al principio de igualdad, pero, ese es el acuerdo al que llegamos, nosotros nos sometemos a ese acuerdo y vamos a votar en esa línea.”³⁵ (subraya fuera de texto).

La ausencia de una justificación explícita de la medida durante el debate legislativo, así como su aprobación a sabiendas de que la misma era contraria a la Constitución, evidencia con suficiente claridad el carácter arbitrario de la decisión tomada por el Congreso. Tal como se desprende de las citadas palabras del senador ponente, la adopción de esta medida respondió más a la obstinación de mantener un acuerdo político, que al diseño racional de una política pública. Esto por sí solo resulta suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la exclusión de los victimarios, pues si bien el

³³ Gaceta del Congreso 469 del 30 de Junio de 2011, Acta de Plenaria 56 del 24 de mayo de 2011 Senado.

³⁴ Consignado en la Gaceta del Congreso 469 del 30 de Junio de 2011, Acta de Plenaria 56 del 24 de mayo de 2011 Senado el senador Ulloa afirmó: “Pero, a pesar de que ha sido excluido el tema de los familiares, pues continua en el articulado planteándose que los victimarios así hayan sido objeto de violación al Derecho Internacional Humanitario no pueden considerarse como víctimas y lo hemos expresado en diferentes oportunidades, esto es violatorio de los Protocolos Uno y Dos que son adicionales al Tratado de Ginebra, y esos Protocolos fueron aprobados por esta misma institución legislativa el 1º de septiembre de 1993, se ratificó y entro en vigor el 1º de marzo de 1994, en el artículo segundo de ese protocolo, pues, claramente se puede dilucidar que el ámbito de aplicación no tiene ninguna reserva si eso lo podemos vincular con el carácter antropocéntrico que tiene nuestra constitución y en donde la dignidad humana es quizá el eje fundamental de toda esa carta magna, pues podremos entender igualmente que la dignidad humana es predicable a todos y cada uno de los ciudadanos del estado colombiano, por eso, esa definición y ese párrafo se nos ocurre con argumentos jurídicos que es inconstitucional y entonces, la discusión es si mandarle un mal mensaje a los colombianos respecto a que en la Comisión primera que hace y trabaja sustancialmente sobre los aspectos constitucionales vamos a aprobar una norma que es abiertamente inconstitucional(...)”.

³⁵ *Ibid.*

legislador cuenta con un alto grado de configuración normativa, tratándose de medidas que establecen un trato diferenciado, el legislador tiene la carga de ofrecer una justificación mínima que, en el caso concreto, brilla por su total ausencia.

La evaluación de la legitimidad e importancia del fin a la luz de la Constitución requiere, en primer lugar, la identificación de la finalidad perseguida por la medida. Pero si el propio legislador fue renuente a expresar el fin buscado, no queda sino inferir que el único propósito de la medida excluyente corresponde al que se desprende del sentido literal de la disposición, esto es, negar la calidad de víctima a los miembros de los grupos armados ilegales. Aunque el senador Avellaneda señaló que una de las preocupaciones frente al reconocimiento de las víctimas que fueran integrantes de los grupos armados era que estas llegaran a obtener reparaciones económicas por parte del Estado, no parece que evitar esta situación hubiera sido la finalidad de la medida, pues en tal caso se hubiera acogido la propuesta de reconocerles la calidad de víctimas para efectos de la reparación simbólica, tal como se hizo con las víctimas por hechos ocurridos antes del 1° de enero de 1982.

A diferencia de lo que sucede con las distinciones que realiza la ley en función de la fecha de ocurrencia de los hechos o de la naturaleza de los actos causantes del daño, la exclusión de los integrantes de los grupos armados ilegales no obedece a un criterio de priorización de la política pública. No son la escasez de recursos, ni las limitaciones institucionales, ni la gravedad de los delitos las condiciones que explican la distinción hecha por el legislador en este punto. Por el contrario, lo que se puede inferir del contenido literal del artículo en cuestión, así como del vacío argumentativo en los debates legislativos, es la voluntad de no reconocer a cierto tipo de víctimas.

Esta finalidad es ilegítima por varias razones. En primer lugar, favorece la invisibilización de las violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos cometidas contra los miembros de los grupos armados ilegales. De este modo, se envía el mensaje perverso de que la reprochabilidad de las violaciones no depende de la naturaleza del daño, sino de la posición de las víctimas en relación con el conflicto. Por esta vía, la gravedad de las infracciones contra los combatientes se aminora drásticamente, hasta el punto que se termina ofreciendo una justificación indirecta de las mismas.

En segundo lugar, desnaturaliza la condición de víctima, al determinarla en función de la culpabilidad, y no de la vulnerabilidad. Es preciso resaltar que la Ley 1448 se establece en el marco de un proceso de justicia transicional con un enfoque pro víctimas y que presume la buena fe de las mismas. Tiene como objetivo dignificar la calidad de víctima, y en esa medida, se acogen las directrices internacionales respecto a la protección de las víctimas. Esas directrices están consignadas en la Resolución 67/147 de la ONU relativa a los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” reseñada en la exposición de motivos de la Ley. En dicha resolución se define víctima así:

“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”³⁶.

Según esta definición, el daño es el elemento esencial que determina la condición de víctima y este sigue presente incluso si las víctimas han sido o se convierten en victimarios. Pensar lo contrario, implica desconocer la capacidad de sufrimiento de este tipo de víctimas.

En tercer lugar, la exclusión de los victimarios parece responder a la doctrina de “las manos limpias”, que busca balancear el daño con la culpabilidad de la víctima.³⁷ Esta doctrina se ha aplicado en el derecho internacional en temas relativos a la protección diplomática. De conformidad con esta, los Estados pierden la posibilidad de reclamar por las agresiones cometidas por otros Estados en contra de alguno de sus ciudadanos, cuando estos incurrieron en un acto ilícito en el Estado agresor. Sin embargo, en el campo de los derechos humanos se ha rechazado la aplicación de esta doctrina, por cuanto implica un juicio de valor sobre la persona y no sobre el daño sufrido, que riñe con la idea de que la culpabilidad de una persona no puede ser óbice para el reconocimiento de sus derechos como víctima. En definitiva, el reconocimiento de derechos no puede operar de acuerdo con una lógica compensatoria que anula el daño ante la existencia de una culpa.³⁸

Cabe destacar además que la Corte Interamericana ha proferido condenas por violaciones a los derechos humanos de personas integrantes de organizaciones armadas y ha ordenado su reparación. Así, en el caso Perú vs. El penal Castro Castro³⁹, la Corte condenó al Estado por el “Operativo Mudanza”, en el cual se atacaron los pabellones del penal ocupados por integrantes del grupo Sendero Luminoso y resultaron muertas 42 personas, 175 lesionadas y 322 fueron sometidas a tratos crueles e inhumanos. Aunque el Estado peruano sugirió que para analizar los hechos debía tenerse en cuenta que estos se produjeron como parte de una estrategia de guerra contra internos acusados de delitos de terrorismo, este nunca negó su deber de reparar a las víctimas. Igualmente, el que las víctimas fueran integrantes de un grupo armado ilegal fue completamente irrelevante para el reconocimiento de sus derechos como tales. En el mismo sentido, en el caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala⁴⁰, la Corte IDH condenó al Estado a

³⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.» 60/147 *Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005*. 2005.

³⁷ Laplante, Lisa J. (2008). *The Law of remedies and the Clean Hands Doctrine: Exclusionary Reparation Policies in Peru's Political Transition*. American University International Law Review, Vol 23 No. 1, disponible en <http://ssrn.com/abstract=127478>

³⁸ Laplante, retomando a Dinah Shelton, plantea: “Shelton, writing on reparations in international human rights law, explains that “[i]n general, the character of the victim should not be considered because it is irrelevant to the wrong and to the remedy, and implies a value judgment on the worth of an individual that has nothing to do with the injury suffered.” Laplante, Lisa J. Op. cit.

³⁹ Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2006.

⁴⁰ Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

reparar a los familiares del sr. Bámaca, quien era comandante de un frente guerrillero y fue detenido, torturado y ejecutado por las fuerzas militares. La decisión de la Corte se dio con base en las conductas cometidas contra el sr. Bámaca, con independencia de su condición como integrante de un grupo guerrillero.

En estos casos es claro que las infracciones al DIH y los derechos humanos no dejan de serlo cuando se cometen contra miembros de grupos armados al margen de la ley. Las características relevantes siguen siendo las mismas, el daño sufrido no se elimina en razón de la condición de la víctima, y el Estado tiene los mismos deberes en términos de su protección y reparación.

En conclusión, el trato distintivo que establece la norma acusada no obedece a una finalidad constitucionalmente legítima e importante en tanto i) omite el elemento determinante para considerar la existencia de una víctima que es el daño sufrido por las conductas señaladas en la ley, ii) desconoce la condición de vulnerabilidad propia de una víctima en razón de su culpabilidad, iii) somete el reconocimiento de derechos humanos a un sistema de compensación de culpas y daños, iv) y envía un mensaje perverso que no contribuye con el propósito de reconciliación ni con la buena fe de las víctimas, al entender a los victimarios como seres sin capacidad de sufrimiento y a los daños sufridos por ellos como menos relevantes o, peor aún, como justificados. En atención a esto, estimamos que las expresiones acusadas deben ser declaradas inconstitucionales, tal como lo solicitan los demandantes.

Cordialmente,

Rodrigo Uprimny Yepes
C.C. 79.146.539 de Usaquén
Director
DeJuSticia

Luz María Sánchez Duque
C.C. 30.233.501 de Manizales
Investigadora
DeJuSticia

Paula Rangel Garzón
C.C. 1.032.401.057 de Bogotá
Investigadora
DeJuSticia

Nelson Camilo Sánchez León
C.C. 11.203.155 de Chía
Investigador
DeJuSticia

Aura Patricia Bolívar Jaime
C.C. 52.966.152 de Bogotá
Investigadora
DeJuSticia