

Lenguaje jurídico y hermenéutica en el marco jurídico para la paz en Colombia

Legal and hermeneutical language in the legal framework for peace in Colombia

Resumen

Las experiencias arrojadas de la resolución de conflictos en el ámbito internacional por vía de la denominada justicia restaurativa y el afán de encontrar un mecanismo de restauración social a los centenares de víctimas, llevaron al gobierno a promover una disposición legal que diera cuenta del creciente número de personas afectadas de una u otra forma por el conflicto. Es en este escenario que aparece la Ley 975 de 2005 (también conocida como la Ley de Justicia y Paz), la Ley 1448 de 2011 (también conocida como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras), y recientemente el proyecto de Ley conocido como marco jurídico para la paz. Esta ponencia tiene por objeto caracterizar desde una perspectiva filosófica cada una de estas disposiciones para poner en evidencia el verdadero papel de una política de la memoria como restablecimiento de una justicia de las víctimas en Colombia, sin desatender que la construcción de una axiología jurídica, tiene como punto de equilibrio el establecimiento de lo que es en sí la justicia.

Palabras clave: Justicia, víctimas, derecho, igualdad, conflicto.

Abstract

The experiences of conflict resolution in the international arena through the so-called restorative justice and the desire to find a mechanism of social restoration to the hundreds of victims, they led the government to promote a legal provision that would account for the growing number of people affected in one way or another by the conflict. It is in this scenario that Law 975 of 2005 appears (also known as the Law of Justice and Peace), Law 1448 of 2011 (also known as the Law of Victims and Land Restitution), and recently the Bill of Law known as a legal framework for peace. This paper aims to characterize from a philosophical perspective each of these provisions to highlight the true role of a politics of memory as a restoration of justice for victims in Colombia. Without neglecting that the construction of a legal axiology, has as a point of balance the establishment of what is in itself justice.

Keywords: Justice, victims, law, equality, conflict.

Javier Alfredo Ferreira Ospino
Universidad del Atlántico

Docente Investigador Universidad del Atlántico. Programa de Filosofía. Grupo de Investigación Cronotopías. javierferreira@mail.uniatlantico.edu.co

Recibido:

2 de agosto de 2018

Aceptado:

6 de noviembre de 2018

Publicado:

24 de noviembre de 2018

Cómo citar este artículo:

Ferreira Ospino, J. (2018). Lenguaje jurídico y hermenéutica en el marco jurídico para la paz en Colombia. *Advocatus*, 15(31), 133-150. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.31.5227>

1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de las teorías liberales de la justicia, la justicia de víctimas, centra su atención en la reorientación del planteamiento jurídico ideológico de la política, que da cuenta expansivamente de los conceptos clásicos de la justicia, la libertad y la verdad. La universalización de estos conceptos ha hecho que se legitimen falsos estereotipos de leyes causales que funcionan bajo el principio de que si sabemos qué es la justicia, deberíamos saber por antonomasia qué es la injusticia, lo cual no es más que una burda falacia. De lo que se trata entonces desde la validación de una teoría de la justicia diferente, que privilegia la idea de “la injusticia, en cuanto lo diferente de la justicia es una tierra de misión que hay que incorporar al campo de justicia” (Reyes Mate, 1999, p.52).

La justicia de víctimas parte del reconocimiento de una asimetría real que guardan las sociedades en conflicto: la relación víctimas y verdugos, por lo que se hace necesario de manera causal para quien quiera hablar de justicia, que hay víctimas, porque hay verdugos, “la justicia solo puede plantearse desde la experiencia de la injusticia, como negación de la injusticia” (Reyes Mate, 1999, p.53). Para este modelo de justicia se valida la siguiente lógica: es el injustamente tratado, quien permite al supuesto justo, acceder a la categoría de la justicia, siempre y cuando haga suya la causa del injustamente tratado.

La diferencia de una teoría de la justicia de víctimas frente a las teorías liberales de la justicia, estriba en que estas resultan incompletas para dar respuestas reales y no hipoté-

ticas a las víctimas. En el caso de Rawls, no se diferencia de las pretensiones liberales económicas de dar primacía a la protección de la propiedad, como tampoco precisa el lugar en el que se han situado los cuestionamientos en torno a los derechos humanos del individuo. La propuesta termina siendo bastante rígida frente a los parámetros reales de la persona dentro de una colectividad política determinada.

El carácter discontinuo de la teoría no permite identificar los deseos y aspiraciones del sujeto aun cuando se hable de una igualdad de oportunidades en primera instancia. La forma asistemática en que se presenta su estándar de justicia hace que se generen confusiones al intentar tratar como sinónimos expresiones como: equidad, justicia e imparcialidad. La debilidad del liberalismo rawlsiano de elaborar un discurso ético que conciliara sin privilegios la igualdad y la libertad, es quizás el talón de Aquiles de la teoría, porque nos lleva al punto de la existencia de los límites del liberalismo político.

Si bien es cierto la teoría de la justicia resuelve grandes interrogantes al liberalismo político contemporáneo, lo cierto es que también deja grandes dudas sobre la distancia que cada vez separa al liberalismo de las concepciones de justicia cercanas a lo social. En tal sentido, Rawls no resuelve las desigualdades del liberalismo excluyente, y la sociedad bien ordenada ni siquiera se imagina a la desigualdad de la marginalidad, de los desplazados, de los invisibilizados sociales –las víctimas–. En el caso de Dworkin y la posición comunitarista, su modelo de justicia resulta incompleto frente a una teoría de la justicia de las

víctimas porque más que respuestas genera nuevos dilemas al tema del paso de la igualdad de oportunidades –Rawls– a la igualdad de recursos –Dworkin– dejando abierto el interrogante: ¿Cómo se resolverán finalmente los problemas de distribución de recursos en una sociedad igualitaria?

Al intentar tomar un rumbo diferente a la estrategia consensual, el igualitarismo se expone a la dispersión ideológica que surge de la no legitimación de un instrumento legal que sirva de compromiso colectivo. El argumento igualitarista está construido bajo una serie de supuestos que desconocen la opinión contraria del otro, aquella que podría estar en desacuerdo con la igualdad. De ahí, que el igualitarismo político como aspiración de justicia solo sea una posibilidad de construir una idea normativa de justicia más cercana a la realidad, pero a la vez distante de un discurso de aceptación de la diferencia.

Al pensar en el establecimiento de estructuras sociales que respondan a esquemas de distribución igual –al menos en la oportunidad– se omite el cuestionamiento sobre la identidad. Las situaciones de igualdad son entonces antagónicas a un discurso sobre la identidad individual. Dentro de una formación social las colectividades que la integran son distintas y por ende diferentes.

Aunque este sea un cuestionamiento que resulte a primera vista mínimo, es sin lugar a dudas un buen punto de quiebre del modelo. Lo cierto es que cada uno de nosotros somos diferentes, en realidades, necesidades, gustos y afectos. Por lo que necesitamos de elementos argumentativos que nos acerquen

más a nuestra existencialidad y nos distinguan como seres diferentes y no cuantificables.

Del paradigma liberal, el modelo de justicia de víctimas, comparte la intención rawlsiana discontinua de replantear por medio de una fórmula contractual el papel de los ciudadanos en el sistema democrático, pero discrepa de la forma como se asignan roles y se asumen posiciones políticas que terminan por generar nuevas y denigrantes formas de exclusión social, por ello contrario a Rawls, favorece el componente social y de reintegración, entendiendo las dinámicas que surgen de sociedades abiertamente en conflicto. Así mismo, rescata conceptos como equilibrio reflexivo y constructivismo moral para decantar las situaciones en confrontación de las frágiles estructuras de las sociedades en riesgo.

Aunque las intencionalidades difieren, el encauzamiento hacia el factor de reivindicación de lo social y no hacia el valor de la producción –en lo concerniente a la igualdad de recursos en términos económicos–, convierte al igualitarismo político en una alternativa cercana a la aspiración de la justicia de víctimas. Los puntos de encuentro serían la reivindicación del sujeto como parte esencial de la comunidad con iguales derechos y la aspiración por un bienestar que minimice las desigualdades materiales. Sin embargo, es más que notable que la justicia de víctimas no comparte el presupuesto de igualdad liberal que defiende la tolerancia y la neutralidad del gobierno, frente a eventos decididamente que propician exclusión, o sobre los cuales se establecen “velos de ignorancia” que hace al gobierno desconocedor cínico de la realidad.

2. GENERALIDADES EN TORNO AL CONCEPTO DE VÍCTIMAS

Desde la criminología se ha estudiado de cerca el fenómeno de la victimología, eso sí, por separado de una aspiración a modelo de justicia. Ella se ha encargado de recordarnos que en la historia siempre han prevalecido los nombres de los verdugos –tales como Jack ‘El Destripador’, líderes autoritarios, violadores famosos y tantos verdugos– tal vez esto, ha hecho que se valide una lógica inversa en la sociedad que ha legitimado el papel de verdugos sobre las víctimas en nombre de falsos estereotipos de progreso. En ocasiones han pasado a ser de expresiones a teorías, como: “la historia la escriben los vencedores”, lo que recuerda con amargura la posición de los más fuertes y aventajados sobre los más débiles –otra vez la situación problemática de las democracias liberales–. Esta cruda realidad, hace que reconozcamos que nos sentimos en nuestro medio reafirmados por la forma como se nos ha enseñado la historia, que nos sentimos más identificados con el verdugo, más que con la víctima.

Esta tradición jurídica pone por un lado al criminal:

el criminal es, en mucho, un sujeto sin inhibiciones, cuando lo desea algo realiza, sin importarle la norma, la sociedad y la víctima...nuestras sociedades no sienten identificación con la víctima, se desea ser criminal, pero víctima, nadie desea que lo roben, lo hieran, lo injurien, lo violen; cuando soñamos ser victimizadas es algo horrible que se llama pesadilla. Esta identificación con el criminal podría

explicar el éxito de la novela negra, de la página roja en los periódicos, de las revistas amarillistas dedicadas al crimen, de las películas de gánsters de las series policíacas en televisión. Y puede explicar también, el porqué del interés por el criminal y el desinterés por la víctima. (Rodríguez Mazanera, 1988, p.5)

Y por otro lado a la víctima:

La víctima, en tanto, significa en mucho el fracaso del estado en su misión de protección y tutela de los intereses de la comunidad. En un momento dado la víctima puede exigir al gobierno una compensación por el abandono en que ha sido dejada. Se piensa que hay ciertas víctimas que es necesario dejar en el olvido, porque su atención y estudio puede representar cierto costo político. Tales son las víctimas de injusticia social, de abuso de poder, de violación de derechos humanos, de marginación, de segregación racial o religiosa, de fraude electoral, de delito transnacional, etc. (Rodríguez Mazanera, 1988, p.6)

Aun, sin compartir este criterio, es un común denominador cómo el avance de la sociedad de consumo, paralela al desarrollo y reproducción de los Mass media, genera modelos comunes que son reproducidos en espacios comunicativos. La globalización de los medios y su influencia sobre la opinión pública afianza por medio de la agenda setting* la programación, interés y contenido dirigido al

* La decidida acción de los líderes de opinión de crear agendas que mantengan ocupada la opinión pública.

conjunto general de la audiencia –de ahí que se compartan en distintos escenarios series, películas y documentales en los que se ejerza mayor atención en la acción de los victimarios, que sobre las víctimas– merecedora esta de un mayor análisis semiótico*.

Pero se ha avanzado hacia el entendimiento que la única forma de hacer justicia es tomando en cuenta a las víctimas, para ello el derecho moderno ha creado toda una serie de imaginarios al interior del sistema legal, que conforman una auténtica epistemología jurídica de la victimología.

3. LAS VÍCTIMAS EN COLOMBIA A LA LUZ DE LA LEY 975 DE 2005

En Colombia por las contingencias del conflicto social y político que ha enfrentado por más de un siglo, se ha hecho necesario adoptar como parámetro de entendimiento de las víctimas, lo advertido por la Ley 975 de 2005 que establece:

ARTÍCULO 5o. DEFINICIÓN DE VÍCTIMA. Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones

que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.

Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Asimismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de

* Véase, Ferreira Ospino, J. (2009). Análisis del discurso y transformación de los imaginarios colectivos de la criminalidad en los titulares de prensa en Barranquilla: implicaciones socio jurídicas. Memorias. III Tercer Encuentro del Nodo Caribe de la Red de Centros de Investigación Jurídica y Socio Jurídica. Santa Marta.

la ley (República de Colombia. Ley 975 de 2005. Ley de Justicia y Paz).

Se distingue de esta normativa que las víctimas son tomadas, ya sea por carácter individual, o colectivo. Que en ellas se hayan configurado daños morales y materiales y cuyas reivindicaciones escapan del espectro de las expectativas consagradas en la legislación penal. En este escenario el horizonte de interpretación abarca no solo a la humanidad física de la persona o grupo de personas que sufren la afectación, sino también del círculo familiar que se ve afectado en su cotidianidad por la vulneración de los derechos. Finalmente, un elemento a tener en cuenta es la vinculación de los miembros de la fuerza pública que padezcan en el curso del conflicto afectaciones morales y materiales que atenten contra su integridad.

4. RELACIONES ENTRE VÍCTIMAS Y VICTIMARIOS

Tal como se ha podido observar existe una relación estrecha entre la víctima y el victimario. Dado por los grados de proximidad de la acto afectante. Relación que a futuro regulará los procesos de reparación y o aceptación del daño infligido. En esta dinámica la relación entre víctimas y victimarios da origen a ya sea a vinculación personal producto de una fijación física entre las partes, como también, a una vinculación antes de la comisión del hecho, o a la misma relación en la ejecución del hecho, o finalmente por ninguna relación por el carácter anónimo de la relación.

La importancia de advertir las relaciones entre víctima y victimario, es determinante

para comprender los eventos que tuvieron lugar en la comisión del hecho y poder lograr un mejor panorama del conflicto para acercarse a su posible solución. En tal caso, cada uno de los componentes de esta relación ayuda a dar luces de las acciones conducentes a la reparación.

Al respecto, de esta dinámica relacional entre víctima y victimario, se encuentra el modelo de conflicto victimal. Como sucede en contextos en los que la degradación del conflicto –por vía de la violencia de toda índole– lleva a que agresores y víctimas alternen roles dado el largo periodo histórico de la confrontación. En estos escenarios, el margen que separa a unos y otros, es tan frágil, que el intercambio de papeles de los actores hacen compleja su reconciliación. El modelo del conflicto victimal parte de la identificación en primera medida del infractor, en segundo término a la víctima, y finalmente caracteriza tanto las relaciones socioambientales entre estos dos, como las causas profundas que dieron origen a la agresión de uno sobre el otro.

Paralelo a la dinámica relacional entre las partes ya referidas, subyace el conocimiento entre la víctima y el victimario, sobre el cual se han planteado cuatro posibilidades que son expuestas así: 1) víctima y victimario se conocen, 2) el victimario conoce a la víctima, pero esta desconoce al victimario, 3) la víctima conoce al victimario, pero este desconoce a la víctima, y 4) finalmente, tanto la víctima y el victimario se desconocen. Estas posibilidades tienen una incidencia marcada al momento de otorgar responsabilidad sobre las acciones cometidas. Se observa cómo en la dinámica de las confrontaciones el asegura-

miento de una auténtica justicia de víctimas requerirá que se determine con claridad tanto el rol como el conocimiento de las partes referenciadas.

De igual forma, subyace en esta dinámica relacional la actitud que cada uno de los actores guarda con respecto al otro. Estas actitudes se agrupan bajo las formas de atracción, rechazo o repudio e indiferencia, sobre las cuales pueden generarse las siguientes posibilidades: 1) víctima y victimario se atraen, 2) el victimario se siente atraído por la víctima, pero esta la rechaza, 3) el victimario rechaza a la víctima, pero esta se ve atraída por él, 4) tanto víctima y victimario se rechazan, 5) existencia de indiferencia por cada una de las partes, que da origen a conflictos, 6) la víctima repudia al victimario, y acciona contra él.

Todas estas situaciones características entre víctima y victimario dan lugar por último, a que las víctimas tomen acciones contra sus agresores. La insatisfacción producida por la el sentimiento de ser ultrajado y encontrarse en estado de indefensión frente a un grupo, ocasiona en algunas víctimas la asunción de roles diferentes asignados en la dinámica del conflicto. El paso de ser víctima y convertirse en victimario se materializa cuando por vía del resentimiento y la sensación de desconfianza y debilidad del sistema, se toma la justicia por propia mano. La falta de políticas públicas claras y eficientes que reconstruyan el tejido social allí donde se generó una afectación sobre un individuo o ya sea la comunidad, permite que las dinámicas del conflicto no se superen y sigan siendo un factor de desestabilización en la sociedad civil.

5. LAS VÍCTIMAS Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO

El tema de la reparación del daño no siempre ha sido un tema fácil de tratar por las distintas consideraciones que distan en conciliar respuestas efectivas al daño causado sea material o no. Tal como lo establece la Organización de las Naciones Unidas en la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder:

Art: 4 – Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de justicia y una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional”. (Organización de las Naciones Unidas, 1985)

La reparación se propone como un mecanismo que busca resarcir lo ocasionado por el daño. Al respecto el daño se toma desde su punto de vista material –cuando la afectación va en detrimento del patrimonio del afectado– y moral –cuando la afectación tiene lugar en la persona e involucra sus sentimientos, afectos, creencias, honor, reputación, vida privada y su propia estima–.

Entonces la reparación es un mecanismo que busca la compensación e indemnización a las víctimas de un daño. Al respecto la ONU, ha señalado que:

Art. 5: Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos

oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informa a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos...

Art. 8: Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta, resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares a las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes, o el pago por los daños, o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados, como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la rehabilitación de derechos". (Organización de las Naciones Unidas, 1985).

Ahora, se puede inferir que el Estado tiene la responsabilidad de reparar por acción u omisión, ya sea parcial o supletoriamente a las víctimas, cuando ejerce su obligación de control social sobre la población en general. En tal caso, el Estado tiene la obligación de

indemnizar a las víctimas de los actos criminales, ya que no es capaz de proteger a la colectividad de la criminalidad, no obstante que esta paga, los servicios de policía, tribunales, cárceles, etc. La obligación del Estado no puede terminar en proteger a través de un código penal diversos bienes jurídicos, ni siquiera se agota persiguiendo y castigando al responsable de su violación, es necesario reparar los daños causados por la conducta antisocial (Rodríguez Mazanera, 1988, p.396)

6. REPARACIÓN DEL DAÑO, COMO JUSTICIA A LAS VÍCTIMAS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA: EL CASO DE LA LEY 975 DE 2005

Muy a pesar de lo extenso que pueda ser el tema de las víctimas y su positivización el derecho se tomará el tema de las víctimas y su reparación, al tenor de lo establecido en la Ley 975 de 2005*, en donde se advierte:

ARTÍCULO 8o. 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

* En virtud del interés propuesto por esta tesis, se toma las directrices que señala la ley 975 del 2005 como un parámetro de análisis de una teoría de la justicia de las víctimas, dado que en ella se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

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.

Por las consiguientes razones, se puede derivar que la reparación no es más, “que el conjunto de medidas empleadas en una sociedad para restañar los derechos vulnerados de las víctimas” (Pizarro & Valencia, 2009, p.61) que filosóficamente han sido acogidas por esta disposición normativa en forma de atención a las acciones de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición.

Tomados por separados estos elementos, detallan tanto la integralidad de los derechos de las víctimas, como una auténtica reparación integral, como mecanismo de conocimiento de la verdad, como mecanismo de derecho de las víctimas ante la justicia, como mecanismo de prevención de la repetición de la agresión. En el capítulo tercero se profundizará más el tema de la Ley 975 de 2005.

7. MEMORIA Y REMINISCENCIA: HISTORIA Y OLVIDO HACIA UNA HERMENÉUTICA JURÍDICA DEL FENÓMENO DE LAS VÍCTIMAS

Ricoeur, en su tratado sobre la memoria, la historia y el olvido, nos ilustra sobre el dilema de las dos preguntas fundamentales: ¿de qué hay recuerdo? y ¿de quién es la memoria? A lo que sugiere revisar el entramado fenomenológico que encierra el interrogante para develar el carácter singular de la persona frente a la aspiración colectiva de recuerdo. Un acercamiento a estos planteamientos conducen a un traslado del ser al sendero del pasado en el que solo guía el recuerdo, y el protagonista es la memoria. De allí que la alusión al hecho de que acordarse sea estar en presencia de un recuerdo o ir en su búsqueda.

No obstante, a la memoria se le impone la difícil pretensión de dar cuenta en detalle de los eventos ocurridos en el pasado –tarea por demás imposible– desestimando que la auténtica función de la memoria, consiste en la significación de algo ocurrido antes que nos acordáramos de ello –de ahí la afirmación de que el recuerdo es un evento único ocurrido en el pasado–. Tal como lo indica el pensamiento de Ricoeur, solo el testimonio

constituye la estructura fundamental de la transición de la memoria y la historia.

Una política a favor de la memoria ha de tener en cuenta estos elementos si su pretensión es hacer justicia. Para ello, retoma los anteriores conceptos y establece el binomio memoria como recuerdo; uniendo del primero su capacidad y efectuación, y del segundo como un acontecimiento singular no repetible. Con ellos se da paso a un nuevo camino de reivindicación del pasado porque se reviven las situaciones memorables –aunque sean trágicas, dolorosas, traumáticas– los acontecimientos revisten ahora el estatuto de hecho –dejando de ser una mera generalidad abstracta–.

El planteamiento de una política particular que reivindique la memoria se sostiene bajo la metáfora del instrumento musical, como eje del pasado, y a la vez presente continuo en los siguientes términos: al tocarlo lo oiga como un presente, pero cuando sigue resonando posee un presente siempre nuevo, de modo que el presente siempre precedente se convierte en un pasado. Es decir, que la evocación de algo en el presente tiene vigencia en la medida que podemos reconstruir el pasado. Reconstrucción que es en sí, una mera descripción inicial, pero fundamenta el hecho de retener algo que es propenso por el evento, a ser olvidado, o lanzado a un estado de negación. Con todo lo anterior se hace necesario reivindicar la memoria en el presente: “para evocar el pasado en forma de imágenes, hay que poder abstraerse de la acción del presente, hay que saber otorgar valor a lo inútil, hay que querer soñar” (Ricoeur, 2010, p.48) y de esto sí que conocen las víctimas.

Una teoría de la justicia que reivindique la memoria no favorece las reconstrucciones de la memoria impedida, ni de la memoria manipulada, en ellas se esconden los estados de negación del pasado que fracturan los proyectos de estado y sociedad. En cambio favorece, en un nivel ético y político la memoria obligada como exigencia y deber moral en una sociedad. Una memoria obligada se relaciona con la justicia debido a la relación incluyente de uno y otro, en los siguientes términos: si la justicia de forma integral asume al otro como alteridad, y la memoria de dar cuenta efectiva del pasado, entonces el deber de memoria es el deber de hacer justicia mediante el recuerdo, a otro distinto de sí, tal como lo afirmaba Aristóteles.

Un deber de memoria rebasa las consideraciones materiales de hacer justicia a las víctimas, porque nos impone la tarea de no olvidar, de no negar el pasado,

el deber de la memoria, no se limita a guardar la huella material, escrituraria u otra, de los hechos pasados, sino que cultiva el sentimiento de estar obligados respecto a estos otros de los que afirmaremos más tarde que ya no están, pero que estuvieron. Pagar la deuda diremos, pero también someter la herencia a inventario. (Ricoeur, 2010, p.121)

Al respecto sobre el carácter de hacer memoria obligada en el presente, Manuel Reyes ha referido lo siguiente: un modelo como recuerdo y una experiencia pasa de ser una preocupación de las mayorías bien pensantes sobre las minorías amenazadas,

para convertirse en un problema de todo el mundo. Aunque todos tenemos que ver con la intolerancia cuando se nos interroga quién padece la intolerancia, entonces sufrimos de amnesia (Reyes Mate, 1998, p.135). El deber de memoria como deber de justicia, da una prioridad moral, que reivindica al otro –la víctima–, sobre el cual existe una deuda.

8. MEMORIA Y TRAUMA

Sobre el tema de la relación que establece entre el trauma y las víctimas, las consideraciones anteriores y el paradigma que defiende la puesta en marcha de una teoría de la justicia de las víctimas, habría que advertir una serie de supuestos finales para dar mayor precisión a los argumentos hasta ahora expuestos y que configuran todo el escenario de la política de memoria.

Lo primero que hay que señalar, es que pese a lo que cotidianamente se conoce de manera popular, como trauma, es algo más complejo que tiene que ver con las condiciones de posibilidad que hacen que una persona goce de esos que los psicólogos llaman calidad de vida a escala humana. El tema del trauma está directamente relacionado con la idea de recuperación. De forma errónea nuestra sociedad ha validado la idea de que los eventos fatales, funestos, trágicos por mínimos o graves que sean deben ser necesariamente olvidados, como si esta forma de negación potenciara en la víctima su recuperación y superación del hecho. Pero esto no resulta del todo cierto, ya que los estados de negación no hacen más que hacer visible el dolor, el resentimiento y las heridas que no cicatrizan.

Al respecto la aspiración de una teoría de la justicia de las víctimas es potenciar la restauración social de las víctimas, de manera que la memoria como deber de recuerdo se constituya como parámetro de reparación. El olvido, tal como se ha venido afirmando, esconde el enmascaramiento del delito, del agresor, del hecho que al quedar impune describe la injusticia. En nuestra sociedad la impunidad se disfraza bajo el eslogan casi inconsciente de indicarles a las víctimas que se olviden del hecho –es decir, que lo nieguen– que sigan con sus vidas –es decir impunidad–.

Una verdadera responsabilidad frente al daño, frente a la injusticia da cuenta de nuestra responsabilidad colectiva como sociedad, da cuenta de un verdadero compromiso de la sociedad de cara a las víctimas, para ello establece la forma de reivindicación de la víctima, la responsabilidad, la atención y la valoración de su rol en la comunidad. Se requiere hacerles entender a las víctimas que para todos en general su tragedia es importante, que estamos en condición de escucharlas para comprenderlas y así, hacer de su trauma una experiencia de todos, bajo el deber de memoria colectiva de garantizar aunque sea moralmente la no repetición de los hechos que causaron el trauma.

El apoyo de las comunidad a las víctimas y el establecimiento de medidas legales que cobijen, por un lado, el respeto de los derechos a los injustamente tratados, y por otro lado, el reconocimiento de sanciones a los victimarios, asegura de manera mínima la aspiración a la superación del trauma de los directa e indirectamente involucrados.

9. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

La reparación involucra en distinto orden el tema del daño, la reparación misma, el resarcimiento y la indemnización. En primer término encontramos el daño que se reduce al deterioro de una cosa. Su naturaleza es moral –cuando la afectación recae sobre la persona en la más amplia generalidad de sus sentimientos, afectos, honra y demás– y material –cuando la afectación involucra el patrimonio pecuniario de un tercero–, el carácter moral del daño es muy difícil de calcular sobre el material. Al respecto los desarrollos legales internacionales han avanzado en esta materia, dados los eventos conflictivos que han involucrado a la humanidad, en especial en el siglo XX. El daño se centra no solo sobre la figura del individuo, sino que abarca todo su escenario de actuación familiar, laboral y social, de ahí, la consideración de daño colectivo.

En segundo término, se encuentra la consideración sobre la reparación misma, que no es más que una garantía a las víctimas que busca que el actor del daño se haga cargo responsablemente de su acción, para ello el sistema de derecho establecerá los mecanismos judiciales y administrativos, y los procedimientos para que se ejecute esta obligación material. Las legislaciones modernas han tratado de formalizar la idea de reparación como pacificación social –es decir, que solo cuando se compruebe que se ha realizado una acción real como acto de reparación sobre las víctimas, solo así, opera cualquier tipo de beneficio jurídico sobre el victimario–.

En tercer término se encuentra el resarcimiento, que no es más que la reparación del

daño por el delincuente, que involucra todo el espectro del daño, perjuicios, lesiones personales y menoscabo de la propiedad. El resarcimiento se produce cuando el actor del daño paga directa o indirectamente, por medio de trabajo o terceras personas su responsabilidad. Esta es una figura que trata al causante del daño bajo condiciones dignas y decorosas que potencialicen en su detención la posibilidad efectiva de reparar el daño causado. El derecho moderno ha establecido que la forma de resarcimiento es la sanción penal.

En cuarto término, se encuentra la indemnización, que en casos particulares corre por cuenta del Estado, porque es su obligación asegurar las condiciones dignas de sus miembros y su falta de accionar permite que se vulneren los derechos y se materialice el conflicto con la aparición de las víctimas –específicamente las víctimas de la violencia política–. La responsabilidad del Estado recae cuando no puede frenar los actos criminales en contra de la colectividad, y sus instituciones son inoperantes para detener el conflicto.

Estas consideraciones han avalado el hecho de que una auténtica teoría de la justicia de las víctimas reconozca en Colombia, los derechos de las víctimas a la verdad, a que se haga justicia y a la reparación tal como lo ha señalado la Corte Constitucional:

En aplicación de las facultades de interpretación que se derivan del artículo 93 de la Carta, en punto a la determinación del alcance de los derechos conforme a estándares internacionales, esta Corporación ha acogido los desarrollos que el derecho y la doctrina internacionales han efectuado en relación con

los derechos de las víctimas en los delitos graves conforme al derecho internacional, haciendo extensivos sus principios y concepciones básicas, a las víctimas de los delitos en general. Así ha señalado que, “las víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales” (CP Art. 93). Por ello, los derechos de las víctimas trascienden el campo puramente patrimonial.

Esta reconceptualización de los derechos de las víctimas, a partir de la Constitución, se funda en varios principios y preceptos constitucionales: (I) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (II) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 num. 6 y 7 CP); (III) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2° CP); (IV) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art. 1° CP); (v) en el principio del Estado

Social de Derecho que promueve *la participación*, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias (República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 454 de 2006).

Las víctimas según el criterio constitucional, tienen derecho a la verdad bajo la siguiente consideración

El derecho a la verdad.

31. El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (principios 1° a 4) incorporan en este derecho las siguientes garantías: (I) el derecho inalienable a la verdad; (II) el deber de recordar; (III) el derecho de las víctimas a saber.

El primero, comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las

circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima.

El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte.

32. Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de *acceder a la verdad*, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de

la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima (República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 454 de 2006).

Las víctimas según el criterio constitucional, tienen derecho a que se haga justicia como mecanismo de freno a la impunidad bajo la siguiente consideración:

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

33. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (I) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (II) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (III) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal, y el derecho a participar en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el Estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en “que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que

tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas”. (República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 454 de 2006)

Las víctimas según el criterio constitucional, tienen derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito, bajo la siguiente consideración:

El derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito.

34. El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas *individuales* relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas.

La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la

víctima al estado en que se encontraba antes de la violación.

35. Todos estos principios, que conforme al derecho internacional contemporáneo y a la jurisprudencia constitucional concurren a integrar el complejo de derechos de que son titulares las víctimas de los delitos, presentan relaciones de conexidad e interdependencia; así lo ha reconocido esta Corporación:

Los principios adoptados por la comunidad internacional propenden por el respeto hacia los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, que se reconocen a las víctimas de los delitos graves según el derecho internacional. En este sentido, la verdad, la justicia y la reparación se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia, de manera tal que: No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia.

Esta interdependencia de derechos aparece manifiesta en el *derecho de las víctimas a un recurso efectivo*, el cual forma parte del derecho a la verdad y también del derecho a la justicia. Por su particular relevancia para el análisis de las normas impugnadas es conveniente efectuar una especial referencia a esta garantía en la perspectiva del derecho internacional (República de Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia 454 de 2006).

Así, mismo la Corte Constitucional se ha referido al tema de las actuaciones de las víctimas como sujeto procesal, reconociendo su derecho a un recurso judicial efectivo como consecuencia a una información oportuna, que les garantice el derecho a solicitar pruebas, el derecho a solicitar información sobre referencia a los archivos de las diligencias.

10. LA PERSPECTIVA IUSFILOSÓFICA DE LA JUSTICIA DE VÍCTIMAS

Las tendencias del derecho contemporáneo con sus grados de especialidad, y sus intrincados sistemas, que dan lugar a novedosas teorías del derecho y la justicia, han tratado el tema de la violencia y el derecho desde distintas perspectivas. Más que la dogmática discusión de si el campo jurídico privilegia intereses morales, sociales o simplemente normativos, se pone en cuestión cómo cada horizonte de interpretación del derecho favorece salidas racionales razonadas al conflicto entre los hombres.

En este aspecto merece especial atención conocer cómo en Colombia la construcción de un discurso de justicia transicional ha desbordado los límites del derecho y avalado la sesión de principios y garantías en aras de la paz. El hecho que se disienta de lo que supone en Colombia la Ley 975 de 2005, no significa sino que se está en presencia de unos de los debates más polémicos que se ha conocido en nuestro continente y en el mundo. ¿Hasta dónde, la normatividad de la Ley 975 puede

seguir subvirtiendo los avances en derechos humanos, impunidad y demás conseguidos en forma de justicia transnacional? El argumento fuerte, por parte de los seguidores abnegados de la manera como se imponen las agendas y las políticas públicas en Colombia, es que por primera vez es asegurado para la población vulnerable del conflicto en Colombia el derecho a la Justicia, la Paz y la Reparación. Sin embargo, y tal como se observa, este no es más que un argumento falacioso.

11. JUSTICIA Y PAZ: CAMINOS DE UTOPIA Y ESPERANZA

Con sobrado y auténtico interés la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), ha expresado en la voz de Eduardo Pizarro (Pizarro & Valencia, 2009, p.9), el carácter positivo y transformador de la Ley 975/05. Aunque las ideas hasta ahora expresadas demuestren lo contrario, es importante distinguir el esfuerzo que se viene haciendo por sacar adelante a pesar de los reparos, esta normativa. La perspectiva incondicional de Pizarro lo llevará a plantear sobre la base de argumentos que sustenta, un camino abierto por esta Ley que permitirá cerrar el ciclo de la violencia en Colombia. Se defiende su magnitud, con base en varios puntos importantes, como son:

1. Por ser una disposición única en el mundo en donde los victimarios se acogen a la justicia en momentos en que no ha desaparecido la confrontación y persiste el conflicto.
2. Por primera vez entre los actores armados y el gobierno nacional se reconoció el derecho de las víctimas a la visibilización.

3. Por primera vez se ha manifestado una preocupación real por el tema de la verdad, en sus tres dimensiones: histórica, jurídica, y social.
4. Los recursos entregados por vía de reparación administrativa demuestran la efectividad del programa aunque de manera mínima.
5. Las cifras de desmovilizados, ubicación de fosas comunes, y versiones libres son contundentes.
6. El mejoramiento de las redes de apoyo a los desmovilizados ha caracterizado mejor el trabajo de restauración social y restablecimiento del tejido social, asegurando mejores posibilidades para la paz.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arango Rivadeneira, R. (2008). *Los derechos humanos como limite a la democracia*. Bogotá: Norma.
- Arendt, H. (1998). *La condición humana*. Barcelona: Paidós.
- Ferreira Ospino, J. (2009). *Análisis del discurso y transformación de los imaginarios colectivos de la criminalidad en los titulares de prensa en Barranquilla: implicaciones socio jurídicas*. Santa Marta: Memorias. III Tercer Encuentro del Nodo Caribe de la Red de Centros de Investigación Jurídica y Socio Jurídica.
- Ferreira Ospino, J. (2010). *Prolegómenos a una teoría de la justicia de las víctimas*. Barranquilla: CUC.
- Ferreira Ospino, J. (2011). *Análisis de la Sentencia del caso Mampuján, Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz y su contribución al diseño de una política de la memoria como justicia de víctimas en Colombia*. Bucaramanga: UIS.
- Levi, P. (2005). *Trilogía de Auschwitz*. Barcelona: Océano.
- Organización de las Naciones Unidas (1985). *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*. A.G. res. 40/34, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 214, ONU Doc. A/40/53
- Pizarro, E. y Valencia, L. (2009). *Ley de justicia y paz*. Bogotá: Norma.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 370 de 2006.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 454 de 2006. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 591 de 2005.
- República de Colombia. Ley 1448 de 2011. *De víctimas y Restitución de Tierras*.
- República de Colombia. Ley 975 de 2005. *Justicia y paz*.
- Revista de la Defensoría del Pueblo (2007). *La ley de justicia y paz y la defensa pública*, (10).
- Reyes-Mate, M. (1998). *Heidegger y el judaísmo*. Barcelona: Anthropos.
- Reyes-Mate, M. (1999). *Ética, política y anamnesis*. Revista Aletheia, 1(2).
- Reyes-Mate, M. (2008). *El perdón virtud política: entorno a Primo Levi*. Barcelona: Anthropos.
- Reyes-Mate, M. (2008). *La justicia de las víctimas: terrorismo, memoria y reconciliación*. Barcelona: Antrhopos.
- Reyes-Mate, M. (2008). *La razón de los vencidos*. Barcelona: Antrhopos.
- Ricoeur, P. (2010). *La memoria, la historia y el olvido*. Barcelona: Trotta.
- Rodríguez Mazanera, L. (19889). *Victimología*. México: Porrúa.

Rubio Carracedo, J. (1990). Paradigmas de la filosofía política: del Estado justo al Estado legítimo. Barcelona: Anthopos.

Uprimny Yepes, R. & Lazo Lozano, L. (2004). Verdad reparación y justicia para Colombia. Bogotá: Fundación Social.

Uprimny Yepes, R. & Vargas, A. (1990). La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia en Colombia. Bogotá: ILSA-CEREC.

Uprimny Yepes, R. (2006). ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Norma.