

ANA LUCÍA MONCAYO ALBORNOZ

*Obstáculos en la efectividad del derecho
a la reparación en las mujeres en situación
de desplazamiento dentro del sistema judicial*

Resumen. En aquellos casos en los que las mujeres rurales víctimas de desplazamiento tienen el referente de la justicia y denuncian el desplazamiento forzado como un delito independiente de los hechos de hostigamiento que lo causaron, se presentan distintos obstáculos que inciden en la efectividad del derecho a la reparación.

Dentro de dichos obstáculos encontramos: i. Los que tienen que ver con las barreras propias del derecho de acceso a la justicia —algunos de orden estructural y otros de orden económico, social, legal y cultural—, ii. Y otros también de orden estructural que se relacionan directamente con la reparación en estricto sentido dentro del sistema judicial, que inciden en la efectividad de este derecho en las mujeres víctimas del desplazamiento.

Entre estos últimos encontramos: la invisibilidad de los daños causados a las mujeres y del impacto que genera en las mismas; la falta de reconocimiento jurídico del daño desproporcionado que sufren dichas mujeres; la dificultad probatoria de los perjuicios en un proceso judicial y algunos obstáculos en torno a la reparación judicial penal: Ley 975 de 2005, los cuales inciden desfavorablemente en el proceso de reparación, tanto en la selección de las medidas, como en el modo de ejecución de las mismas, pues no se efectúan desde una perspectiva de género que considere la diferencia y sus especificaciones. Por ello, se hace necesario que las distintas recomendaciones efectuadas por la doctrina, las organizaciones no gubernamentales, algunas instituciones del Estado y, en general, por la comunidad internacional, sobre el reconocimiento de la diferencia y sus especificidades en género, se lleven a la práctica dentro del sistema judicial y se hagan efectivas por los funcionarios judiciales al momento de decidir sobre la reparación y su forma de ejecución.

Palabras clave. Reparación, mujer, desplazamiento forzado, sistema judicial.

OBSTÁCULOS EN LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO A LA REPARACIÓN EN LAS MUJERES EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL

En aquellos casos en los que las mujeres rurales víctimas de desplazamiento tienen el referente de la justicia y denuncian el desplazamiento forzado como delito, independiente de los hechos de hostigamiento que lo causaron, se presentan distintos obstáculos que inciden en la efectividad del derecho a la reparación.

1. Resulta importante señalar que muchos de los obstáculos que afectan el derecho a la reparación en las mujeres rurales víctimas de desplazamiento forzado tienen que ver con las barreras propias del derecho de acceso a la justicia, a las que nos referimos en las primeras investigaciones de la Cátedra Unesco publicadas en el libro *Las políticas públicas frente a las violaciones a los derechos humanos*¹. Estos obstáculos,

1 A. L. MONCAYO ALBORNOZ, 2009.

algunos de orden estructural como la cultura patriarcal y la continuidad del conflicto armado, y otros del orden económico, social, legal y cultural, impiden que estas mujeres sean reparadas integralmente dentro de un proceso penal.

Debemos destacar que entre las barreras de orden económico, social, legal y cultural se encuentran el miedo, el desconocimiento del código propio del sistema judicial, los costos, la falta de asesoramiento y acompañamiento en el proceso penal, la desconfianza en el sistema judicial y las trabas legales propias de la normatividad (Ley 906 de 2004 y Ley 1095 de Justicia y Paz), las cuales imposibilitan una efectiva materialización de las distintas medidas de reparación: restitución, indemnización, rehabilitación, garantías de no repetición y rehabilitación en las mujeres rurales desplazadas por la violencia (A. L. MONCAYO ALBORNOZ, 2009).

2. No obstante, existen dentro del sistema judicial otras barreras de orden estructural que impiden que las mujeres víctimas del desplazamiento sean reparadas en estricto sentido, en sus derechos vulnerados. Y es sobre éstas a las que nos referiremos a continuación:

a. Invisibilidad de los daños causados a las mujeres y del impacto que genera en las mismas

Es frecuente que el daño causado a las mujeres, y sus consecuencias, sea equiparado con el daño causado a la familia en general (BERISTAIN, 2008).

Esta dificultad se hace mayor en casos de vulneraciones diferentes a la violencia sexual contra las mujeres², ya que ésta ha sido ampliamente visibilizada por parte de organizaciones feministas y de derechos humanos, no así, por ejemplo, frente al delito de desplazamiento forzado.

Aunque el impacto de la violencia del desplazamiento forzado contra las mujeres es devastador y desproporcionado, y ha sido evidenciado en su orden por organizaciones de mujeres y de derechos humanos nacionales e internacionales, así como por instituciones del Estado³, etc., en la mayoría de ocasiones, tanto la comunidad como los operadores y funcionarios encargados de las políticas de

2 Incluso “muchas de las formas de violencia dirigidas contra la función o la capacidad reproductiva de las mujeres no han sido adecuadamente conceptualizadas en los debates sobre reparación, bien sea porque han sido excluidas o porque han sido agrupadas bajo el rótulo común de la violencia sexual, incluso si el delito no es estrictamente el mismo y los daños causados sobre la víctima tampoco” (RUBIO-MARÍN, 2010, p. 32).

3 La Corte Constitucional, en el Auto de 14 de abril de 2008, señaló los riesgos de vulnerabilidad específicos a los que están expuestas las mujeres en el contexto del conflicto armado.

atención y de justicia del Estado, no identifican ni reconocen la magnitud ni la especificidad de su daño.

Así, entonces, es usual que ante un hecho de desplazamiento forzado, los funcionarios y funcionarias que administran justicia no se detengan en la identificación del daño que sufren las mujeres respecto de las alteraciones en su rol, ni en la sobrecarga emocional, social y económica que el hecho conlleva. Sobre este último aspecto vale la pena señalar que el 43% de los hogares desplazados tienen jefatura femenina (Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado, 2009: 75); información que demuestra los distintos cambios que deben afrontar las mujeres en su hogar, el incremento de la responsabilidad, y la limitación económica y cultural en la búsqueda de oportunidades.

El desplazamiento forzado lesiona en las mujeres una multiplicidad de derechos fundamentales, ocasionándoles daños, tanto materiales como inmateriales, independientes de los que se pueda causar a otros miembros de la familia y que deben ser reparados, ya sea en la instancia judicial o en la administrativa, de conformidad con los estándares internacionales de reparación⁴. De tal manera que frente a ellas se requiere un reconocimiento del daño teniendo en cuenta su individualidad, sus especificidades y diferencias, para así obtener una reparación adecuada, efectiva, rápida⁵ y proporcional a la gravedad de las lesiones y al daño sufrido, desde una perspectiva de género⁶.

b. Falta de reconocimiento jurídico del daño desproporcionado que sufren las mujeres

Recordemos que el daño⁷ es la causa de la reparación y esta es la finalidad última de la responsabilidad (Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado, 2009: 73). Ahora bien, sin entrar en un análisis dogmático del daño, el ocasionado por el desplazamiento forzado a las mujeres supone la existencia de perjuicios tanto de orden material como inmaterial⁸ así:

4 “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” contenidos en el documento E/CN.4/2005/59.

5 *Ibid.* num. 11.

6 *Ibid.* num. 15.

7 Daño como elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad, pero no suficiente, el cual deberá ser probado en instancias judiciales (HENAO, 2007, p. 38).

8 Partiendo de una clasificación de daño en función de las consecuencias que genera (SESSAREGO, 2001). En el mismo sentido (HENAO, 2007, p. 192), entre otros.

i. El daño material está conformado, de una parte, por las consecuencias patrimoniales que genera la vulneración, esto es el daño emergente, en el que se incluyen los gastos en los que incurren las víctimas y sus familiares como resultado de los hechos violatorios: gastos médicos, judiciales, de asistencia jurídica⁹, etc.; y de otra, por el lucro cesante que es el ingreso que la víctima o sus familiares dejaron de percibir como consecuencia del hecho lesivo. Dicho en palabras del Juez SERGIO GARCÍA es la “expectativa cierta que se desvanece como consecuencia de la violación cometida” (GARCÍA RAMÍREZ, 1999: 339).

ii. El daño inmaterial¹⁰ contempla el daño moral, que es precisamente el dolor o sufrimiento, el cual “proviene de los efectos síquicos sufridos como consecuencia de la violación de derechos y libertades” (GARCÍA RAMÍREZ, 1999: 339); el daño fisiológico, que se presenta por la pérdida de la posibilidad de realizar las actividades placenteras de la vida, y el daño al proyecto de vida reconocido en la jurisprudencia internacional que “atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas” (GARCÍA RAMÍREZ, 1999: 343).

Así, por ejemplo, el contenido del daño al proyecto de vida debería ser considerado en la reparación de las mujeres víctimas de desplazamiento forzado interno. Ya se advirtió que este daño inmaterial hace alusión, desde la perspectiva de la libertad y temporalidad del ser humano, al daño que “compromete seria y profundamente, la libertad del sujeto a ser ‘él mismo’ y no ‘otro’, afectándolo en aquello que hemos denominado su identidad dinámica, es decir, el despliegue de su personalidad” (SESSAREGO, 2001: 26).

Este daño, que afecta sin duda las expectativas personales y profesionales del ser humano es, en palabras de SESSAREGO, “un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir, en tanto compromete de modo radical, su peculiar y única manera de ser” (2001: 28).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, sobre este tipo de daño, que el mismo

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Neira Alegrían y otros vs. Perú, Sentencia de reparaciones y costas del 19 de septiembre de 1996, párr. 12, “Perjuicios que deben ser probados en el proceso en el que pretenda su cobro”.

10 Según la Corte Suprema de Justicia, “En algunas decisiones esta especie de daño se ha incluido de manera genérica dentro del daño moral, pero no se excluye que también pueda apreciarse en sede del daño material”: Sentencia de segunda instancia 34547 del 27 de abril de 2011, M. P.: MARÍA DEL PILAR ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS. En este sentido se comparte lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al incluir dentro de los daños inmateriales, al daño al proyecto de vida.

... se asocia al concepto de realización personal¹¹, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone [...] esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto (*sic*), su cancelación o menoscabo implica la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte...

No se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable –no meramente posible– dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias actitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito¹².

Pues bien, el contenido de este daño debería también serle reconocido a las mujeres víctimas de desplazamiento forzado, independientemente de la denominación que tenga y de la naturaleza o tipología en la que se encuentre, y se debería materializar en las distintas medidas de reparación; así, un rubro autónomo para la indemnización se hace necesario. Aunque este último aspecto parece lógico no siempre ha sido percibido así; por ejemplo, la Corte, en el caso *Loaiza Tamayo*, se abstuvo de indemnizarlo. Decisión que no se comparte, por lo expresado en su momento, por el juez ROUX RENGIFO, en el sentido de que la indemnización compensatoria para María Elena Loaiza Tamayo debió reflejar el valor del daño al proyecto de vida, el cual ya se había reconocido. En el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*¹³, la Corte valoró la existencia del daño al proyecto de vida, pero al

11 En la misma Sentencia la Corte IDH, al referirse al daño al proyecto de vida, para diferenciarlo con otros, señala: “Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el ‘daño emergente’. Por lo que hace al ‘lucro cesante’, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización personal de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse, razonablemente, determinadas expectativas y acceder a ellas”: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Loaiza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de reparaciones y costas del 27 de noviembre de 1998, párr. 147.

12 *Ibid.*, párr. 148-149.

13 Con posterioridad, la Corte Interamericana, en Sentencia de reparaciones del 3 de diciembre de 2001, en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, respecto del daño al proyecto de vida, señaló: “[...] 60. Es por otra parte, evidente para la Corte, que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su ‘Proyecto de vida’”. En la misma sentencia la Corte

fijarlo de manera global dentro de la compensación por daños inmateriales, no fue clara respecto de la indemnización que merecía la víctima por la existencia del mismo¹⁴.

En relación con las mujeres víctimas del punible de desplazamiento forzado, delito que se encuentra tipificado en nuestro ordenamiento¹⁵, resulta fundamental la identificación del daño, tanto fáctica (especificidad y diferencias, etc.) como jurídicamente, por las partes e intervinientes en el proceso y por los funcionarios que administran justicia, con el fin de obtener una reparación integral.

La identificación como individualización del daño se hace necesaria, y aunque su reconocimiento resulta esencial, no es suficiente, ya que se requiere que éste sea tenido en cuenta por el juez al momento de seleccionar las distintas medidas de reparación y la forma de ejecución de las mismas, para así materializar el derecho que tienen las mujeres víctimas a la reparación integral, con un enfoque que considere sus diferencias y sus especificidades.

fijó en equidad y de manera global el valor de las compensaciones por daño inmaterial. No obstante, en el párrafo 8o de la citada providencia, respecto al daño al proyecto de vida, la Corte señaló “que la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija –así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios– en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado”.

“Es una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir”: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de Reparaciones del 3 de diciembre de 2001, en el caso Cantoral Benavides vs. Perú, párr. 53.

14 Situación que es similar en Colombia con el daño a las “alteraciones en las condiciones de existencia”. Así, el Consejo de Estado no siempre fue claro en lo atinente al contenido del daño a las alteraciones en las condiciones de existencia: pasó de afirmar, en pronunciamiento del 19 de agosto de 1994 (C. P.: SUAREZ HERNÁNDEZ, exp. 92760) que este daño se encontraría cobijado por los reconocimientos por perjuicios morales y materiales concedidos, a señalar (en pronunciamiento del 14 de marzo de 1996, C. P.: CARRILLO BALLESTEROS, exp. 11038) que en el supuesto de que se hubiera probado el daño a las alteraciones en las condiciones de existencia, su reparación estaría envuelta dentro del monto que cubre los perjuicios morales. Esta última postura ha sido reiterada por dicha institución en otros pronunciamientos (13 de marzo de 1995. C. P. MONTES HERNÁNDEZ, exp. 9277; 3 de noviembre, C. P.: SUAREZ HERNÁNDEZ, exp. 8851). Sobre este particular señala con razón JUAN CARLOS HENAO: “Bien valdría la pena que el Consejo de Estado colombiano, en lugar de afirmar que su presencia llevaría a elevar el monto de los daños morales, procediera a acoger autónomamente el nuevo rubro del daño” (HENAO, 2007, p. 279).

15 No sólo como violación al derecho humanitario sino como delito común.

c. Dificultad probatoria de los perjuicios ante un proceso judicial

La cultura patriarcal ha permeado las actividades productivas y reproductivas de manera estructural en la sociedad, las cuales se han afianzado en mayor medida en el sector rural donde la división entre lo femenino y lo masculino se ha intensificado, y con ella, la relación entre lo privado y lo público (MONCAYO ALBORNOZ, 2007). De tal manera que la mujer rural ha asumido el campo de lo doméstico (cuidado de los hijos y del hogar), de lo privado, situación que incide negativamente al desplazarse forzosamente, pues se enfrenta abruptamente al ámbito público, que le resulta desconocido, y con él se ve obligada a realizar un cambio en su rol, transformándolo al de proveedora.

Por este y otros motivos son pocas las mujeres en situación de desplazamiento que deciden entrar al sistema judicial para ser reparadas (MONCAYO ALBORNOZ, 2009), este resulta ser un campo a todas luces desconocido para ellas, en tanto cuenta con un código propio y un sinnúmero de obstáculos en su ejercicio. Ya en las instancias judiciales, para efectos del reconocimiento de sus derechos vulnerados, se hace indispensable la prueba del daño. La prueba que exige el sistema judicial no sólo va dirigida a demostrar el hecho delictivo, sino también la calidad de víctima, la responsabilidad de los autores, el nexo causal entre el perjuicio y la conducta delictiva del postulado, y la cuantía de los perjuicios que pretende hacer valer en un juicio (GTZ, 2010: 190, 191, 192). Cargas procesales que sin duda para cualquier víctima son un vía crucis, y que se acentúan para estas mujeres que en su mayoría carecen de un capital simbólico¹⁶ que las fortalezca.

Así, en el caso de la compensación como medida de reparación, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

... para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados debe demostrarse: a) su existencia, y b) su cuantía, mientras en el de carácter moral subjetivado sólo se debe acreditar la existencia del daño, luego de lo cual, el juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción¹⁷.

¹⁶ PIERRE BOURDIEU, 2000.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Segunda Instancia, proceso n.º 34571, Justicia y Paz contra Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez (Caso Mampuján y San Cayetano).

Por fortuna la Corte Suprema de Justicia ha considerado que, en situación de graves y masivas violaciones a los derechos humanos, se debe “flexibilizar el umbral probatorio”¹⁸, y así evitar la aplicación del principio de equidad, que ha sido duramente criticado¹⁹ por considerar que presenta un amplio margen de discrecionalidad. En fallo de segunda instancia dentro del procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, este tribunal manifestó la necesidad de acudir a hechos notorios, juramento estimatorio, modelos baremo o diferenciado, presunciones y reglas de la experiencia con el propósito de facilitar la prueba de dichos perjuicios.

Ahora bien, resulta importante que este criterio de manejo en la ponderación de las pruebas a favor de las víctimas en violaciones de derechos humanos sea aplicado por los funcionarios judiciales desde un enfoque diferencial, que reconozca la especial situación que afrontan las mujeres en la demostración de la existencia del daño, el nexo de causalidad entre el perjuicio y la conducta delictiva, y la cuantía del perjuicio.

Efectuadas estas consideraciones, resulta importante analizar los casos en los que dichas mujeres entran al sistema judicial penal, específicamente al procedimiento previsto por la Ley 975 de 2005 con relación al tema de reparación y los mecanismos previstos en esta Ley.

ALGUNOS OBSTÁCULOS EN TORNO A LA REPARACIÓN JUDICIAL PENAL: LEY 975 DE 2005

a. Desconfianza en el procedimiento de la ley de justicia y paz

En cuanto a la reparación, en el procedimiento de la Ley 975 de 2005, es pertinente manifestar que el hecho de que sólo para el 27 de abril de 2011 se tuviera –en firme– la sentencia parcial de los postulados Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez ha generado desconfianza en la efectividad del sistema, de ahí que valga la pena retomar lo señalado por FIX-ZAMUDIO: “una justicia retrasada es una justicia denegada”²⁰.

18 Auto del 12 de mayo de 2009, Rad. n.º 31150.

19 Criterio utilizado por el Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz, decisión de primera instancia contra Uber Enrique Banquez Martínez y Edwar Cobos Téllez (Caso Mampuján y San Cayetano).

20 Citado en GARCÍA RAMÍREZ, 2004, p. 109.

b. Dificultad en aquellos casos en los que no hay individualización de los autores o partícipes

La situación empeora en aquellos casos en los que no hay individualización de los autores o partícipes (art. 42 inc. 2 de la Ley). Lo que ha ocurrido en estos casos es que la Fiscalía no ha dado trámite al incidente de reparación integral, con el argumento de “congregar todos estos hechos (por los que procedían las solicitudes) en las versiones de los ‘comandantes’, y establecer la autoría o participación en estos hechos por ‘jerarquía’ o ‘línea de mando’, eliminando de esta manera la condición de ‘sujeto activo no individualizado’” (Procuraduría General de la Nación y Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010: 99). Sobre este particular la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá acogió en muchas ocasiones los argumentos de la Fiscalía, pero en otras no prosperó la petición del incidente de reparación integral, por considerar que no podía establecerse con claridad que el hecho que se denunciaba correspondiera con el actuar de algún grupo armado beneficiario de la Ley; y por la inexistencia del nexo causal entre el daño y el actuar del grupo o el hecho atribuido a una organización no desmovilizada. La Corte Constitucional, en providencia del 11 de febrero de 2007²¹, con relación al incidente de reparación establecido en el artículo 42.2 de la Ley 975 de 2005 —a propósito de la denuncia interpuesta por el Sr. Carlos Augusto Mosquera Cruz en calidad de víctima del delito de desplazamiento forzado— señaló:

... que el señor Carlos Augusto Mosquera Cruz tiene la condición de víctima del delito de desplazamiento forzado, pues como él mismo lo relató se vio obligado, junto con su familia, a cambiar su residencia del corregimiento de Timba al municipio de Jamundí (Valle), dado que luego de un enfrentamiento entre el Ejército Nacional y guerrilleros de las FARC, surgieron grupos armados al margen de la ley que causaron muerte a varias personas y a otras las desaparecieron, *lo cierto es que no se vislumbra de manera alguna que tal perjuicio mantenga vínculo causal alguno con actividades realizadas por grupos armados ilegales desmovilizados beneficiarios de la Ley 975 de 2005* (cursiva fuera de texto).

Así las cosas, señaló que la pretensión de reparación está sujeta a los siguientes presupuestos:

... (i) Comprobar la real ocurrencia del daño real, concreto y específico invocado por la víctima o su apoderado. (ii) Demostrar la relación causal entre las conductas de los

21 Corte Constitucional. Radicado 28769 del 11 de febrero de 2007, extracto n.º 39.

miembros del grupo armado ilegal, realizadas durante y con ocasión de su pertenencia al mismo (bloque o frente), y los perjuicios sufridos por quien aduce la condición de víctima. (iii) Acreditar que el referido grupo se sometió a la preceptiva de la Ley 975 de 2005, esto es, que tiene la condición de desmovilizado y, en razón de ello, a sus integrantes se les ha postulado por el Gobierno Nacional. (iv) *Citar la declaración judicial de responsabilidad penal de los miembros del grupo armado al margen de la ley (sentencia condenatoria o audiencia en la que se declare la legalidad de la aceptación de cargos), sin que sea necesario que la víctima identifique a un individuo en especial.* (v) Oportunidad procesal definida en el artículo 23 de la Ley 975 de 2005, esto es, que se proponga “en la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos”. (vi) Cuando no se haya logrado individualizar al sujeto activo que realizó la conducta generadora del perjuicio irrogado a la víctima, pero se haya demostrado el daño y su nexos causal con las actividades del grupo armado ilegal beneficiario de la Ley 975 de 2005, el pago de la indemnización se realizará con cargo al Fondo de Reparación (cursiva fuera de texto).

Es importante recalcar que posteriormente la Corte Suprema de Justicia, en auto del 23 de mayo de 2008 (Radicado 29642), confirmó la decisión del Tribunal Superior de Bogotá de no dar iniciación al incidente de reparación del inciso 2,^o del artículo 42 de la Ley de Justicia y Paz, por señalar que

... para poder reclamar ante los tribunales de Justicia y Paz una indemnización o buscar la reparación integral de los perjuicios o daños recibidos por cuenta del accionar de los grupos armados ilegales es imprescindible (i) que se identifique o individualice el bloque o frente responsable del agravio, (ii) que exista relación causal entre el concierto para delinquir del grupo y el daño producido, (iii) que la banda se haya desmovilizado y sus miembros estén postulados a los beneficios consagrados en la ley 975 de 2005; y (iv) que se agoten los procedimientos de ley por parte de la fiscalía para individualizar al responsable o informe que no lo pudo hacer, para que sea viable la apertura del incidente de reparación.

En esta última decisión la Corte Suprema de Justicia por fortuna excluyó el requisito de la “declaración judicial de responsabilidad penal de los miembros del grupo armado al margen de la ley (sentencia condenatoria o audiencia en la que se declare la legalidad de la aceptación de cargos), sin que sea necesario que la víctima identifique a un individuo en especial”. No obstante, la iniciación del incidente de reparación integral, en el caso en el que la fiscalía no ha individualizado al responsable, continúa siendo de difícil aceptación por parte de los Tribunales, y con ella, la materialización del derecho a la reparación de las víctimas.

c. Dificultad en la tasación de los perjuicios por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

Aunque la Sentencia del 19 de marzo de 2010 proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá contra Wilson Salazar (alias “el Loro”) fue declarada nula por la Corte Suprema de Justicia, resulta importante señalar lo dicho por la primera instancia con relación a la compensación. El Tribunal Superior acogió en su momento los criterios del Consejo de Estado, pero redujo el monto de los perjuicios materiales a pagar a cada beneficiario en un 50%, así como también el monto de los perjuicios morales, quedando estos en 50 salarios mínimos mensuales vigentes para cada grupo familiar, después de que el Código Penal consagrara hasta 1.000 salarios mínimos para estos perjuicios. En dicho pronunciamiento el Tribunal no reconoció ningún daño emergente respecto a las víctimas; tasó el lucro cesante haciendo uso de la fórmula del Consejo de Estado y a su resultado le restó el 50% (GÓMEZ y BERNAL SARMIENTO, 2009: 609 y ss.). Reducción que, según el Tribunal, obedeció a una actitud mesurada y razonable en el entendido que habrá millones de víctimas de violaciones de derechos humanos que deberán ser reparadas. Dicho en otras palabras, el Tribunal redujo los montos de los perjuicios partiendo de que los mismos serán pagados por el Presupuesto General de la Nación y no por los bienes de los victimarios.

Posteriormente, el mismo Tribunal, en Sentencia de primera instancia contra Edwar Cobas Téllez y Uber Enrique Banquéz (caso Mampuján y San Cayetano) decidió no aplicar los criterios del Consejo de Estado mencionados, sino el principio de equidad, en el entendido que como fallador no entraría a calcular los perjuicios materiales e inmateriales con base en las pruebas aportadas sino a través de la fijación de un monto de acuerdo la gravedad del delito. Según dicho Tribunal, tal principio se hacía necesario por la “imposibilidad de evaluar de acuerdo a las reglas probatorias ordinarias el daño material e inmaterial causado, debido (i) a la cantidad de víctimas, (ii) al carácter masivo de violaciones de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y (iii) al hecho de que en casos como el de los desplazados forzadamente tuvieron que huir de repente sin poder llevarse con ellos documentación alguna relativa a la titularidad de los bienes que tuvieron que dejar atrás u otros que acreditaran su pertenencia de muebles”.

Sobre este particular resulta acertado lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia al resolver la Segunda Instancia y apartarse de la utilización del principio de equidad en la compensación; así, señaló: en los “perjuicios demostrados cuya cuantía no cuenta con suficientes elementos de acreditación, en lugar de acudir a la equidad con el fin de dotar al fallador de amplias facultades en su tasación,

menester resulta afinar los criterios de ponderación de las pruebas con las que se cuente, todo ello con el fin de evitar inequidades y tratamientos desiguales frente a supuestos de hecho semejantes, máxime, si como ya se ha expuesto, la función de la equidad no es esa, sino la de corregir la ley en el caso particular”²².

Así las cosas, por fortuna la Corte consideró necesario reducir el margen de discrecionalidad del Tribunal Superior de Bogotá en la cuantificación de la indemnización y ajustar los criterios al principio de necesidad de prueba, con la característica de flexibilidad por tratarse de víctimas de violaciones de derechos humanos.

De lo expuesto se puede inferir que la satisfacción de las medidas de reparación para las víctimas de violaciones de derechos humanos en general está en cuestión, no sólo por lo tardío de la sentencia, sino por muchas razones que obedecen a distintas esferas: así, de lo someramente visto se colige, de una parte, el tinte político del tribunal en la selección de perjuicios a reconocer, incluso de los ya aceptados (pues no se reconoció el daño emergente), y la tasación de los mismos (reducción del monto en el reconocimiento de perjuicios materiales), y de otra, la falta de voluntad del Estado en la ejecución de medidas de reparación simbólica y de satisfacción que inciden en las garantías de no repetición.

CONCLUSIÓN

Estas son algunas de las dificultades manifiestas en la selección de las distintas formas de reparación dentro del procedimiento de justicia y paz, que, en relación con las mujeres en situación de desplazamiento, se acentúan, pues como lo vimos a través de este escrito, en una primera fase se invisibiliza el daño causado, considerándolo un daño familiar no solo desde el ámbito social sino también desde el judicial. Esto, sin dejar de lado los distintos obstáculos probatorios y legales que deben afrontar en la especificidad de los procedimientos penales una vez el caso entra al sistema.

Las barreras de distinto orden, algunas de orden jurídico y otras de orden estructural, como las culturales, inciden desfavorablemente en el proceso de reparación, tanto en la selección de las medidas, como en el modo de ejecución de las mismas, pues no se efectúan desde una perspectiva de género que considere la diferencia y sus especificidades. Por ello es necesario que las distintas

22 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Segunda Instancia del 27 de abril de 2011, proceso n.º 34571 Justicia y Paz contra Edwar Cobas Téllez y Uber Enrique Banquez Martínez (Caso Mampuján y San Cayetano).

recomendaciones efectuadas tanto por organizaciones no gubernamentales como por instituciones del Estado y, en general, por la comunidad internacional, sobre el reconocimiento de la diferencias y sus especificidades de género, se lleven a la práctica dentro del sistema judicial y se hagan efectivas por los funcionarios judiciales al momento de decidir sobre la reparación y el modo de ejecutarla.

BIBLIOGRAFÍA

- BERISTAIN, C. M. *Diálogo sobre la reparación: experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, t. II, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
- BOURDIEU, PIERRE. *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 2000.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado. *Reparar de manera integral el despojo de tierras y bienes*, vol. 5, Bogotá, Torre Gráfica, 2009.
- FORZADO, C. D. *Superar la exclusión social de la población desplazada*, vol. 3, Bogotá, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, noviembre de 1999, disponible en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_003_329.pdf], consultada el 1.º de octubre de 2009.
- M’CAUSLAND, M. *Tipología y reparación del daño no patrimonial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- MONCAYO ALBORNOZ, A. L. “Los derechos económicos sociales y culturales en la mujer y el acceso a la justicia”, en *Derechos humanos y violencia: gobierno y gobernanza. El desplazamiento forzado interno en Colombia un desafío a los derechos humanos*, Cátedra Unesco, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MONCAYO ALBORNOZ, A. L. “Acceso a la justicia: mujer y desplazamiento forzado interno. Los derechos económicos sociales y culturales en la mujer y el acceso a la justicia”, en *Derechos humanos y violencia: Gobierno y Gobernanza. Las políticas públicas frente a las violaciones a los derechos humanos*, Cátedra Unesco, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- RAMÍREZ, S. G. “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, disponible en [www.juridicas.unam.mx], consultada el 14 de septiembre de 2008.
- RETTBERG, A. *Reparación en Colombia ¿Qué quieren las víctimas?*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2008.

SESSAREGO, C. F. “El daño al proyecto de vida”, *Diké*, disponible en [www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlosfernandez_casareo/articulos/ba_fs_7.pdf], consultada el 20 de noviembre de 2009.