

Iter Ad Veritatem

9



Facultad de
Derecho



Acreditación de
Alta Calidad
Resolución MEN. N° 3337
del 29 abril de 2011



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

Experiencia y Calidad



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA COLCIENCIAS A

Iter Ad Veritatem

Tunja
Colombia

N° 9

pp. 01 - 473

Enero
Diciembre

2011

ISSN: 1909-9843

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO
ITER AD VERITATEM
N° 9**

Tunja, 2011

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	N° 9	pp. 1-xxx	Enero Diciembre	2011	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Número de la revista

NUEVE (9)

Correspondiente a la producción académica del 2011.

Periodicidad

Anual

ISSN

1909-4893

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co
dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada: Santiago Suárez Varela

Corrección de Estilo:

Mg. Eyder Bolívar Mojica, docente investigador de la facultad

Revisión inglés: Ángela Marcela Robayo Gil

Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

Estudiantes participantes: Pedro Alejandro Amezquita

Niño, Andrés Felipe Torres Cardozo Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

MISIÓN INSTITUCIONAL

Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza- aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.

VISIÓN INSTITUCIONAL

La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.

LA MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio-jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.

VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo -Sistema Modular- se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.

Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.

Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.

MISIÓN DE LA REVISTA

Iter Ad Veritatem es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivos o parciales de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.

En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Iter Ad Veritatem se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.

TRÁMITE EDITORIAL PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN LA REVISTA ITER AD VERITATEM

1. Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.
2. Anexo al artículo deberá presentarse la declaratoria de originalidad del artículo, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.
3. Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse de acuerdo al INSTRUCTIVO PARA AUTORES ITER AD VERITATEM.
4. Los artículos aprobados *con condiciones*, serán regresados al autor y este tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico.
5. Los artículos *rechazados*, podrán ser sometidos a una segunda evaluación a solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.
6. Los artículos seleccionados y aprobados *sin modificaciones* o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y a comité editorial para su evaluación final.
7. De la decisión del comité editorial, se elaborará un acta, en la cual se exprese el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.
8. El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso sin alterar la esencia del escrito.
9. Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.
10. ITER AD VERITATEM Recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.
11. El proceso de edición ITER AD VERITATEM posee facultad para organizar la información correspondiente a los datos del autor y del texto, mencionando en primera nota la pie de página sin numeración la formación del autor con respecto a sus estudios de pregrado y postgrado, además de la filiación institucional del autor y medios para establecer contacto, bien sean por vía electrónica E- mail o por medio de números telefónicos fijos o móviles, aunado a lo anterior se establecerá con la siglas **AI** y **AE** si el autor es interno o externo; en un segundo pie de pagina sin numeración se debe establecer el proyecto de investigación, su línea de investigación y el Método de análisis usado esclareciendo la tipología del artículo presentado.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.
Rector Seccional

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho

DIRECTOR

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina
Decano de la Facultad de Derecho

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO.

Ph. D Pierre Subra de Biesses
Universidad paris X, Francia

Ph. D Pablo Guadarrama
Universidad central de las Villas, Cuba

Ph. D Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph. D. Natalia Barbero
Universidad de estudios a distancia, España.
Universidad de Sevilla, España.

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector académico

Mg. Ángela María Londoño Jaramillo
Directora Centro de investigaciones

Mg Andrea Sotelo Carreño
Directora departamento de comunicaciones y mercadeo

COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García
Madison University, Estados Unidos.

C. Ph.D. Diego German Mejía Lemos
National University Of Singapore, Faculty Of Law

C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera
Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

CORRECTOR DE ESTILO

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Investigador en Derechos Humanos.

PARES ACADÉMICOS

Ph. D. Ciro Nolberto Guecha Medina, Abogado, Especialista en Derecho Administrativo U. Santo Tomás, Especialista en Derecho Administrativo, U. Salamanca España, Magíster Derecho Procesal, U. Libre Bogotá, Magíster Derecho Administrativo, U. Rosario Bogotá, Doctor en Derecho U. Externado de Colombia, Doctorado en Derecho U. Alfonso X España. Decano Facultad de Derecho USTA Tunja, Líder Grupo de Investigaciones Jurídicas y SocioJurídicas Facultad de Derecho, Categoría “A” en Colciencias. Email cguecha@ustatunja.edu.co, tel. 7440404 ext. 31020 Tunja.

Ph. D. (C) Fabio Iván Rey Navas

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. abogadorey@gmail.com

Mg. (C) Miguel Andrés López Martínez

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. maloma11@hotmail.com

Esp. Daniel Rigoberto Bernal

Abogado Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Privado y Económico. Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Mg. Carlos Alberto Pérez Gil. Filósofo Universidad Nacional De Colombia, Abogado Universidad Nacional De Colombia, Especialista en derecho publico

Universidad Nacional De Colombia, Magíster en derecho Universidad Nacional De Colombia, Docente investigador Facultad de Derecho, Teléfono: 3134529578, e-mail carlosperezgil57@hotmail.com.

Mg. José Helberth Ramos Nocua. Abogado Universidad Libre, Especialista en derecho procesal - Universidad Libre, Especialista en derecho probatorio – Universidad Sergio Arboleda, Título didáctica nivel único –Universidad Libre, Docente investigador Facultad de Derecho, Teléfono: 4341631-5621357, e-mail j.helvertramos@yahoo.es.

Mg. Fernando Arias García. Abogado UPTC, Especialización en derecho comercial Universidad Externado de Colombia, Especialización en derecho procesal Universidad Externado de Colombia, Magíster en derecho administrativo Universidad Externado de Colombia. Juez administrativo, Docente investigador Facultad de Derecho Teléfono: 3008815664, email farias@ustatunja.edu.co.

CONTENIDO

Editorial PÁG. 13

PARTE I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.

ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA

JUDICIALIZACIÓN LABORAL DE LAS EMPRESAS USUARIAS
EN CALIDAD DE EMPLEADOR EN EL CONTRATO CON EST PÁG. 20
Irma Julieth Corredor Amaya.

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL COMO PLANTEAMIENTO
HACIA UNA POSIBLE ELUSIÓN CONTRAPRESTACIONAL PÁG. 46
Laura Inés Gomes Niño.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INICIATIVA POPULAR
LEGISLATIVA RESPECTO DEL PORCENTAJE DEL CENSO
ELECTORAL PÁG. 63
Eliana Andrea Combariza Camargo.

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA CONTRATACIÓN ESTATAL.... PÁG 83
Nancy Milena Zabala Mancipe.

ENVEJECIMIENTO SIN CRISIS? EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO
COMO MODELO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LA TERCERA
GENERACIÓN PÁG. 103
Edwin Hernando Alonso Niño, Juan Sebastián Hernández Yunis.

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	Nº 9	pp. 1-473	Enero Diciembre	2011	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

EL MATRIMONIO CIVIL EN PAREJAS DEL MISMO SEXO:
VULNERACIÓN A DERECHOS PÁG. 117

Erika Paola Torres Aguirre.

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA Y EL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO COMO FUNCIÓN
DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PÁG. 137

Ángela Marcela Robayo Gil.

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES
LEGISLATIVAS PÁG. 167

Andrés Felipe Torres Cardozo

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA PÁG. 196

Marta Angélica Salinas.

LA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE EL DELINCUENTE Y LA
VÍCTIMA EN LA COMISIÓN DEL DELITO PÁG. 216

Sara Lorena Alba Palacios.

PARTE II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN DERECHOS HUMANOS.

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL COMPLEJO
PENITENCIARIO DE MÁXIMA Y MEDIANA SEGURIDAD
DE COMBITA PÁG. 229

German Alfonso Bernal Camacho, Ángela Patricia Hernández Echeverría

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN LA MASACRE DE SEGOVIA .. PÁG. 251

Fabián Andrés Herrera Lesmez

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: TRATAMIENTO JURISPRUDENCIA
DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL Y LA TEORÍA
DEL RIESGO PÁG. 272

Ángela Biviana Reyes Sánchez

ENTRE LA REPARACIÓN Y LA SOSTENIBILIDAD. ANÁLISIS DE LA LEY DE
VÍCTIMAS DESDE EL CONSTITUCIONALISMO RESTRICTIVO Y LA TRADICIÓN
PACTISTA DEL PODER PÁG. 291

David Gerardo López Martínez

PARTE III. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.

ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y ESCISIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE
DERECHO PÁG. 313

Pedro Alejandro Amezcuita Niño, Mónica Roció Mejía Parra.

UN INTENTO FALLIDO: LA CONSTRUCCIÓN DE UN INTERÉS NACIONAL EN
EL PERIODO DE LA REGENERACIÓN PÁG. 335

Diego Alejandro López Laiton, Sussy Dayana Rodríguez Galindo.

DIVISIÓN DE LAS FUERZAS CASTRENSES Y LA AUTONOMÍA DE LA
POLICÍA NACIONAL FRENTE A LA INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA
REPUBLICA PÁG. 361

Laura Viviana Vivas Medina. Sandra Milena Estupiñan Orjuela

LA DOCTRINA DEL HONOR AL INTERIOR DE LA INSTITUCIÓN CASTRENSE,
¿UNA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE LA LIBERTAD DE LA ESFERA
INTERNA? PÁG. 379

Ana Luisa Niño Camargo, Harold Yesid Villamarin Preciado.

CONTRATO ATÍPICO DE GESTACIÓN SUBROGADA PÁG. 398
María Cristina Higuera Cardozo.

EDITORIAL

Iter ad Veritatem, es la revista materializada por el esfuerzo intelectual de la comunidad estudiantil de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, producto del ahincó, la disciplina y el amor por el Derecho, ya no como una profesión sino como un estilo de vida que impone a todos los estudiosos de este campo la continua necesidad de ver, juzgar y actuar, con respecto a la sociedad desde una perspectiva cosmopolita, ya no de cómo es el mundo, sino más bien de cómo debe ser.

En mi mente no hay lugar a la duda cuando digo que las propuestas formuladas a lo largo de estas páginas, son la más pura muestra del talento de jóvenes que se han arriesgado al presentar sus ideas a un mundo que por lo general es cruel con el talento nuevo y que en algunas ocasiones le teme a la innovación, es en este punto de inflexión donde la comunidad de mi amada *alma mater* nos ha brindado esta pequeña ventana, dándonos a entender que las nuevas creaciones aun tienen amigos dispuestos a ofrecer su apoyo.

De esta forma y con la pretensión de influir en el escenario jurídico presentamos lo que hasta el momento son los mejores frutos de nuestra cosecha, autores que no deben ser menospreciados por su juventud ya que se han ganado su lugar en este texto por ser sinónimos del rigor metodológico propios de todo investigador.

En palabras de Christopher Reeve (2003) *“Los sueños parecen al principio imposibles, luego improbables, y luego, cuando nos comprometemos, se vuelven inevitables.”*¹ Ahora bien este sueño llamado *Iter Ad Veritatem* llega a manos de la comunidad jurídica en su novena edición gracias al compromiso por hacer una vez más posible lo imposible y consecuentemente inevitable.

**“Sólo un exceso es recomendable en el mundo: el exceso de gratitud”
Por lo tanto a nombre del Centro de investigaciones socio-jurídicas de la
Universidad Santo Tomás Seccional Tunja nuestra más sincera gratitud
para con los autores y el ávido lector.**

**Andrés Felipe Torres Cardozo
Monitor Centro de Investigaciones Socio-jurídicas
Universidad Santo Tomás**

¹ Christopher Reeve al igual que otros a lo largo de la historia nos han enseñado que los límites no son mas que una apreciación humana que nos predispone a no obtener metas por considerarles imposibles y una vez nos libramos de dicha predisposición somos capaces de todo, para quien desee profundizar con respecto a Reeve les invito a leer su texto todo es posible publicado en el año 2003 por la Editorial EL ALEPH en el año 2003.

PROLOGO

Es un honor el realizar la presentación de nuestro estudiante sénior Carlos Gabriel Salazar quien ha dedicado su vida a un ideal tan puro y noble como lo es la búsqueda del conocimiento, tarea a la cual se ha dado con total esfuerzo y vitalidad. Virtudes que lo caracterizan como un jurista humanista conocedor de la realidad social y de la dinámica de las instituciones políticas y administrativas del país, a continuación presentamos ante el lector su interpelación en el foro institucional por un voto responsable, organizado por la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, con las siguientes palabras.

VOTO EN BLANCO.

Vengo como un simple ciudadano colombiano de a pie a señalar lo siguiente:

La Constitución Política de Colombia no debe ser un documento formal, ni un mero texto de derecho positivo; de la cual se elevan de cuando en cuando múltiples elogios, a cual más floridos, y a la par, periódicamente, y con más frecuencia recibe dardos en su integridad, con las múltiples reformas que en su corta vida ha recibido y que verdaderamente la han convertido en una colcha de retazos y no en la carta inviolable que ha de ser y como lo quiso “el pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente e invocando la protección de Dios”, como reza el preámbulo.

La Constitución de Colombia debe ser el credo de todos: Y cada uno de los colombianos debe encarnarla, hacerla viva y vivirla como una religión.

Esa Constitución se levanta sobre dos pilares fundamentales: “la dignidad humana” (artículo 1) y los derechos “inherentes a la persona humana” (artículo 94), creando un estado social, de todos, no personal de derecho, de normas, regido por las leyes, democrático y participativo, en el cual todos tengan voz y voto a través de los plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, iniciativas legislativas y revocatorias de mandato (artículo 103). Los alcaldes serán elegidos popularmente (artículo 314) y como personas que tienen a su cargo la

comunidad de su municipio, deben tender, buscar, propiciar el bien común de dicha comunidad, el bien estar de todos; para ello se le ha nombrado, ese es su rol, la función que debe realizar y de la cual es responsable; y el bien común no es el bien personal, como administrador del erario que es público, de todos, no particular, debe comportarse como un buen padre de familia, que busca el bien de sus hijos; no malgastarlo, no derrocharlo, ni mucho menos llevarlo a su patrimonio o al de sus allegados. El ejercicio de la función pública es un servicio, no un negocio.

Como la historia es la maestra de la vida, ella nos demuestra cómo administradores de la cosa pública (en el pasado no solo remoto sino también próximo), no han buscado el bien común, sino lo contrario, como han tergiversado el gasto público y no lo han invertido en el bienestar común, tan solo valga la pena mirar los titulares de la prensa para llegar a esta convicción.

Por ello vengo a presentar otro candidato, otro que nos lleve a cumplir en forma responsable la obligación legal de hacer uso del derecho de votar; porque el voto es un derecho y una obligación (artículo 258) y tal candidato verdaderamente viste la cándida de los senadores romanos, la túnica blanca que ostentaban como símbolo de su dignidad, ese candidato es el voto en blanco.

Francisco Rubiales Moreno desde España manifiesta: “El voto en blanco no es un fin en si mismo, sino la una opción honrada cuando no existen partidos políticos o líderes que sean merecedores del voto de los ciudadanos libres en una democracia; es un voto de censura a los políticos en una democracia autentica.

El voto en blanco rechaza las opciones políticas, pero no el sistema democrático, es el más adecuado cuando campea la corrupción; por eso los políticos lo devalúan y penalizan, dado que es al que más temen.

El voto en blanco es un voto honesto, valiente, viril, rechaza la mediocridad y la corrupción”.

En España el movimiento “Escaños en Blanco” deja vacios los escaños que obtenga, en Uruguay se suman al candidato de mayor votación y en Colombia en reciente reforma política, a sus promotores “se les reconocen en lo que fuere pertinente, los derechos y garantías que la ley establece para las campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña, hasta el monto que previamente haya fijado

el Consejo Nacional Electoral” (Ley 130 de 1994 y Resolución 920 de 2011 del C. N. E.), ante lo cual la politóloga Beatriz Franco Cuervo, de la Universidad del Rosario, manifestaba: “Hecha la ley, hecha la trampa. Eso no quiere decir que haya una o más personas que quieran castigar electoralmente a una clase política, pero muestra la estupidez colombiana de sacarle provecho a todo”; por ello Darío Hechandía afirmaba que este es un “país de cafres” y Carlos Lleras Restrepo que es un país de avivatos; recordemos el incentivo de las acciones populares.

Por ello en el tarjetón se presentan dos clases de votos en blanco, el que promueve algún movimiento y busca lucrarse y el voto en blanco propiamente dicho, que es mi candidato.

Si en una elección el voto en blanco es mayoría se ha de repetir la elección (Acto Legislativo 1 de 2009) con candidatos diferentes, lo cual no se realizó con nuestros representantes al Parlamento Andino, premio de consolación a quienes no fueron electos como parlamentarios, en dicha ocasión el voto en blanco fue mayoritario.

En nuestro país hay más de veinte millones de personas en capacidad de votar que se abstienen de hacerlo, tan solo seis millones sufragan, en lo que algunos analistas han denominado “democracia estomacal”, pues se hace por puestos, contratos, cuadernos, tejas, pintura, cemento, cupos educativos, afiliaciones fraudulentas al sisben y no sé que mas triquiñuelas de las cuales nuestros políticos tradicionales son maestros.

Contra esas prácticas es preciso votar en blanco.

Empero Rodrigo Lozada (analista político) señala: “En este país es complicado lograr que los ciudadanos sufraguen por candidatos tradicionales, así que es poco probable que se movilicen para votar en blanco”; pero otros politólogos coinciden que el atractivo electoral del voto en blanco aumentará sustancialmente y se verá un repunte significativo en las elecciones de 2013. El ejemplo de la alcaldía de Cartagena es significativo, se presentó un 73% de abstención y el alcalde ganó por un pequeño margen sobre el voto en blanco.

Valeria Rabelo, una ciudadana del común, una ciudadana de a pié, decía “creo que se debe acabar con los corruptos y creo que también depende de los candidatos, de sus propuestas, de revisar muy bien su hoja de vida y de quien está rodeado; la gente no lee, solo ve caras, popularidad, etc. Estoy de acuerdo en que el voto en blanco es una salida digna; como dicen si uno no está de acuerdo con los

candidatos, al menos se hace el ejercicio de ir a votar. Coincido en que no queremos más corruptos”.

Si ustedes encuentra entre estos candidatos a uno que consideren: digno, honesto, recto, incorrupto e incorruptible, que busque el bien común, del cual habla El Aquinate; están en la obligación moral y política de darle su voto; pero si no creen en ninguno por escepticismo histórico, su obligación democrática es votar en blanco, sin reposición de gastos de campaña.

El voto en blanco, simple y clásico es mi candidato y ahí os lo dejo.

PRESENTACIÓN

“Cuando crecimos y fuimos a la escuela, había algunos profesores que habrían hecho cuanto fuese posible para herir a los niños, derramando su burla sobre cualquier cosa que hacíamos y sacando a relucir todas sus debilidades por mas cuidadosamente que los chicos las ocultasen” – Pink Floyd , THE Wall 1976.

Con el pasar de las décadas, el mundo ha evolucionado de tal forma, que los conocimientos ya no son restringidos y estos permanecen en las mentes de la nueva sangre de cada generación. Es por tanto que, la Revista Iter Ad Veritatem N°9 es el medio por el cual los estudiantes pueden dar a conocer sus ideas dentro del mundo de derecho en sus distintas ramas como los son el área penal, constitucional, administrativa, civil y laboral con el fin de dar nuevos conceptos que mejoren y se adecuen a las tendencias de estos días sobre la antigua ley de los hombres.

Si bien es cierto que la existencia del derecho se debe a dar soluciones a los conflictos de los hombres, buscar una estabilidad y armonía bajo la figura de la justicia, se ha querido con la presente dar nuestras manifestaciones frente a la responsabilidad del estado en distintos aspectos que desembocan en un vulneración hacia los derechos humanos. De igual forma resaltar la imagen de la constitución política como norma de normas dentro de nuestro ordenamiento frente al acceso a la justicia, manejo probatorio, legitimidad de los actos del estado y la exaltación de los derechos fundamentales en los ámbitos civiles y laborales.

En otro aspecto, nos referimos a circunstancias por las cuales ha atravesado nuestro ordenamiento jurídico como lo son los estados de escisión, en donde nos atrevemos a postular tesis internacionales como el derecho penal del enemigo y en este mismo sentido analizamos las distantes políticas del estado referentes a derecho penal y la actuación de los entes militares.

Por ultimo, se espera que esta publicación sea de agrado y cumpla con las exigencias académicas del derecho y del lector, aportando nuevas ideas que incentiven la generación de espacios de reflexión, en materia jurídica y demás áreas afines tomando la investigación como una convicción para romper las cadenas del conformismo y buscar así nuevas verdades.

Pedro Alejandro Amezcuita Niño
Monitor Centro De Investigaciones Socio-jurídicas
Universidad Santo Tomás

**PARTE II.
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
EN DERECHOS HUMANOS**

ENTRE LA REPARACIÓN Y LA SOSTENIBILIDAD. ANÁLISIS DE LA LEY DE VÍCTIMAS DESDE EL CONSTITUCIONALISMO RESTRICTIVO Y LA TRADICIÓN PACTISTA DEL PODER.

David Gerardo López Martínez*

RESUMEN**

Fecha de recepción: 15-08-2011
Fecha de aprobación: 16-09-2011

En este artículo, se sostiene que la Ley 1448 de 2011 presenta ciertas características tendientes a la flexibilización del derecho a la reparación integral de las víctimas. Para tal efecto, se identifica en la normativa una relación dicotómica entre la voluntad política de reparar y el condicionamiento de tal derecho a la sostenibilidad fiscal.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo restrictivo, tradición pactista, reparación integral.

□ *Estudiante Universidad Santo Tomás-Seccional Tunja. Facultad de Derecho, Tercer semestre. E mail: dalito77@gmail.com AI*

** *Artículo de investigación e innovación el cual es una Producción original e inédita, resultado del proyecto de investigación finalizado “entre la reparación y la sostenibilidad. análisis de la ley de víctimas desde el constitucionalismo restrictivo y la tradición pactista del poder.” adelantado en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas el cual está vinculado a la línea de “en derecho administrativo y responsabilidad del estado “. que dirige el Doctor Ciro Nolberto Güecha Medina.*

Método: mediante el método de análisis documental de textos con origen jurídico con base teórica en el Derecho constitucional y el derecho administrativo con la finalidad de desarrollar un análisis con respecto a la tensión entre reparación integral y sostenibilidad.

ABSTRACT

Victims Law presents some characteristics that tend toward the flexibilization of victims reparation right. To this effect, it shows that this rule contains a dichotomy relation between politic willingness to repair and the conditionalization of this right to fiscal discipline.

KEYWORDS

restrictive constitutionalism, pactist tradition, integral reparation.

RÉSUMÉ

Cet article soutient que loi n ° 1448 de 2011 dispose de quelques fonctionnalités visant à faciliter le droit à une indemnisation intégrale des victimes. À cette fin, les règles identifiées dans une relation dichotomique entre la volonté politique de réparation et de conditionnement d'un tel droit à la viabilité budgétaire.

MOTS CLÉS

tradition du constitutionnalisme pactist restrictive, la réparation.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN, 2. RESULTADOS, 2.1 CONSTITUCIONALISMO RESTRICTIVO, 2.1.1 Globalización hegemónica y Consenso de Washington, 2.1.2 De la deconstrucción del contrato social de la modernidad al constitucionalismo restrictivo, 2.2 TRADICIÓN PACTISTA DEL PODER, 2.3 JUSTICIA TRANSICIONAL: REPARACIÓN Y PERSPECTIVAS EN EL CONTEXTO COLOMBIANO, 2.3.1 La reparación como médula de la justicia transicional, 2.4 FLEXIBILIZACIÓN DE LA LEY: CONSTITUCIONALISMO RESTRICTIVO Y TRADICIÓN PACTISTA, 2.4.1 Disposición política hacia la reparación, 2.4.2 Flexibilización del derecho a la reparación integral, 3. CONCLUSIONES, 4. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Hay una célebre frase que explica una de las principales razones por las que el derecho se incumple: “se acata, pero no se cumple”. Cuando en la época colonial la metrópoli española expedía normas que afectaban diversos intereses en las tierras conquistadas, esta era precisamente la reacción de los destinatarios frente a las normas: las cumplían siempre que se consideraran no gravosas para la estabilidad social. De esta manera, las élites, a través del surgimiento del *Derecho Indiano*, acomodaban el derecho que venía de la corona a sus intereses. Esta manía trasegó toda la historia colombiana (pues siempre pervivieron grandes poderes que acomodaban el derecho a sus conveniencias), al punto de hacer del derecho, las instituciones y las constituciones, simples arengas políticas, o sencillamente herramientas maleables y acomodables a intereses coyunturales³.

Como se ve, se está en presencia de una flexibilización del derecho, esto es, en su cumplimiento condicionado por múltiples intereses, y no fundado en su labor que funge como mecanismo de regulación social. Pues bien, tal tendencia es visible en el discurso de la Ley 1448 de 2011 y su respectiva exposición de motivos. En esta disposición, el derecho a la reparación integral de las víctimas parece ser flexibilizado por la voluntad de reparar íntegramente a las víctimas, por una parte, y de condicionar tal derecho a la disponibilidad presupuestal, por otra⁴.

La voluntad política que se tiene hacia la reparación se refleja principalmente en la aceptación de las múltiples facetas que debe tener el acceso a la reparación integral y en el compromiso que se tiene con guardar coherencia con instrumentos internacionales de justicia transicional⁵. (Artículos 1, 4, 8, 9, 11, 12, 25, 27, 28 y 69). En contraste, se encuentra también la

3 (GARCÍA VILLEGAS. 2009)

4 Tales inconsistencias presentes en esta ley pueden explicarse desde una arraigada cultura del incumplimiento de normas. Principalmente, esta tendencia se ha fundamentado en la flexibilización del derecho, dada la raigambre de una tradición pactista del discurso jurídico en la cual las instituciones, el derecho, y las constituciones terminan siendo herramientas políticas maleables, manipulables y adecuadas a necesidades coyunturales de relegitimación. *Ibidem*. pp. 301-302. También son explicables estas insuficiencias desde el constitucionalismo restrictivo, aquél en el que las lógicas económicas permean las jurídicas, y en consecuencia, el goce efectivo de los derechos humanos se limita a los dictados de la economía. Mauricio GARCÍA VILLEGAS, “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”. En Mauricio GARCÍA, Rodrigo UPRIMNY, César RODRÍGUEZ (editores), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Grupo editorial Norma, 2006.

5 El consenso sobre las medidas reparativas, tiene lugar en el hecho de que el derecho internacional y la continuidad del conflicto y las violaciones generalizadas han acentuado la necesidad de restaurar a las víctimas en sus derechos. En la exposición de motivos de la ley, se considera apropiada su promulgación en un ambiente caracterizado por la continuidad del conflicto, y consecuentemente, por la violación sistemática y generalizada de derechos humanos. Asimismo, se considera importante la construcción de mecanismos institucionales que articulen las anteriores iniciativas de justicia transicional que ha adelantado el Estado y que no han efectuado los derechos de las víctimas. Proyecto de Ley número 107 de 2010. Por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. *Gaceta del Congreso* 692.

limitación económica que se le impone al derecho a la reparación integral. Esto puede observarse en la elevación de la sostenibilidad fiscal como principio rector de la ley (artículo 19); en la reducción del derecho a la reparación integral a la indemnización (artículos 20 y 133); y en la confusión conceptual entre política social y reparación (artículo 132)⁶.

Para Rodrigo Uprimny y Nelson Sánchez⁷ (2011), si bien esta ley acierta en la voluntad política de reparar, y en la coherencia que busca tener con los estándares internacionales de justicia transicional, tiene profundas limitaciones. Una de ellas, es precisamente la contraposición entre reparación integral y equilibrio fiscal. De esta manera, la ley parece presentar un intento por conciliar los dictados de la justicia transicional en materia de reparación integral y las implicaciones de un *constitucionalismo restrictivo* en cuanto restringe el goce efectivo de este derecho al equilibrio fiscal.

Esta situación ha conllevado a plantearse el siguiente interrogante: ¿pueden identificarse manifestaciones de la tradición pactista del poder y del constitucionalismo restrictivo en la Ley 1448 de 2011 y su respectiva exposición de motivos? Para dar respuesta a este interrogante, la presente investigación se hará un breve abordaje teórico de la *tradición pactista*

y del *constitucionalismo restrictivo* (I); seguidamente, se desarrollarán algunas implicaciones del derecho a la reparación integral de las víctimas a la luz de la justicia transicional (II); y finalmente, se identificarán algunas manifestaciones de la *tradición pactista del poder* y del *constitucionalismo restrictivo* en algunos artículos de la ley. A manera de hipótesis, se plantea que la Ley 1448 y su respectiva exposición de motivos presentan características de la tradición pactista del discurso jurídico y del constitucionalismo restrictivo.

Por tratarse de un proceso en el que se realiza un estudio consistente en el análisis de cada uno de los factores del fenómeno, esto es, del hecho de pretender averiguar las fuentes legales, se da cuenta de un método analítico descriptivo. Es analítico en cuanto se centra en desglosar cada uno de los factores que integran el fenómeno, en este caso, se aborda principalmente el estudio de la justicia transicional como elemento principal. Es descriptivo en cuanto se pretende dar cuenta de una realidad sociojurídica como primer intento para lograr su transformación.

Las fuentes consultadas son de carácter primario y secundario. Las primarias son la Ley y su respectiva exposición de motivos, ya que son producto de la realidad social. Las secundarias son las demás referencias, pues son estudios que se han realizado sobre

6 Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Junio 10 de 2011. D.O. 48.096.

7 Nelson SÁNCHEZ. Rodrigo UPRIMNY, "Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia", Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad DeJuSticia, 2011, en http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&publicacion=1006, fecha de consulta: 13 de noviembre de 2011.

la eficacia simbólica del derecho y la reparación integral a la luz de la justicia transicional.

2. RESULTADOS

2.1 CONSTITUCIONALISMO RESTRICTIVO

Esta categoría es considerada como aquél proceso en donde la lógica económica neoliberal incursiona en la de los derechos humanos. Así, la realización de los derechos (en especial de los prestacionales) depende de los requerimientos de la eficiencia del mercado. De esta manera, se dice que es *restrictivo* en cuanto reduce los derechos a los estrictamente necesarios para el desarrollo de las interacciones mercantiles⁸.

Para explicar esta situación, en el siguiente apartado se abordarán dos circunstancias que se consideran constituyentes de esta categoría. En primera medida, se mirarán los desbordamientos de la globalización capitalista y su plena realización en el llamado *Consenso de Washington*. En segunda medida, se tratará la deconstrucción de contrato social a partir de la reducción de los derechos que éste protege.

2.1.1 Globalización hegemónica y Consenso de Washington

Es innegable que hoy existen profundos procesos de globalización. Hay muchas prácticas locales que se han expandido en todo el mundo, y del mismo modo, hay muchas prácticas globales que se han difundido en las localidades (Santos, 1998). En esta medida, se observa entonces una intensificación de las relaciones transfronterizas, al punto de afectar sistemas sociales, políticos, económicos y culturales a escala mundial⁹.

Se ve entonces que han surgido procesos globalizantes en donde suelen difuminarse las barreras locales para dar paso a las dinámicas globales. Pero en esta dinámica, es posible distinguir una globalización perversa, inclemente e injusta, lo que Boaventura de Sousa Santos denominaría *globalización hegemónica*¹⁰. En esta convulsión de las relaciones internacionales, los procesos globales suelen dejar a su paso un alto grado de exclusión, descaracterización y opresión. Así, la *globalización hegemónica* desemboca en profundas crisis de regulación –reducción de la presencia social del Estado- y emancipación social –obstrucción de la

8 (GARCÍA VILLEGAS; 2009; pp. 221-229)

9 (SOUSA SANTOS; 2004)

10 Boaventura de Sousa Santos afirma que en los procesos globalizantes, han surgido dos tipos de globalización: hegemónica y contrahegemónica. En la primera, la intensificación de las relaciones transfronterizas genera procesos de opresión (vista en las profundas desigualdades sociales), descaracterización (reflejada en la destrucción de saberes, prácticas y teorías alternativos a la cultura eurocéntrica) y exclusión (evidenciada en el alto grado de inasistencia que presentan las personas frente al Estado). La segunda, se refiere especialmente a la alianza transfronteriza de las luchas sociales contra la globalización hegemónica: una articulación que sobrepasa la localidad en donde se busca el realce de las condiciones de ciudadanía perdidas en la globalización, pp. 11-22.

consecución de derechos a partir de las luchas sociales¹¹.

Una de las expresiones más efectistas de estos vicios de la globalización es el llamado *Consenso de Washington*. Éste se ha entendido como aquél acuerdo político internacional celebrado en la década de 1980 (supuestamente para asistir las crisis económicas de los Estados más débiles) en el que se entronizaron las políticas neoliberales a escala global. Así, la asistencia económica internacional se condicionó a la minimización de la presencia social del Estado y al establecimiento de óptimas condiciones para el desarrollo del mercado. Es así como los países semiperiféricos redujeron considerablemente su gasto social y se enfocaron en la eficacia de intereses capitalistas: el aseguramiento de los derechos de propiedad, la primacía de la seguridad jurídica sobre la garantía de derechos sociales, el desenvolvimiento de la inversión extranjera y la libre iniciativa, y el desmonte de barreras tributarias que retenían el librecambio internacional¹². Así, es posible afirmar que este acuerdo político devino en la privatización de lo público, y en especial, en profundos procesos de desregulación¹³.

2.1.2 De la deconstrucción del contrato social de la modernidad al constitucionalismo restrictivo

La metáfora del contrato social induce a pensar en el paso del hombre en su *estado de naturaleza* a un estado de civilidad. En este sentido, esta metáfora debe ser entendida como la armonización entre el reconocimiento de una autoridad y la garantía de derechos que ésta debe brindar. Así, el contrato social es percibido como aquella situación en la que se busca superar las crisis de sobrevivencia y supervivencia que tienen que soportar las personas en su estado pre-social. Sin embargo, la construcción del pacto social tiene profundas limitaciones. De acuerdo al anterior recuento teórico, se considera que una de las principales limitaciones es precisamente la reducción del contrato social al contrato individual. En este sentido, las pautas del contrato son preestablecidas por los más poderosos, y en consecuencia, la garantía de los derechos humanos es restringida a tales pautas¹⁴.

En esta medida, una de las manifestaciones de las limitaciones presentes en la construcción del contrato social, ha sido precisamente *Consenso*

11 *Esto es precisamente lo que ha pasado en las relaciones que sostienen los países centrales (desarrollados), periféricos (pobres) y semiperiféricos (en desarrollo). La globalización se ha entendido como la reducción del Estado y de su garantismo social, y las luchas sociales han tendido a ser profundamente debilitadas. Es por esto que la esperanza que queda para los países menos favorecidos en la globalización es la de la reinención de la emancipación social: cómo superar las crisis sociopolíticas y epistemológicas dejadas por la globalización hegemónica. Ibidem, pp. 22-29.*

12 *RODRÍGUEZ Y UPRIMNY; 2006, pp. 111-113)*

13 *(ATIENZA; 2010)*

14 *(GARCÍA VILLEGAS; 2001, pp. 11-35)*

de Washington. En la década de 1980, se estableció un conjunto de condiciones bajo las cuales los países sumidos crisis podían acceder al crédito internacional. El punto central de estos requerimientos eran principalmente la minimización del Estado y la reducción del gasto social. Estos requisitos influyeron en la reforma de las instituciones judiciales, centrándolas en lógicas económicas y no en el garantismo de derechos humanos. Es así como las decisiones judiciales, y los esfuerzos institucionales en general, se centraron en establecer condiciones propicias para las interacciones mercantiles, y no en la protección de derechos. De esta manera, primaron la reducción de los costos de transacción, el aseguramiento del cumplimiento de los contratos, el reforzamiento del sistema penal y la entronización de la seguridad jurídica sobre la protección efectiva de los derechos humanos¹⁵.

Así se llega a la construcción del llamado *constitucionalismo restrictivo*, entendiéndose éste como aquel que reduce las lógicas del derecho a las económicas, y que en consecuencia, condiciona el goce de los derechos humanos a los dictados del mercado. De esta manera, los esfuerzos institucionales, en especial los judiciales, no van a propender por la expansión de los derechos, sino por la maximización de la utilidad económica¹⁶.

2.2 TRADICIÓN PACTISTA DEL PODER

Una de las causas más importantes del incumplimiento de normas, y por ende, de la brecha abismal entre realidad social y las reglas positivizadas, es precisamente la actitud pactista que se tiene frente a las reglas. Tal tradición se refiere básicamente a la flexibilización del derecho por estar subordinado a valores superiores –como la moral, la religión o la percepción de justicia. Es decir, el cumplimiento de la norma es negociado con lo que se considera justo, y si hay percepción de injusticia, se está legitimado para incumplirlo. La misma acepción sociolingüística colombiana denota esta tradición pactista: el desacato de la norma es concebido como *incumplimiento*, es decir, no refleja relación de autoridad como lo hacen la moral o la religión. Así, el derecho se entiende como producto de un pacto celebrado entre el *rey y sus súbditos* en el que el incumplimiento de una de las partes legitima el de la otra¹⁷.

La tradición pactista proviene de la concepción organicista y católica del poder, surgida del iusnaturalismo medieval y fuertemente incrustada en la Colonia. Acorde a la concepción organicista del poder –que consideraba el sistema social como un todo, del cual el monarca era sólo una parte- el monarca era superior a las partes del

15 (RODRÍGUEZ. Y UPRIMNY; 2006 pp. 129-146)

16 (GARCÍA VILLEGAS, 2009; pp. 221-229)

17 (GARCÍA VILLEGAS; 2009, pp. 15-48)

cuerpo político, mas no era totalmente autónomo. Así, su poder era limitado por estructuras señoriales que detentaban lo grueso de los fueros y privilegios. En esta medida, la eficacia de las órdenes reales dependía de qué tanto se acomodaran a las concepciones morales y jurídicas de las estructuras señoriales. Así pues, la justicia radicaba en que el monarca respetara tales privilegios, de lo contrario, era totalmente legítima la insubordinación de sus súbditos. Del mismo modo, tal práctica se fundaba en el iusnaturalismo medieval: se consideraba la validez de las normas (la pertenencia al sistema jurídico) siempre que se concibieran justas, si no era así, simplemente no constituían derecho¹⁸.

Esta situación logró superarse en los Estados europeos con el advenimiento del absolutismo. En el siglo XVIII, los monarcas concentraron todo su poderío, y en tanto, procedieron con la eliminación de fueros y privilegios que pudieran desnaturalizar sus órdenes. En la época postrevolucionaria, el movimiento codificador se encargó de generar tal homogeneidad política: se dio a la tarea de eliminar estructuras políticas intermedias entre el pueblo y el contrato, esto en aras de evitar la flexibilización de la ley (ejemplo de ello es la ley de Chepalier)¹⁹.

Como se ve, los Estados europeos tuvieron éxito en la concentración del

poder y en el consecuente debilitamiento de intermediarios que pudieran acomodar el mismo²⁰. Sin embargo, en América Latina, en especial en Colombia, no se dio tal proceso. Desde la Colonia (que se tradujo en la continuidad del feudalismo europeo), se consolidaron estructuras señoriales demasiado fuertes para ser destinatarias de una norma jurídica. Así, de la técnica colonial del *sobreseimiento* dado en la práctica del derecho indiano (caracterizado por acatar pero incumplir), se dio paso a la flexibilización continua del derecho por parte de terratenientes y caudillos. En esta medida, las prácticas políticas y jurídicas distaron de obedecer a la racionalidad y el carácter genérico de la norma que profesaba el ideario contractualista francés, para reducirse a un continuo acomodamiento a distintos intereses. De este modo, la cultura de la flexibilidad del derecho, ha repercutido en que el cumplimiento de las normas, y en especial de la constitución, sea conciliado, negociado o acomodado a todo tipo de intereses²¹.

2.3 JUSTICIA TRANSICIONAL: REPARACIÓN Y PERSPECTIVAS EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

La justicia transicional nace como aquel intento político y jurídico de afrontar las desavenencias de un conflicto armado. Así, ésta resulta ser un particular tipo de justicia en el que se busca afrontar

18 (GARCÍA VILLEGAS; 2009; pp. 283-288)

19 (GARCÍA VILLEGAS; 2009; pp. 288-292)

20 (GARCÍA VILLEGAS; 2008, pp. 19-26)

21 (GARCÍA VILLEGAS; 2008 pp. 292-301)

las violaciones de los derechos humanos que tuvieron lugar en el desarrollo de un conflicto armado. Lo anterior permite percibir que su distintivo “transicional” se refiere precisamente a una transición hacia una situación postconflicto. Por esto, este particular tipo de justicia se muestra como aquella oportunidad en que la sociedad y el Estado buscan generar procesos democráticos y pacíficos que conjuren las secuelas del conflicto. Pero es importante tener en cuenta que tales procesos deben respetar un mínimo de derechos y de justicia, de lo contrario, difícilmente pueden concebirse apropiados procesos de transición²².

En este proceso, es crucial reconocer que dentro del universo de la justicia transicional, el elemento que tal vez resulta definitorio de ésta es el asegurar a las víctimas una buena reparación, pues la justicia transicional comprende

precisamente la importancia de valorar los derechos de víctimas²³.

2.3.1 La reparación como médula de la justicia transicional

El derecho a la reparación integral, se enfoca principalmente en la corrección de los daños causados por el conflicto. Por esto, este elemento se refiere especialmente al restablecimiento de la situación que precedió las violaciones de derechos humanos. De esta manera, la reparación tiene que centrarse en la restauración patrimonial, laboral, educativa, psicológica y territorial que gozaban las víctimas antes de las atrocidades²⁴. Es así como la reparación es vista desde una múltiple perspectiva que comprende la rehabilitación (recuperación psicológica de la víctima), la compensación, la memoria histórica, la justicia y garantía de no repetición. En caso de ser imposible

22 *Los procesos de justicia transicional deben centrarse en garantizar a las víctimas al menos cuatro derechos que las distinguen del resto del conglomerado social: el derecho a la verdad, a la justicia, a la no repetición y a la reparación.* Rodrigo UPRIMNY, “Víctimas en el proceso penal y justicia transicional”, en AA, VV (editores). Cuarto Congreso Internacional de derecho procesal. La reparación de las víctimas en el contexto de las reformas judiciales y Código General del Proceso para Colombia, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

23 *Ver a Lisa Margarell, “Las reparaciones en la teoría y la práctica”, Centro Internacional para la Justicia Transicional, en <http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Reparations-Practice-2007-Spanishpdf>, fecha de consulta: 25 de febrero de 2012. Sin embargo, es importante tener en cuenta que los estándares de reparación de víctimas no deben ser aplicados mecánicamente en contextos de desigualdad y exclusión extremas. Por esto, en un contexto como el colombiano, cabe realizar la llamada reparación transformadora: lograr a partir de políticas reparativas profundos cambios políticos y económicos. Así, se busca que a través de la reparación, las víctimas no sólo restablezcan su situación anterior, sino que la mejoren.* María SAFFÓN. Rodrigo UPRIMNY, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática” en Catalina DÍAZ. Nelson SÁNCHEZ. Rodrigo UPRIMNY (editores), Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional-Unión Europea-Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia, 2007, pp. 31-70.

24 *A pesar de las dificultades que existen en la decantación de la reparación integral, es preciso que se contemplen políticas reparativas que articulen elementos simbólicos y materiales. Así es preciso que la reparación envuelva medidas que van desde homenajes simbólicos hasta erogaciones económicas que deben hacer los Estados para indemnizarlas y superar su vulnerabilidad social.* Lisa MARGARELL, “Las reparaciones en la teoría y la práctica”, op. cit., pp. 1-5.

tal restablecimiento, se hace necesario establecer condiciones de existencia similares a éstas, pues de lo contrario se vería seriamente obstruido el derecho de reparación integral²⁵.

El alcance de la reparación integral se refiere básicamente a principios elementales en que debe entenderse la reparación, en especial, los procesos de compensación económica. De esta manera, el derecho internacional de los derechos humanos contempla la necesidad de que los procesos de reparación se den de una manera proporcional y adecuada al daño causado²⁶.

Pero frente a la reparación de las víctimas hay un elemento sustancial

sustentado por la doctrina y la normatividad internacional: el que existan programas de reparación administrativa. Teniendo en cuenta las dificultades que resultan de la reparación jurisdiccional, las víctimas deben ser destinatarias de óptimas políticas de reparación que integren elementos simbólicos y materiales. Por ello, además de posibilitarles el acceso a la justicia, se les debe asegurar una buena política pública de reparación a las víctimas²⁷.

2.4 FLEXIBILIZACIÓN DE LA LEY: CONSTITUCIONALISMO RESTRICTIVO Y TRADICIÓN PACTISTA

Como se vio anteriormente, la tradición pactista del discurso jurídico se refiere

25 (RINCÓN; 2010, pp. 75-87)

26 *Similares afirmaciones pueden encontrarse en los estándares internacionales de Justicia transicional. Así por ejemplo, los Principios y Directrices comprenden especialmente la compensación adecuada de las víctimas, entendiéndose con ello que los derechos de las víctimas tienen que ser reforzados por mecanismos judiciales efectivos y por acciones estatales encargadas del óptimo cumplimiento de las sentencias que condenen reparaciones. Así, esta normativa contempla la necesidad de una reparación proporcional y accesible por métodos jurisdiccionales. De acuerdo a los principios 11, 15 y 20, la reparación, y en especial las compensaciones, deben darse de manera proporcional al daño causado. De otro lado, los principios 2, 3, 12 y 17 aluden a la necesidad de garantizar a través de mecanismos legales o administrativos un acceso efectivo a la justicia, y principalmente, un idóneo cumplimiento de las sentencias que condenan reparaciones. Asimismo, el principio 16 establece la obligación que tienen los Estados en que se han perpetrado graves violaciones de derechos humanos de establecer programas de reparación. Resolución 60/147 de 2005. Por la cual se expiden los 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. Doc. A/RES/60/147.*

27 Lisa Margarell, "Las reparaciones en la teoría y la práctica", *op. cit.*, pp. 3-10. Resolución 60/147 de 2005. Por la cual se expiden los 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. Doc. A/RES/60/147. La inexistencia de una buena política pública de reparación puede ocasionar procesos de re victimización. Basta ver, por ejemplo, cómo en el sistema colombiano la reparación de los perjuicios ocasionados por el conflicto a través de la jurisdicción puede ser un proceso inconsecuente con la condición de víctimas: procesos que pueden durar hasta quince años para que el órgano de cierre defina si la víctima merece ser reparada. Esta es precisamente una de las motivaciones de la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas), el crear un sistema de reparaciones administrativas para evitarles a las víctimas los oprobios de acudir a la reparación jurisdiccional. Ruth CORREA, "Riesgo de revictimización de población vulnerable", en AA.VV. (editores) Cuarto Congreso Inrwenacional de Derecho Procesal. La reparación de las víctimas en el contexto de las reformas judiciales y Código General del Proceso para Colombia, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

básicamente a la flexibilización del derecho, esto es, a su acomodamiento a diversos intereses coyunturales. De este modo, el derecho se convierte en un instrumento que usa la casta política para relegitimarse, soslayando la consecución de los objetivos en él planteado. Así, el derecho es más fachada política que mecanismo de regulación social²⁸.

Pues bien, tal situación es visible en la Ley 1448 de 2011 y en su respectiva exposición de motivos. Este discurso legislativo se caracteriza por presentar cierta ambivalencia, cierta contradicción entre la voluntad política de reparar a las víctimas del conflicto y la limitación del mismo derecho. Es decir, a lo largo de toda esta disposición coexisten el imperativo ético del Estado de reparar a las víctimas y las restricciones que ofrece la disciplina fiscal. Para desarrollar este planteamiento, es importante referirse al discurso que exalta la importancia y la obligatoriedad de garantizar la reparación integral a las víctimas, y del

mismo modo, al que reduce tal derecho a la disponibilidad fiscal.

2.4.1 Disposición política hacia la reparación

La promulgación de la Ley 1448 no obedece a una aparición fortuita, o a un evento espontáneo sin mayor construcción. La formulación de esta ley tiene lugar en un contexto en el que la persistencia del conflicto armado, la ineficacia de los derechos de las víctimas y la imperiosa obligación de ceñirse a estándares internacionales, determinaron la necesidad de conformar un mecanismo institucional que materializara tales derechos. Es decir, esta iniciativa aparece cuando hay un consenso en la comunidad política de reparar las atrocidades perpetradas en ocasión del conflicto armado²⁹.

Puede verse entonces que las circunstancias propias de un ambiente conflictivo y la evolución del derecho internacional de los derechos humanos

28 (GARCÍA VILLEGAS; 2008 pp. 301-302.)

29 *La elaboración del Proyecto de Ley 107 de 2010 (que después derivaría en la Ley 1448) recoge las normativas internas e internacionales que se han presentado en materia del derecho a la reparación de las víctimas. Así, este proyecto de ley consagra la obligación del Estado de consolidar mecanismos que recojan los instrumentos de justicia transicional anteriores y que generen políticas de reparación administrativa y jurisdiccional. En cuanto al derecho interno, este proyecto condensa los intentos de establecer regulaciones protectoras de los derechos de las víctimas del desplazamiento forzado presentes en la Ley 387 de 1998, la sentencia T-025 de 2004, la Ley 975 de 2005 y la sentencia C-454 de 2006. En lo referente al derecho internacional, este proyecto incluye lo dispuesto en los 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, promulgado por la ONU en el año 2005, el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos Humanos del año 2009, y el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del mismo año. En este punto, el imperativo de formular políticas públicas tendientes a la reparación administrativa y jurisdiccional de las víctimas, nace de las flagrantes y continuas violaciones de los derechos de las víctimas. Asimismo, tal compromiso surge de la permanencia del conflicto y de las consecuentes situaciones de victimización. Proyecto de Ley número 107 de 2010. Por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Gaceta del Congreso 692.*

determinaron el imperativo de reivindicar los derechos de las víctimas. Pues bien, tal imperativo es visible en la decantación que se ha hecho del derecho a la reparación integral.

Además de concebir el imperativo de reparar, este discurso legislativo se centra en la complejidad de la reparación integral³⁰. Así, se recalca la importancia de que este derecho no se reduzca a ninguna de sus facetas, esto es, a que se tenga en cuenta su integralidad dadas las condiciones de vulnerabilidad extrema de las víctimas. De esta manera, los daños psicológicos y patrimoniales dejados por el conflicto suponen la obligación de una reparación que integre elementos correctivos y distributivos³¹.

Sin embargo, esto no puede dar lugar a una superposición de sistemas de justicia: las expresiones de políticas sociales no pueden superponerse a las de reparación, así como tampoco puede concebirse la reparación únicamente como la prestación de asistencia

humanitaria. Se denota entonces un compromiso serio del Legislador con la articulación de la justicia distributiva y correctiva en torno a la reparación de las víctimas³².

Los argumentos plasmados en la exposición de motivos se fortalecieron en la promulgación de la ley. Es así como la nueva ley es concebida como el conjunto de medidas que propenden por la asistencia, protección y reparación integral de las víctimas del conflicto armado. En este sentido, la ley en su articulado desarrolla lineamientos relacionados con el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Al punto de entenderse como disposiciones determinadas por estándares internacionales de justicia transicional.

Así se puede observar en primera medida que el primordial objetivo de la ley versa sobre la restauración de la dignidad de las víctimas. El principal fin de esta ley es precisamente la materialización de los derechos constitucionales de las

30 *En este sentido, el derecho a la reparación integral comprende la restitución (restablecimiento de situación anterior a la victimización); la indemnización (compensación patrimonial proporcional al daño generado); la rehabilitación (asistencia psicosocial y médica); la satisfacción (reparaciones simbólicas cuyo centro es la recuperación de la dignidad de la víctima); y la no repetición (garantía que debe ofrecer el Estado de no reincidencia en hechos de victimización). Proyecto de Ley número 107 de 2010. Por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Gaceta del Congreso 692.*

31 *Así, se determina la importancia y la obligatoriedad de la distinción conceptual entre asistencia humanitaria (paliativos para la estabilización socioeconómica inmediata), política social (expansión de los Derechos Económicos Sociales y Culturales) y reparación (restauración de los derechos vulnerados). Por tal motivo, la asistencia humanitaria o la política social no pueden ser tenidas por reparación, pues si bien estas logran la estabilización de la víctima, no consiguen la recuperación de los derechos desconocidos en el pasado. En este sentido, debe proceder una articulación de estos conceptos, y no un traslape que menoscabe la reparación. Proyecto de Ley número 107 de 2010. En este sentido, es de vital importancia que se efectúen los estándares internacionales de justicia transicional, pues de lo contrario, se torna difusa la consecución de una reparación transformadora. María Saffón. Rodrigo Uprimny, "Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática", op. cit., pp. 49-70.*

32 *Proyecto de Ley número 107 de 2010.*

víctimas. En esta medida, se pretende establecer el conjunto de medidas sociales, económicas, judiciales y administrativas necesarias para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Este cometido es observable en los artículos 1, 4, 8, 9 y 11³³.

En segunda medida, es posible encontrar en esta disposición la concordancia que se busca tener con las normas internacionales. Así, la ley reconoce, a través de la figura del Bloque de Constitucionalidad, la obligatoriedad que adquieren los instrumentos internacionales de justicia transicional. De esta manera, se refuerza la fuerza jurídica de estos derechos, ya que esta vez tienen prelación por su correspondencia con el Derecho Internacional Humanitario y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ejemplo de ello son los artículos 27 y 34³⁴.

En tercer término, es preciso identificar en la ley la disposición que se tiene frente

a la reparación integral de las víctimas. El articulado del proyecto reconoce la complejidad de este derecho, y en consecuencia, determina la reparación integral como la armonización de la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la no repetición. En consonancia con lo anterior, la ley expresa la prohibición de la confusión conceptual entre asistencia humanitaria y reparación. Esto puede verse expresado en los artículos 12, 25 y 69.

Asimismo, la exposición de motivos es incisiva al referirse a la importancia de articular la política social, la asistencia humanitaria y la reparación. Esto con el fin de hacer de los procesos reparativos una oportunidad para superar las condiciones de exclusión que se encuentran en la base de la victimización. En esta medida, los pilares ideológicos que sustentan la ley buscan evitar la reducción del derecho a la reparación integral a alguna de sus expresiones³⁵.

33 *Así por ejemplo, el artículo 1 consagra como finalidad de la ley la materialización de los derechos de las víctimas. En esta medida, el Estado está en la obligación propiciar los medios económicos e institucionales para acometer tal objeto. En el artículo 4, se considera que los derechos de las víctimas hacen parte sustancial de la dignidad de las víctimas, y por ende, ante la obligatoriedad de este principio, estos derechos son plenamente exigibles. Del mismo modo, en el artículo 8 se define la justicia transicional como aquel compendio de mecanismos institucionales que busca restablecer los derechos de las víctimas. Asimismo, acerca del carácter de las medidas transicionales, el artículo 9 contempla que los derechos de las víctimas son inherentes a la condición de víctima. Finalmente, el artículo 11 determina que la naturaleza de la ley es su correspondencia y complementariedad con medidas anteriores destinadas a la consecución de procesos transicionales y la protección de los derechos de las víctimas. Ley 1448 de 2011.*

34 *Según el artículo 27, las normas prevalentes de la ley son aquellas que hacen parte del Bloque de constitucionalidad: tratados de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, impostergables en Estados de Excepción. De la misma manera, el artículo 34 expresa el compromiso del Estado colombiano con la eficacia de las normas adquiridas por el Bloque de Constitucionalidad..*

35 *En congruencia con lo clarificado por la Corte Constitucional, se tiene previsto que se prohibirá la confusión entre asistencia humanitaria, política social y reparación. Esto por la vocación de estos elementos y la determinación de sus destinatarios, pues es inconcebible que la política social y la asistencia humanitaria reemplacen el derecho a la reparación de las víctimas. Sin embargo, tal distinción debe traducirse en la articulación de estos conceptos, esto con el fin de lograr una plena materialización de los derechos de las víctimas. Proyecto de Ley número 107 de 2010.*

La claridad que se tiene frente a la articulación de estos conceptos está presente en la tipificación de los derechos de las víctimas. Según el artículo 28, a las víctimas les asisten derechos que devienen de los tres conceptos, sin dar lugar a la superposición de uno de ellos. Así por ejemplo, el derecho a ser beneficiado por la ayuda humanitaria no sustituye la verdad, justicia y reparación. Todos ellos se articulan para corregir el daño causado a la víctima y superar las condiciones de marginalidad que la hacen más vulnerable ante los procesos de victimización³⁶.

Al llegar a este punto, puede decirse que gran parte del discurso legislativo está inclinado al reconocimiento de los derechos de las víctimas. También es posible observar la congruencia que se quiere tener con los estándares internacionales de justicia transicional. De esta manera, puede entreverse la voluntad política para materializar el derecho a la reparación integral. Al ceñirse a normas internacionales; al recalcar la importancia de no traslapar la política social, la asistencia humanitaria y la reparación; y en especial, al concebir la complejidad de la reparación, se está ahondando en la disposición que tiene la sociedad para restaurar los derechos vulnerados.

En este sentido, esta parte del discurso legislativo parece estar profundamente comprometida con la reintegración de

las víctimas a la sociedad política, y de paso, con la expansión de condiciones de ciudadanía. Esta es en consecuencia la primera faceta de la tradición pactista del discurso legislativo: el compromiso institucional con la garantía del derecho a la reparación integral de las víctimas.

2.4.2 Flexibilización del derecho a la reparación integral

En contraste con lo anterior, el imperativo de hacer efectivo el derecho a la reparación integral es flexibilizado en el propio discurso legal. El cumplimiento de este derecho está condicionado a diversos intereses coyunturales, en especial, a los de tipo presupuestal. En este sentido, este discurso legal presenta una relación dicotómica entre reparar a las víctimas y condicionar este derecho a la disponibilidad presupuestal. Tal disociación se evidencia en la coexistencia de un discurso transicional complaciente con los derechos de las víctimas y la entronización de la sostenibilidad fiscal como principio constitucional.

La promulgación de la Ley 1448 de 2011 se da de manera simultánea a la expedición del Acto Legislativo Número 3 de 2011, iniciativa que eleva a principio constitucional la sostenibilidad fiscal. Según éste, la sostenibilidad fiscal se erige como instrumento fundamental para alcanzar los fines esenciales del Estado Social de Derecho. En este sentido, los órganos

36 Entre otros, el artículo 28 contempla los derechos a la verdad, justicia y reparación; al retorno al lugar de origen en el marco de la seguridad otorgada por la institucionalidad; a la restitución de tierra; a la solicitud y recio de asistencia humanitaria; y el derecho a acceder a programas estatales que le permitan desarrollar su proyecto de vida en condiciones de dignidad. Ley 1448 de 2011.

estatales (en especial los judiciales) deben observar en sus actuaciones tal principio. La norma indica en un párrafo que esta situación no será óbice para el menoscabo de derechos fundamentales, pero simultáneamente señala que las sentencias judiciales podrían ser sometidas a un *incidente de impacto fiscal*, y que en consecuencia, las decisiones judiciales podrán ser modificadas o diferidas en sus efectos, esto según los requerimientos de la sostenibilidad fiscal. Asimismo, la norma se refiere a la incidencia que tiene este principio en la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo. En la parte del *plan de inversiones públicas* (la cual concreta los objetivos y propósitos plasmados en la parte general del Plan Nacional de Desarrollo), se establece que los programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros, se desarrollarán respetando el principio de sostenibilidad fiscal³⁷.

Como se ve, al mejor estilo del Consenso de Washington, la sostenibilidad fiscal se entroniza como principio de disciplina fiscal. Así, atendiendo a las consignas neoliberales de Friedrich Von Hayeck y Robert Nozick, debe darse lugar a la reducción del gasto social para evitar un mayor endeudamiento público, y en consecuencia, eludir el surgimiento de una espiral inflacionaria³⁸. Queda entonces evidenciado lo que Mauricio García llama *constitucionalismo restrictivo*, aquél constitucionalismo que reduce las lógicas del derecho a las económicas, y que en consecuencia, termina limitando profundamente el goce efectivo de los derechos humanos³⁹.

La expedición de este acto legislativo tuvo profunda influencia en la construcción del discurso legislativo de la Ley 1448 de 2011. No en vano el proyecto y la ley misma elevan a principio la sostenibilidad fiscal⁴⁰. De acuerdo con la exposición de motivos, los

37 Acto Legislativo No 03 de 2011. Por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal. Diario Oficial No. 48.117 de 1 de julio de 2011. Para César Rodríguez, la entronización de la sostenibilidad fiscal como principio constitucional es innecesaria e inconstitucional. En su sentir, es innecesaria porque hay las suficientes herramientas institucionales para racionalizar el gasto público. Ejemplo de ello son la existencia de un presupuesto y un Plan Nacional de Desarrollo, y en especial, el que se puedan objetar las leyes que amenacen las finanzas del Estado. Es también innecesaria porque si bien es fundado el temor de la insolvencia económica que pueden generar las decisiones judiciales, también es importante observar que tales decisiones han contado con la racionalización del gasto que dicta por ejemplo la Corte Constitucional (véase esto en las sentencias T-025 de 2004 y T-760 de 2008), y especialmente, han estado sometidas a la formulación de políticas públicas. Esta medida es inconstitucional porque más que racionalizar el gasto del Estado, busca cercenar los derechos humanos. Y esto implica una transmutación de la Naturaleza del Estado, pues el Estado social de derecho tiene un rasgo definitorio: el garantismo de los derechos humanos. Por tales motivos, la sostenibilidad fiscal no debe fundarse en el menoscabo de derechos, sino en afrontar las verdaderas ineficiencias: los privilegios y exenciones tributarias y las abultadas nóminas de entidades estatales. César RODRÍGUEZ, "Otro articulo, o adiós a la tutela", Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad De Justicia, en http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociales&publicacion=943, fecha de consulta: 2 de mayo de 2011.

38 (RODRÍGUEZ. Y UPRIMNY; 2006, pp. 120-128)

39 (GARCÍA VILLEGAS, 2008 pp. 221-229)

40 Ley 1448 de 2011.

principios son los pilares ideológicos y axiológicos del discurso legislativo. Por esto, debe buscarse su optimización. De esta manera, junto con principios como la dignidad, la igualdad, la corresponsabilidad, la coherencia interna y la coherencia externa, la sostenibilidad fiscal se convierte en pilar fundamental de la ley⁴¹.

Como se ve, el discurso legislativo está también construido sobre la base de la sostenibilidad fiscal. En este sentido, la disponibilidad presupuestal puede desencadenar un desconocimiento masivo del derecho de las víctimas a la reparación integral, pues las actuaciones estatales (desde las administrativas a las judiciales) van a estar condicionadas por el respeto al equilibrio fiscal. En este punto, puede evidenciarse cierta conciliación (o mejor dicho, ambivalencia) entre la voluntad de reparar y las limitaciones económicas que se le imponen a este derecho. Puede observarse así la flexibilización del derecho a la reparación integral: su acomodamiento a la disponibilidad presupuestal.

Otra expresión de esta flexibilización, y que está profundamente relacionada con las limitaciones impuestas por la sostenibilidad fiscal, es la reducción del derecho a la reparación integral a la indemnización. Esto se hace siguiendo el principio de prohibición de doble reparación establecido en el artículo 20 de la ley. Según este principio, las víctimas no pueden ser reparadas

por el mismo motivo dos veces, y en consecuencia, ante eventuales condenas por responsabilidad, las indemnizaciones administrativas serán descontadas de las reparaciones que dictaminen las sentencias judiciales⁴². Hasta aquí la norma parece razonable, pues no es descabellado que la víctima pueda ser reparada por vía extrajudicial. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se manejan indistintamente los conceptos de indemnización y reparación.

De acuerdo con los artículos 9 y 132 de la ley, el acceso a la indemnización administrativa por parte de la víctima debe entenderse dentro del marco de una transacción, es decir, con la indemnización se busca evitar futuros litigios ante la jurisdicción contencioso administrativa. En el eventual caso de que la víctima acuda a la jurisdicción, y de ser condenado por responsabilidad del Estado, los montos sufragados en reparación serán descontados de la sentencia judicial.

“...ARTÍCULO 133. INDEMNIZACIÓN JUDICIAL, RESTITUCIÓN E INDEMNIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

En los eventos en que la víctima no acepte de forma expresa y voluntaria, que la entrega y recepción de la indemnización administrativa se entienda realizada en el marco de un contrato de transacción en los términos del artículo anterior, y el Estado sea condenado judicialmente a repararla, se descontarán de dicha condena la suma de dinero que la víctima

41 Proyecto de Ley 107 de 2010.

42 Ley 1448 de 2011

*haya recibido de cualquier entidad del Estado y que constituyan reparación. De igual forma, de la condena judicial se descontará el valor monetario de los predios que sean restituidos, de conformidad con la tasación monetaria que se realice de los mismos...*⁴³

En este sentido, los gastos que efectúe el Estado en rehabilitación, restitución, satisfacción y no repetición (las otras aristas de la reparación integral), serán descontados de la sentencia judicial a título de indemnización. Es decir, el Estado, manejando indistintamente estos conceptos, reduce el derecho a la reparación integral a la indemnización (pues precisamente quiere evitarse el litigio por acceder a la indemnización administrativa). Con esta disposición, la ley pareciera advertir a las potenciales víctimas inconformes con las indemnizaciones administrativas del desconocimiento de su derecho a la reparación integral en el caso de que quieran acudir a la vía judicial. Así pues se ve flexibilizado una vez más el derecho a la reparación integral, pues con la reducción de este derecho a la indemnización (derivada del manejo indiscriminado de estos términos), se observa de nuevo un acomodamiento a la disponibilidad presupuestal.

También es observable la flexibilización de este derecho en la confusión que se da entre política social y reparación. En la exposición de motivos, a pesar de prohibirse tal confusión, se considera válido darle valor reparador a la política

social adelantada por el Estado. Bajo la consigna de acometer una reparación transformadora, esto es, una política de reparación capaz modificar las circunstancias de vulnerabilidad en que se encontraban las víctimas antes de la violación de sus derechos, se considera apropiado dar valor reparador a algunos servicios sociales del Estado. Esto se funda en que, de todas maneras, la medida busca remediar la vulnerabilidad de la víctima⁴⁴.

De esta manera, la redacción de la ley incurre en la confusión entre política social y reparación (entendiéndose que ésta abarca la indemnización). De acuerdo al parágrafo 3° del artículo 132, medidas que en un principio serían propias de la política social, son tomadas a título de indemnización, y por tanto, de reparación. Así por ejemplo, subsidios de vivienda de interés social en la parte rural o urbana son consideradas reparación.

“...Artículo 132. Parágrafo 3°. *La indemnización administrativa para la población en situación de desplazamiento se entregará por núcleo familiar, en dinero y a través de uno de los siguientes mecanismos, en los montos que para el efecto defina el Gobierno Nacional:*

- I. Subsidio integral de tierras;*
- II. Permuta de predios;*
- III. Adquisición y adjudicación de tierras;*

43 *Ley 1448 de 2011*

44 *Proyecto de Ley 107 de 2010.*

IV. Adjudicación y titulación de baldíos para población desplazada;

V. Subsidio de Vivienda de Interés Social Rural, en la modalidad de mejoramiento de vivienda, construcción de vivienda y saneamiento básico, o

VI. Subsidio de Vivienda de Interés Social Urbano en las modalidades de adquisición, mejoramiento o construcción de vivienda nueva...⁴⁵

En este punto, piénsese por ejemplo en la asimilación de la política social como reparación en la población en situación de desplazamiento. A título de indemnización (parte de la reparación) van a aparecer por ejemplo subsidios para adquirir predios rurales. Sin embargo, tales medidas no van a conjurar el sufrimiento que tuvo que vivir ante el despojo, ante la desaparición o muerte de sus seres queridos perpetrados durante la victimización. Por esto, es razonable que la víctima quiera hacer efectivos sus derechos ante la jurisdicción. Ahora piénsese en cómo concibe la ley el acceso a la indemnización administrativa, como un mecanismo para precaver litigios. De sentenciarse por ejemplo la indemnización por perjuicios morales causados por una desaparición forzada, de la sentencia van a ser descontados los gastos que el Estado ha hecho en servicios sociales, y no puramente en indemnizaciones. Lo anterior demuestra cómo el considerar política social como reparación afecta profundamente los

derechos de las víctimas, y que tal confusión se fundamenta en aquél prurito eficientista de condicionar los derechos a la disponibilidad fiscal.

Ante tal situación se han pronunciado Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón. En su sentir, si bien es importante repensar y contextualizar los estándares internacionales en sociedades carentes de mínimos de justicia social, es también importante evitar el traslape entre política social y reparación. La política social no puede entenderse como reparación porque ésta se centra en el futuro, en la expansión de condiciones de ciudadanía a la totalidad de población. Por ello, la política social es dirigida a todos, y no tiene en cuenta el pasado, sino que busca conjurar la exclusión social a futuro. En cambio la reparación, busca restaurar los derechos vulnerados en el pasado, y especialmente, reintegrar a la víctima a la comunidad política. Por esto, no está dirigida a todos, sino sólo a las víctimas, y además de ello, busca corregir los errores del pasado y no las vulnerabilidades futuras.

En este sentido, no deben confundirse estos términos sino más bien articularse: debe garantizarse en primera medida la reparación a las víctimas, y con base en esto, comenzar a formular modelos distributivos centrados en la inclusión social. Así, los profesores proponen que la reparación no es transformadora si antes no ha pasado por la justicia correctiva, y que por tanto, ésta debe

45 Ley 1448 de 2011.

ser un pilar fundamental en el rediseño de la justicia distributiva⁴⁶.

3. CONCLUSIONES

Una de las principales razones de la disociación entre las prácticas creadoras del derecho y las aplicadoras, es precisamente la persistencia de la tradición pactista. Esta circunstancia consiste principalmente en la flexibilización del derecho, en su acomodamiento a diversos intereses que impide el cumplimiento de sus postulados. En esta medida, el derecho termina concibiéndose como una arena política, o un instrumento ideológico, y no como el mecanismo de regulación social que propende por los objetivos en él plasmados⁴⁷.

Pues bien, tales características de la tradición pactista del poder son visibles en la Ley 1448 y en su respectiva exposición de motivos. En esta disposición, la voluntad de reparar a las víctimas coexiste con las limitaciones impuestas por la sostenibilidad fiscal, evidenciándose de este modo cierta ambivalencia entre los lineamientos de la justicia transicional y las limitaciones de un constitucionalismo restrictivo.

Es así como el derecho a la reparación integral se ve flexibilizado por la disponibilidad presupuestal con que cuente el Estado. Es así como, trazándose el desarrollo de la ley sobre la sostenibilidad fiscal, la reparación integral termina reduciéndose a la

indemnización administrativa (artículos 20 y 133), y las medidas reparativas se confunden con las políticas sociales que pueda adelantar el Estado en favor de las víctimas (artículo 132). Aquí se denota con fuerza la tradición pactista del discurso jurídico en la Ley de Víctimas: la ambivalencia entre querer reparar a las víctimas y sesgarles el mismo derecho en obediencia a la sostenibilidad fiscal.

De esta forma, tal ambivalencia termina haciendo de esta normativa un instrumento de relegitimación, y no un real compromiso de la institucionalidad con la protección de las víctimas. Así pues, puede observarse una Ley de Víctimas que no pretende en realidad reparar a las víctimas del conflicto armado, sino reintegrar la legitimidad que perdió la casta política a raíz de su inoperancia.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Manuel ATIENZA, “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Miguel CARBONELL. Leonardo GARCÍA (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 571-589.

Ruth CORREA, “Riesgo de revictimización de población vulnerable”, en AA.VV. (editores) *Cuarto Congreso Inrvenacional de Derecho Procesal. La reparación de las víctimas en el contexto de las reformas judiciales y Código General del Proceso*

46 (SAFFÓN. Y UPRIMNY; 2007; pp. 49-70)

47 (GARCÍA VILLEGAS, 2009, pp. 262-281)

para Colombia, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

Mauricio GARCÍA VILLEGAS, “Introducción: la cultura del incumplimiento de reglas”, en Mauricio GARCÍA (editor), *Normas de papel, la cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia, 2009, pp. 15-48.

Mauricio GARCÍA VILLEGAS. “La flexibilidad de la ley”, en Mauricio GARCÍA (editor), *Normas de papel, la cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad DeJuSticia, 2009, pp. 283-305.

Mauricio GARCÍA VILLEGAS, “Los incumplidores de reglas”, en Mauricio GARCÍA (editor), *Normas de papel, la cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia, 2009, pp. 257-281.

Mauricio GARCÍA VILLEGAS, “Estado, territorio y ciudadanía en Colombia”, en Mauricio GARCÍA (editor), *Jueces sin Estado, la justicia colombiana en zonas de conflicto*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJusSticia-Fundación Konrad Adenauer-The Jock Merck Fund, 2008, pp. 19-47.

Mauricio GARCÍA VILLEGAS, “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”. En Mauricio GARCÍA. Rodrigo UPRIMNY. César RODRÍGUEZ (editores), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Grupo editorial Norma, 2006, pp. 201-233.

Mauricio GARCÍA VILLEGAS. Boaventura de Sousa SANTOS, “Colombia: El revés del contrato social de la modernidad”, en Mauricio GARCÍA. Boaventura de Sousa SANTOS (editores), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Colciencias-Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Universidad de Coimbra-Universidad de los Andes-Universidad Nacional de Colombia-Siglo del Hombre Editores, 2001, pp. 11-87.

Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Junio 10 de 2011. D.O. 48.096.

Lisa MARGARELL, “Las reparaciones en la teoría y la práctica”, Centro Internacional de Justicia Transicional, en <http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Reparations-Practice-2007-Spanishpdf>, fecha de consulta: 25 de febrero de 2012.

Proyecto de Ley número 107 de 2010. Por la cual se dictan medidas de

atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Gaceta del Congreso 692.

Resolución 60/147 de 2005. Por la cual se expiden los 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. Doc. A/RES/60/147.

César RODRÍGUEZ, “Otro articulito, o adiós a la tutela”, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia, en http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociales&publicacion=943, fecha de consulta: 2 de mayo de 2011. (Rodríguez C. , Otro articulito, o adiós a la tutela, 2011).

Tatiana RINCÓN, Verdad, Justicia y Reparación, justicia de la Justicia Transicional, Bogotá, Universidad del Rosario-Facultad de Jurisprudencia, 2010, pp. 75-112.

César RODRÍGUEZ. Rodrigo UPRIMNY. “¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia”, en Mauricio GARCÍA. César RODRÍGUEZ. Rodrigo UPRIMNY (editores), ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006, pp. 109-146.

Rodrigo UPRIMNY, “Víctimas en el proceso penal y justicia transicional”, en AA,VV. Cuarto Congreso Internacional de derecho procesal. La reparación de las víctimas en el contexto de las reformas judiciales y Código General del Proceso para Colombia, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

Maria SAFFÓN. Rodrigo UPRIMNY, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática” en Catalina DÍAZ.

Nelson SÁNCHEZ. Rodrigo UPRIMNY (editores), Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional-Unión Europea-Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia, 2007, pp. 31-70.

Contenido

	Pág.		Pág.
EDITORIAL	13	PARTE II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN DERECHOS HUMANOS	
PARTE I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL		Vulneración de los Derechos Humanos en el complejo penitenciario de máxima y mediana seguridad de Cóbbita	229
Artículos de Carácter General para el Estudio de la Ciencia Jurídica		<i>German Alfonso Bernal Camacho, Angela Patricia Hernández Echeverría</i>	
Judicialización laboral de las empresas usuarias en calidad de empleador en el contrato con Est	20	Crímenes de lesa humanidad en la masacre de Segovia	251
<i>Irma Julieth Corredor Amaya</i>		<i>Fabián Andrés Herrera Lesmez</i>	
La intermediación laboral como planteamiento hacia una posible elusión contraprestacional	46	Responsabilidad del estado: tratamiento jurisprudencia de la responsabilidad por daño especial y la teoría del riesgo	272
<i>Laura Inés Gomes Niño.</i>		<i>Angela Biviana Reyes Sánchez</i>	
Interpretación constitucional de la iniciativa popular legislativa respecto del porcentaje del censo Electoral	63	Entre la reparación y la sostenibilidad. Análisis de la Ley de Víctimas desde el constitucionalismo restrictivo y la radición pactista del poder	291
<i>Eliana Andrea Combariza Camargo.</i>		<i>David Gerardo López Martínez</i>	
El estado social de derecho y la contratación estatal	86	PARTE III. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL. ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA	
<i>Nancy Milena Zabala Mancipe.</i>		Derecho Penal del enemigo y escisión del Estado social de Derecho	313
Envejecimiento sin crisis? El estado social de derecho como modelo garante de los derechos de la Tercera Generación	103	<i>Pedro Alejandro Amezcuita Niño, Mónica Rocío Mejía Parra.</i>	
<i>Edwin Hernando Alonso Niño, Juan Sebastián Hernández Yunis.</i>		Un intento fallido: la construcción de un interés nacional en el período de la regeneración	335
El matrimonio civil en parejas del mismo sexo: vulneración a derechos	117	<i>Diego Alejandro López Laiton, Sussy Dayana Rodríguez Galindo.</i>	
<i>Erika Paola Torres Aguirre.</i>		División de las fuerzas castrenses y la autonomía de la Policía Nacional frente a la intervención del Presidente de la Republica	361
La carga dinámica de la prueba y el control de constitucionalidad por vicios de procedimiento como función de la jurisdicción constitucional	137	<i>Laura Viviana Vivas Medina, Sandra Milena Estupiñan Orjuela</i>	
<i>Angela Marcela Robayo Gil.</i>		La doctrina del honor al interior de la institución castrense, ¿una violación a los derechos de la libertad de la esfera interna?	379
Aproximación conceptual al criterio de las omisiones legislativas	167	<i>Ana Luisa Niño Camargo, Harold Yesid Villamarín Preciado.</i>	
<i>Andrés Felipe Torres Cardozo</i>		Contrato atípico de gestación subrogada	398
Aplicación del principio de oportunidad en Colombia	196	<i>María Cristina Higuera Cardozo.</i>	
<i>Marta Angélica Salinas.</i>			
La responsabilidad compartida entre el delincuente y la víctima en la comisión del delito	216		
<i>Sara Lorena Alba Palacios.</i>			

