



Las masacres de Ituango Colombia: una sentencia de desarrollo incremental*

**María Paula
Saffon**
Rodrigo
Uprimny*****

A través del análisis de la última sentencia de la Corte Interamericana respecto de Colombia, los autores advierten sobre una de sus características distintivas: su carácter incremental, es decir, la consolidación a través de ella de una línea jurisprudencial en relación con la responsabilidad internacional del Estado de Colombia respecto de las masacres perpetradas por grupos paramilitares y la construcción de un relato histórico sobre el paramilitarismo en Colombia. Asimismo, el artículo analiza los retos que la decisión plantea, principalmente en cuanto a la investigación de los hechos denunciados y la reparación de las víctimas y sus familiares. Finalmente, los autores plantean la necesidad de que el tribunal se pronuncie de manera específica sobre el marco jurídico de las negociaciones de paz del gobierno colombiano con los grupos paramilitares (particularmente, la llamada ley de “justicia y paz”).

Palabras claves: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Derecho a la Verdad; Desplazados Internos; Colombia; Paramilitarismo; Reparación.

Introducción

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso de las masacres de Ituango¹ podría ser denominada como una sentencia de desarrollo incremental que, lejos de marcar un hito nuevo, consolida tendencias jurisprudencia-

les² sobre un tema de inmensa trascendencia: el fenómeno del paramilitarismo y la responsabilidad del Estado colombiano en relación con el mismo.

En efecto, la sentencia de Ituango fue proferida muy poco tiempo después de la resolución de otros dos casos contra Colombia (Mapiripán³ y Pueblo Bello⁴), que presentan una gran similitud en el panorama fáctico general, las formas de ejecución

* Este artículo ha sido previamente publicado como Saffon, María Paula y Uprimny, Rodrigo, "Las Masacres de Ituango contra Colombia: Una Sentencia de Desarrollo Incremental", en Arjona Estévez, Juan Carlos y Veramendi Villa, María José (compiladores), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Análisis, Retos y Perspectivas*, Universidad Iberoamericana A.C., México, 2007.

** Investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia, y profesora de la Universidad de los Andes y la Universidad Nacional de Colombia. m-saffon@uniandes.edu.co.

*** Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia, y profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia. ruprimny@yahoo.com.

1 Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

2 Véase Diego López 2000, cap. 2, para una presentación de la idea de que en el desarrollo de la jurisprudencia de un tribunal existen tipos de sentencias distintos. Algunas, que este autor denomina sentencias "hito", y que corresponden a los llamados "leading cases" o "landmark decisions" del Common Law, se caracterizan porque en ellas el tribunal innova y establece una regla o principio jurisprudencial nuevos. Por el contrario, otras sentencias son meramente "confirmadoras", puesto que simplemente aplican el principio o regla establecido por la sentencia hito a nuevos hechos. Nosotros creemos que entre esos dos tipos de decisiones, existen otras que podríamos llamar sentencias "incrementales", que se caracterizan porque dan la apariencia de que el tribunal simplemente aplica la regla o el principio jurisprudencial señalado en la sentencia hito, pero en realidad introducen innovaciones aparentemente menores, pero que tienen importancia.

de las atrocidades, los modos de operación de los victimarios, el tipo de responsabilidad de los agentes estatales y las consecuencias para las víctimas. Como tal, aunque aporta algunos elementos de juicio adicionales y presenta algunas particularidades y novedades, en buena medida, Ituango constituye una reiteración de los argumentos tanto fácticos como jurídicos de esas dos sentencias respecto de la responsabilidad del Estado colombiano frente a horrendas masacres perpetradas por los grupos paramilitares, en razón de la tolerancia, connivencia y participación de agentes estatales en las mismas.

Sin embargo, no por ello deja Ituango de ser una sentencia de sumo interés a la luz de la jurisprudencia de la CIDH y del desarrollo del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). De hecho, Ituango debe ser comprendida como una sentencia que se enmarca dentro de un proceso de consolidación jurisprudencial sobre un mismo tema. Este proceso comenzó con la sentencia hito sobre el caso 19 comerciantes⁵ y, dada la inmensa y desafortunada cantidad de casos similares en Colombia -algunos de los cuales se encuentran ya en trámite ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH)⁶-, sin duda continuará desarrollándose en los años siguientes. Uno de los valores centrales de la sentencia de Ituango es, por tanto, su contribución a la consolidación y el incremento de una línea de precedentes en continua expansión sobre las atrocidades cometidas por los grupos paramilitares en Colombia.

Como lo mostraremos en la primera parte de este documento, esa contribución es lograda de tres maneras distintas. En primer lugar, la sentencia de Ituango forma parte de una estrategia de reconstrucción de la verdad histórica sobre el conflicto armado colombiano en general y sobre el fenómeno paramilitar en particular, lograda a través de la reiteración de una narrativa, cada vez más amplia y consolidada en virtud de su incremento paulatino, sobre los hechos probados en materia del origen y la expansión del paramilitarismo, de las atrocidades cometidas por éste y de la responsabilidad del Estado en las mismas.

En segundo lugar, la sentencia de Ituango constituye un desarrollo incremental de la jurisprudencia de la CIDH en materia del paramilitarismo en Colombia, al reiterar y fortalecer

la idea de que ciertas violaciones a los derechos humanos producidas por este fenómeno —como por ejemplo aquellas causadas por el desplazamiento forzado de personas— no deben ser analizadas únicamente a la luz de los pactos internacionales de derechos humanos, y en particular de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sino que requieren, para la precisión del contenido y el alcance de los derechos vulnerados, la remisión a otros estándares de derechos humanos, e incluso de derecho interno.

Uno de los valores centrales de la sentencia de Ituango es, por tanto, su contribución a la consolidación y el incremento de una línea de precedentes en continua expansión sobre las atrocidades cometidas por los grupos paramilitares en Colombia.



En tercer lugar, Ituango puede ser considerada como una sentencia de desarrollo incremental en relación con la jurisprudencia de la CIDH en materia de la regla procedimental del agotamiento previo de recursos internos. En efecto, al tiempo que reitera esta jurisprudencia general, y en particular aquella relativa a la aplicación de dicha regla a los recursos internos ofrecidos por la jurisdicción contencioso-administrativa, la sentencia de Ituango logra el avance y el afinamiento de esta jurisprudencia, a través de la inclusión de criterios adicionales para el análisis de la eficacia de los recursos contencioso-administrativos.

A pesar de la gran importancia de Ituango como sentencia de desarrollo incremental, la misma no deja de plantear una serie de retos y dificultades, que serán señalados en la segunda parte de este escrito. Estos retos tienen que ver con una serie de imprecisiones, ambigüedades o cuestiones que la CIDH no ha resuelto aún, tales como la ausencia de órdenes judiciales suficientes encaminadas a garantizar la no repetición de las atrocidades; la precariedad argumentativa para justificar la

3 Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

4 Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

5 Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

6 Éste es el caso, por ejemplo, del caso de la masacre de La Rochela, perpetrada por grupos paramilitares contra un grupo de funcionarios judiciales.



Las masacres de Ituango Colombia: una sentencia de desarrollo incremental

incorporación de documentos de soft law al sistema de fuentes del DIDH, así como la aplicación selectiva de los estándares contenidos en los mismos; la ausencia de criterios claros y garantes de la igualdad entre las víctimas de hechos similares para determinar cuándo aplica la presunción de certeza del daño material, y para establecer las reparaciones por daño inmaterial; y la no referencia a los efectos concretos que tienen leyes de negociación de la paz con grupos armados en los derechos de las víctimas, tal como la reciente ley de “justicia y paz”, que está comenzando a ser aplicada en Colombia a los paramilitares que han perpetrado crímenes atroces.

En la última parte de este documento, señalaremos algunas conclusiones sobre los aspectos antes señalados, que serán desarrollados en detalle a continuación.

Ituango como decisión judicial de desarrollo incremental

La sentencia de Ituango puede ser considerada como una decisión de desarrollo incremental de la jurisprudencia de la CIDH por tres razones distintas, la primera de mucha mayor trascendencia que las otras dos y, por ende, tratada aquí más extensamente.

Ituango como parte de una estrategia de reconstrucción de la verdad histórica

La jurisprudencia a cuya consolidación ha contribuido Ituango puede ser comprendida como una estrategia tanto de litigio como de decisión judicial, encaminada a la construcción de una narrativa comprehensiva y no fragmentaria sobre el paramilitarismo en Colombia, y en particular sobre la responsabilidad del Estado en relación con este fenómeno.

En un primer nivel, se trata de una estrategia de litigio que, impulsada por instituciones que podrían ser consideradas como “litigantes frecuentes”⁷ en el tema –tales como la Comisión Colombiana de Juristas y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)- y con la intervención activa de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, busca seleccionar y llevar ante la CIDH casos a través de los cuales resulta posible agregar cada vez más elementos a la construcción de una narrativa macro sobre el tema, susceptible de generar la producción de una verdad judicial histórica sobre el fenómeno del paramilitarismo en Colombia, en la que se explicita el rol que frente al mismo ha jugado el Estado, y se reconozcan las nefastas consecuencias que ello ha tenido en la población colombiana.

En un segundo nivel, esta estrategia puede considerarse también como una estrategia de adjudicación judicial, encaminada no sólo a elucidar la verdad sobre los casos concretos objeto de análisis -y a constituir así una forma de reparación para las víctimas-, sino a contribuir en la reconstrucción de un relato histórico sobre la verdad del fenómeno del paramilitarismo en Colombia -y a constituir así un mecanismo de satisfacción de la verdad como derecho colectivo de la sociedad,⁸ e incluso una forma de garantía de no repetición.⁹

La consideración de los casos de masacres perpetradas por paramilitares en Colombia como una estrategia litigiosa y judicial de reconstrucción de la verdad histórica tiene resultados de suma importancia para Colombia. En efecto, una de las dificultades más dramáticas que enfrenta Colombia tiene que ver con lo poco que la sociedad sabe sobre las atrocidades cometidas en el conflicto, y en especial con el poco o nulo consenso que existe entre nosotros sobre las causas que han permitido la comisión de dichas atrocidades. En Colombia, no existe siquiera un acuerdo social básico sobre la caracterización de las atrocidades cometidas por los actores armados, ni sobre las estructuras económicas y políticas de poder que han permitido su comisión.

Algunos consideran a los paramilitares como héroes, que defendieron las propiedades de quienes se encontraban amenazados por la subversión y desprotegidos por el Estado, y ven entonces las atrocidades cometidas contra la población civil, o bien como necesarias para la destrucción de las bases sociales de apoyo de la guerrilla, o bien como excesos inevitables contra la población civil. Son, además, pocos los que tienen clara la responsabilidad del Estado en la creación y fortalecimiento de dichos grupos, así como en su actuar atroz. En ese

7 Para el planteamiento original de este concepto, véase Galanter 2001.

8 Sobre la idea de los jueces como posibles agentes constructores de memoria colectiva, véase Rincón mimeo.

9 Para un análisis de las relaciones entre verdad judicial, verdad extrajudicial institucionalizada y verdad histórica, véanse nuestros artículos Uprimny y Saffon 2006; Uprimny y Saffon 2007.



contexto, las sentencias de la CIDH constituyen un instrumento de trascendental importancia para comprender nuestro pasado y presente de violencia y, como tal, una contribución sustancial a la posibilidad de superarlo.

En efecto, estas sentencias no dejan duda alguna sobre la manera cómo las disposiciones legales permitieron que los grupos paramilitares fuesen considerados durante mucho tiempo como estrategias legales de lucha contra la insurrección y, en esa medida, fuesen apoyados activamente por la fuerza pública y las élites económicas. También dan muestra de la precariedad de los esfuerzos estatales para combatir a estos grupos, para investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos por ellos cometidos, y para evitar la repetición de atentados contra la población civil. Esta precariedad del sistema judicial demuestra también la incapacidad del mismo para satisfacer el derecho a la verdad en su dimensión individual y, más aún, en su faceta colectiva, lo que en buena medida es remediado por las sentencias de la CIDH.

Además, las sentencias de la CIDH sirven para evidenciar que, lejos de ser bases sociales de apoyo de los grupos armados, la población civil colombiana ha sido objeto de una victimización múltiple por parte de éstos, puesto que en buena medida los atentados en su contra son justificados por esos actores armados por el hecho de que la población civil auxilia al enemigo, a pesar de que dicho auxilio es, en la mayoría de casos, obligatorio —esto es, bajo la amenaza de muerte y ante la ausencia de protección del Estado—. Así, la gran mayoría de víctimas letales de 19 comerciantes, Mapiripán, Pueblo Bello e Ituango fueron asesinadas y/o torturadas porque, según los paramilitares, suministraban bienes o servicios a la guerrilla, habían permitido el robo de ganado por parte de la guerrilla, habían dejado que ésta pasara o permaneciera en los pueblos, etc. Y así también, las sentencias de la Corte muestran que los paramilitares utilizan a la población civil para el logro de sus operaciones delictivas, tal y como sucedió en el caso de Ituango con los 17 campesinos que fueron obligados —bajo amenaza de muerte y

sin ser remunerados por dicho trabajo— a arriar el ganado robado por los paramilitares durante varios días, y que posiblemente serían considerados por la guerrilla como auxiliares de los paramilitares y, por ende, como objetivo militar. Esta victimización múltiple de la población civil es también responsabilidad del Estado, que no ha cumplido con sus obligaciones internacionales de prevención, investigación, sanción y garantía de no repetición de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos perpetradas en Colombia.

Finalmente, las sentencias de la CIDH tienen la potencialidad de ser un mecanismo importante para garantizar la no repetición de las atrocidades, pues al sacar a la luz las estructuras de poder y los modos de operar a través de los cuales se han cometido las atrocidades, dichas sentencias pueden contribuir a la superación de la tendencia, propia de los regímenes dictatoriales o de los actores armados responsables de crímenes atroces, a desarrollar, según la sugestiva expresión de algunos analistas peruanos, “memorias salvadoras” para legitimarse y justificar sus atropellos.¹⁰ En esa medida, la verdad reconstruida por las sentencias de la CIDH sobre el fenómeno paramilitar puede ser muy útil para desterrar del imaginario colectivo la idea de estos grupos como héroes o salvadores. Más aún, esta verdad podría incluso contribuir al logro de la estigmatización del fenómeno paramilitar y de los elementos antidemocráticos del Estado que hicieron posible su existencia y fortalecimiento, estigmatización que sin duda favorecería una transición duradera del conflicto armado a la paz.¹¹

Pero la estrategia de reconstrucción de la verdad histórica a través de un desarrollo incremental de la jurisprudencia de la CIDH no sólo tiene repercusiones importantes para Colombia. Esta estrategia constituye, en efecto, una oportunidad muy interesante para el desarrollo de jurisprudencias incrementales de similar naturaleza en otros países. Se trata de una estrategia que podría desarrollarse frente a todos aquellos casos que impliquen crímenes atroces masivos y sistemáticos perpetrados gracias a actitudes activas u omisivas del Estado, tales como

10 Como ejemplo de esto, varios estudiosos peruanos han mostrado que la expansión del fujimorismo se explica, en cierta medida, por la dominación progresiva de una “memoria salvadora”, en donde el régimen autoritario aparecía como necesario para que Perú se salvara del terrorismo de Sendero Luminoso. Igualmente, en Chile, el régimen de Pinochet desarrolló una “memoria salvadora” semejante. La superación del fujimorismo o del pinochetismo implica entonces una crítica de esa “memoria salvadora”, que fue uno de los grandes retos que tuvieron que enfrentar las comisiones de verdad de esos países. Sobre el desarrollo de la idea de memoria salvadora en el caso peruano, véase Stern 1999.

11 Sobre la importancia de que los procesos transicionales impliquen una estigmatización del régimen anterior, a fin de consolidar democracias, véase Fehrer 1999.



Las sentencias de la CIDH constituyen un instrumento de trascendental importancia para comprender nuestro pasado y presente de violencia y, como tal, una contribución sustancial a la posibilidad de superarlo.

En síntesis, la sentencia de Ituango, mirada en conjunto con los demás casos decididos por la CIDH sobre masacres cometidas por grupos paramilitares en Colombia, tiene la inmensa virtud de ser un instrumento de reconstrucción de la verdad histórica y, por esa vía, de reparación simbólica de las víctimas y de la garantía de no repetición, que podría ser reproducido en otros casos que involucran la comisión masiva y sistemática de crímenes atroces, apoyada en acciones y/u omisiones del Estado.

Las masacres de Ituango Colombia: una sentencia de desarrollo incremental

Ituango como fortalecimiento de la incorporación de los Principios Deng al corpus iuris

Además de contribuir a la construcción de la verdad histórica sobre el paramilitarismo en Colombia, Ituango también es una sentencia de desarrollo incremental en el sentido de que reitera y fortalece la idea de que hay artículos de la CADH que, en determinadas circunstancias, deben ser interpretados a la luz no sólo de la Convención y de otros tratados internacionales de derechos humanos, sino también de otras fuentes no convencionales del DIDH, tales como los documentos de soft law,¹² que según la CIDH, pueden formar parte del corpus iuris del DIDH.

En el caso particular de la jurisprudencia sobre grupos paramilitares en Colombia, esta idea, formulada por vez primera en la sentencia de Mapiripán y reiterada luego en la sentencia de Ituango,¹³ ha sido utilizada para el análisis de la situación de las víctimas de desplazamiento forzado. Según la CIDH, la interpretación adecuada del contenido y el alcance del artículo 22 de la CADH -relativo a la libertad de circulación- hace necesaria la remisión a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas de 1998 (también llamados Principios Deng, en honor al Relator de las Naciones Unidas que los redactó). Dicha remisión implica la incorporación de este documento de soft law al corpus iuris de los derechos humanos.

A pesar de que dicha incorporación no fue justificada rigurosamente por la CIDH (como lo plantearemos más adelante), lo cierto es que con ella la Corte logró fundamentar su importante decisión de declarar al Estado colombiano responsable de la violación del artículo 22 de la CADH, en relación con otros artículos de la misma, en contra de las víctimas de los desplazamientos forzados causados por las masacres perpetradas tanto en Mapiripán como en Ituango. En efecto, los Principios Deng explicitan que la condición de desplazamiento forzado vulnera no sólo el derecho a la libertad de circulación, sino muchos otros derechos humanos. Asimismo, estos principios ponen en cabeza de los Estados la obligación de prevenir el despla-

12 La expresión *soft law*, o derecho suave, hace referencia a las declaraciones o principios elaborados por importantes doctrinantes o por cuerpos especializados que, a pesar de no tener un carácter vinculante como fuentes de derecho propiamente dichas, adquieren un valor jurídico importante, o bien porque son adoptados por órganos internacionales (como la Asamblea General de Naciones Unidas), o bien por el reconocimiento mismo que obtienen con el tiempo, al ser considerados expresiones de la costumbre internacional o de los principios generales de derecho, o al menos doctrina autorizada sobre el alcance de ciertos tratados. Véase, al respecto, Uprimny 2006.

13 La idea no fue desarrollada en el caso de Pueblo Bello, pues, aunque en éste la CIDH constató que había víctimas desplazadas como consecuencia de la masacre, se negó a conocer de fondo la presunta violación del artículo 22 de la CADH, por cuanto la misma fue alegada por primera vez en los alegatos finales orales de los representantes de las víctimas y, como tal, no cumplió con la exigencia de ser alegada en la primera oportunidad procesal. Cfr., Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Cit.



miento forzado, de brindar asistencia y de garantizar el retorno o la reubicación e indemnización de las víctimas en caso de que aquél tenga lugar.

Como tal, interpretados como fuente del DIDH, estos principios le permitieron a la CIDH atribuir responsabilidad al Estado colombiano no sólo por las masacres perpetradas por los paramilitares en sí mismas, sino también por las consecuencias que éstas acarrearón, y en particular, por la múltiple violación de derechos de los quienes se vieron desplazados como resultado de esas masacres. Además, la remisión a estos principios también le permitió a la CIDH concluir que los derechos de la población desplazada continúan siendo vulnerados, por cuanto no le han sido garantizadas las condiciones de seguridad suficientes para el retorno a sus lugares de origen.

Ituango como consolidación de la regla del agotamiento de recursos internos en relación con el contencioso-administrativo

Finalmente, la sentencia de Ituango es incremental por cuanto reitera la jurisprudencia en materia de la regla procedimental del agotamiento de recursos internos como condición de acceso al SIDH en general y, a la vez, ayuda a consolidar la excepción a dicha regla consistente en que los recursos ineficaces no deben ser agotados en el caso de los recursos ante las jurisdicciones contencioso-administrativas.

Ya con anterioridad había dicho la Corte en los casos de Mapiripán y Pueblo Bello que los recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa no pueden ser considerados eficaces a la luz de la CADH y, como tal, no deben ser agotados para acudir al SIDH. Las razones ofrecidas por la CIDH en tales casos, y reiteradas en la sentencia de Ituango, son las siguientes:

- i) Para que un recurso interno sea considerado efectivo en los términos del DIDH, las decisiones judiciales deben contribuir efectivamente a poner fin a la impunidad, a garantizar la no repetición de las atrocidades y a asegurar la protección de los derechos humanos. Por ende, con independencia de que se hayan producido sentencias o acuerdos conciliatorios, sólo se considerará que el acceso a la justicia se ha garantizado en los términos de la CADH si los estándares anteriores se cumplen, cosa que no sucede con los procesos contencioso-administrativos.
- ii) La declaración de responsabilidad estatal que surge como consecuencia de una condena por parte de la jurisdicción

contencioso-administrativa sólo da lugar al pago de reparaciones monetarias. Por tanto, la misma no puede ser considerada como acorde a los estándares de reparación integral establecidos por la CIDH, según los cuales esta reparación incluye también las reparaciones simbólicas y las reparaciones colectivas, y concibe como insuficiente el simple pago de una compensación. Sin embargo, las reparaciones materiales fijadas en dichos procesos pueden ser tomadas en cuenta por la CIDH al momento de ordenar reparaciones —si son razonables y han hecho tránsito a cosa juzgada—, pues las mismas se encuentran contenidas en el concepto más amplio de reparación integral.

iii) Dado que, en materia de violaciones de derechos humanos, el deber de reparar es del Estado, dicho deber no puede estar condicionado a la iniciativa procesal o probatoria de la víctima, aunque ésta debe tener oportunidades amplias para reclamar sus derechos. Por ello, dado que el contencioso-administrativo impone condiciones de esta naturaleza, el mismo no puede ser considerado un recurso efectivo.

Además de reiterar las anteriores razones, la sentencia de Ituango brindó otras complementarias para justificar más rigurosamente la negativa de la Corte de considerar los recursos contencioso-administrativos como efectivos. Dichas razones son las siguientes:

- i) Cuando el Estado es condenado por la jurisdicción contencioso-administrativa, las sentencias declaran la producción de un daño antijurídico, mas no la responsabilidad del Estado por la violación de derechos humanos. Así sucede, por ejemplo, cuando el juez constata la existencia de una falla en el servicio. La ausencia de reconocimiento de la responsabilidad del Estado por violación de los derechos humanos hace que el contencioso-administrativo no pueda ser considerado un recurso eficaz.
- ii) En el caso concreto de Colombia, la eficacia de los recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa se ve limitada, adicionalmente, por los problemas de congestión y mora judicial, por el carácter de justicia rogada de algunos de ellos —como la acción de reparación directa—, y por la ausencia de jueces contencioso-administrativos en muchas zonas geográficas.

Como se ve, con la reiteración de argumentos previamente esgrimidos y con su complementación con otros nuevos, la sentencia de Ituango logró consolidar, en buena medida, la regla jurisprudencial según la cual los recursos contencioso-adminis-



trativos en general, y de manera especial en el caso colombiano, no constituyen un recurso eficaz y, por consiguiente, no deben ser agotados por las víctimas antes de acceder al SIDH. Sin lugar a dudas, ésta es una regla muy favorable para las víctimas de crímenes atroces, y por ello resulta muy importante que esté bien justificada y argumentada, como en efecto lo está.

Los retos dejados por Ituango

Como sentencia de desarrollo incremental, Ituango es una decisión judicial de gran importancia, no sólo por la consolidación de la jurisprudencia anterior sobre el tema lograda gracias a la reiteración de sus argumentos fácticos y jurídicos, sino por los elementos adicionales y novedosos que aporta a dicha jurisprudencia y que la fortalecen. Ahora bien, además de dichos aportes, hay una serie de retos y dificultades dejados por la sentencia de Ituango, que deberían ser enfrentados por las sentencias que continúen consolidando la tendencia jurisprudencial sobre la materia. Veamos.

Las órdenes judiciales tendientes a garantizar la no repetición

El primer reto dejado por la sentencia de Ituango, como último eslabón de la jurisprudencia incremental analizada, se refiere a las limitaciones de las medidas ordenadas por esta jurisprudencia como garantías de no repetición de las atrocidades. La medida que ha sido privilegiada por la CIDH como instrumento principal de garantía de no repetición en las cuatro sentencias de grupos paramilitares contra el Estado colombiano es la exigencia de llevar a cabo una investigación penal contra los victimarios que cumpla con los estándares impuestos por la jurisprudencia de la Corte, y en particular que conduzca a la individualización y sanción efectiva de todos los victimarios.

A pesar de la importancia evidente de esta medida, el cumplimiento cabal de la misma plantea problemas profundos que hasta ahora no han sido abordados por las decisiones resolutivas de la Corte y que en parte han conducido a que, en todos

los casos contra el Estado colombiano -así como en muchos otros casos contra otros Estados-, hasta la fecha no se haya cumplido con la exigencia de lograr investigaciones eficaces, prontas y de la calidad requerida por la Corte. Estos problemas están especialmente referidos a las deficiencias estructurales del aparato investigativo del Estado colombiano -así como de muchos otros Estados parte de la CADH-, que podrían hallar soluciones al menos parciales si, por ejemplo, al tiempo que ordena la exigencia de investigación plena, la CIDH exigiera la reforma de las instituciones cuyas deficiencias han impedido el desarrollo adecuado de tales investigaciones.¹⁴

Pero además de los problemas antes mencionados, la exigencia de la CIDH de realizar investigaciones penales que conduzcan a la responsabilización de los victimarios de crímenes atroces es una medida que, por sí sola, resulta insuficiente para garantizar la no repetición de las atrocidades cometidas por los paramilitares. Por ello, parecería conveniente que, como lo ha hecho en otros casos, la CIDH ordenara medidas adicionales de no repetición. Frente al tema concreto del paramilitarismo, éstas podrían consistir, entre otras cosas, en la orden de reformar o dejar sin efecto las normas jurídicas¹⁵ que han permitido el surgimiento y fortalecimiento de los grupos paramilitares -y que por tanto son contrarias a la CADH-, y de emitir normas conducentes al desmonte de estos grupos -con el fin de garantizar la protección de los derechos protegidos en la CADH-.

En cuanto a las normas que deberían ser reformadas o dejadas sin efecto, evidentemente se trata de aquellas que, según la propia CIDH, permitieron la conformación legal de estos grupos durante varias décadas, pero cuya reforma o pérdida de efectos nunca ha sido ordenada explícitamente por la Corte. En cuanto a las normas que la CIDH podría ordenar expedir, se trata, entre otras, de normas que exijan la separación de sus cargos de los funcionarios públicos que han actuado en connivencia con los paramilitares, de normas que garanticen el desmonte pleno de las estructuras de poder paramilitar en las regiones e incluso de normas que constitucionalicen los derechos de las víctimas.

14 Debemos esta idea a Michael Camilleri, de CEJIL.

15 Para ejemplos de órdenes proferidas por la CIDH en el sentido de exigir al Estado dejar sin efecto o retirar normas jurídicas violatorias de la CADH, véanse, entre otras, Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Incorporación y aplicación de los Principios Deng en materia de desplazamiento forzado

El segundo reto dejado por la sentencia de Ituango se relaciona con la manera cómo la CIDH ha afrontado y deberá afrontar en un futuro la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Como se mencionó anteriormente, es muy rescatable que en el caso de Ituango, así como en el de Mapiripán, la CIDH haya declarado la violación por parte del Estado colombiano del artículo 22 de la CADH, en relación con otros artículos de la misma. No obstante, las decisiones que la CIDH ha tomado en relación con estas declaraciones y constataciones parecen problemáticas por varias razones.

De una parte, si bien la remisión a los Principios Deng como criterio de interpretación del contenido y el alcance del derecho a la libertad de circulación es importante, la CIDH no justifica de manera suficientemente rigurosa la incorporación de estos principios como fuente de derecho. De ningún modo queremos criticar con esto la aplicación de estos principios por parte de la CIDH, aplicación que sin duda resulta fundamental dada la gran importancia del corpus iuris como herramienta de interpretación en general y dada la importancia particular de los Principios Deng para el análisis de la situación de las víctimas del desplazamiento forzado -que resultaría limitado si sólo se hiciera remisión a la CADH-. Sin embargo, la carencia de una justificación amplia y rigurosa de la incorporación de documentos del soft law al DIDH no es excepcional, sino que parece estar presente en la mayoría de sentencias de la CIDH en las que esta Corte ha incorporado documentos de este tipo -sentencias que, por lo demás, no son pocas-, lo que resulta muy problemático desde el punto de vista de la teoría de la argumentación, del sistema de fuentes del DIDH y de la legitimidad de la CIDH como órgano jurisdiccional del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

En efecto, resulta fundamental que la Corte justifique de manera amplia y rigurosa los criterios con base en los cuales incorpora documentos de soft law al DIDH puesto que, en principio, dichos documentos no son fuentes del DIDH con un carácter vinculante, ni fuentes con base en las cuales -de conformidad con la CADH- la Corte debe decidir. En particular, la CIDH debería explicar las razones por las cuales incorpora al DIDH algunos de esos documentos y no otros, ya que el soft law se caracteriza por su heterogeneidad y, en esa medida,

permite establecer distinciones entre los diferentes documentos que lo conforman, en lo que se refiere a su obligatoriedad, a su pertenencia al corpus iuris, etc. Dado que, en principio, el soft law no es una fuente obligatoria del DIDH, la justificación de su incorporación por parte de la CIDH debería estar particularmente saturada de argumentos. De hecho, además de aportar mucho en claridad y rigor, una saturación argumentativa de esta índole parece necesaria para evitar una pérdida de legitimidad de la Corte, que podría provenir de críticas a un posible desbordamiento de sus competencias, así como de objeciones de los Estados en el sentido de que les están imponiendo obligaciones no asumidas por ellos.

De otra parte, en el caso concreto de los Principios Deng, una justificación tal parece necesaria para explicar las consecuencias que la CIDH extrae de la constatación de la violación del derecho a no ser desplazado forzosamente. En efecto, si los Principios Deng son utilizados como parte del corpus iuris del DIDH, entonces deberían ser considerados como normas de las cuales deben extraerse todas las consecuencias aplicables al caso -y no sólo algunas de ellas-. Sin embargo, esto no es lo que hace la CIDH en los casos de Mapiripán e Ituango.

Si bien en ambos casos la CIDH constata que las víctimas de desplazamiento forzado no tienen garantizado el retorno en condiciones de seguridad a su lugar de origen y que posiblemente no lo tendrán hasta tanto no se adelanten investigaciones penales que conduzcan a la atribución de responsabilidades, la principal consecuencia reparatoria que extrae de ello es que el Estado debe garantizar el retorno seguro y voluntario de las personas. En el caso de Ituango, la CIDH establece adicionalmente la obligación del Estado de desarrollar un programa de vivienda para que las víctimas recuperen lo perdido, una vez su retorno seguro sea garantizado. Ahora bien, esta medida parece insuficiente para restituir a las víctimas en la situación anterior a la que se encontraban, o para compensar el daño que les fue causado.

De hecho, no se explica por qué la CIDH no impone como medida de reparación, como ciertamente lo aconsejan los Principios Deng, la reubicación e indemnización de las personas que no pueden o no quieren retornar a sus lugares de origen. Esta medida de reparación, que fue solicitada por los representantes de las víctimas en el caso de Ituango, garantizaría de mejor manera el derecho a la reparación de estas víctimas, quienes con la simple exigencia de garantía de retorno en con-





diciones de seguridad pueden verse sometidas a una espera prolongada (y tal vez inconclusa) para que sus derechos sean finalmente protegidos. En efecto, dado el contexto de conflicto armado en Colombia, no es para nada claro en qué momento existirán condiciones propicias para su retorno seguro y voluntario. Además, tampoco es claro si las víctimas desean retornar a su lugar de origen, y en caso de no desearlo parecería exigible que el Estado compensara sus daños a través de la reubicación y de la indemnización de los daños sufridos.



La decisión de la CIDH en el caso de Ituango parece ser regresiva en relación con su jurisprudencia anterior, al imponer a las víctimas de desplazamiento forzado la demasiado exigente condición de probar el daño material sufrido.

Por otro lado, la medida de reparación antes mencionada parece insuficiente, dada la magnitud de las consecuencias de la violación de derechos humanos y la responsabilidad atribuida específicamente al Estado por la Corte. En efecto, el desplazamiento no sólo produce el deber estatal de garantizar el retorno, sino también aquél de indemnizar a las víctimas por las tierras y patrimonios perdidos como consecuencia del mismo. Sin embargo, mientras que en el caso de Mapiripán la CIDH sólo ordena el pago de compensación por concepto de desplazamiento a una de las múltiples víctimas de esta violación, en el caso de Ituango no ordena la reparación material de ninguna de las 702 víctimas, y ello a pesar de que los representantes de éstas lo solicitaron expresamente. Según la CIDH, lo anterior se debe a que dicho daño no pudo ser probado, en el caso particular de Ituango, en razón de la quema de las oficinas de registro civil y de los documentos de titularidad que allí permanecían.

Esa conclusión es bastante problemática, teniendo en cuenta que en casos anteriores en materia de desplazamiento forzado la CIDH ha ordenado la reparación del daño material no probado, presumiéndolo como cierto. Así sucedió en el caso reciente de la comunidad Moiwana contra el Estado de Surina-

Las masacres de Ituango Colombia: una sentencia de desarrollo incremental

me,¹⁶ en el que la Corte ordenó el pago de 3.000 dólares a cada víctima de desplazamiento forzado. Además de la evidente falta de igualdad entre víctimas de violaciones similares de derechos humanos que esto produce, la decisión de la CIDH en el caso de Ituango parece ser regresiva en relación con su jurisprudencia anterior, al imponer a las víctimas de desplazamiento forzado la demasiado exigente condición de probar el daño material sufrido, a pesar de las inmensas dificultades que ello implica para las víctimas —en especial cuando el desplazamiento va acompañado de la destrucción de títulos de propiedad, como ocurre con frecuencia en Colombia— y a pesar de haber aceptado con anterioridad la posibilidad de presumir el daño sufrido.

Ahora bien, podría argumentarse que la CIDH no ordenó la reparación del daño material sufrido por las víctimas de desplazamiento forzado en el caso de Ituango, en razón de la constatación que, con base en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana sobre la materia, hizo de las políticas públicas internas existentes a favor de los desplazados. No obstante, ésta no es una justificación suficiente porque la propia CIDH estableció como hecho probado los problemas de ineficacia e insuficiencia de recursos de dichas políticas, y porque —como lo señaló el juez ad hoc Gustavo Zafra en su voto concurrente— dichas políticas tienen el carácter de medidas de asistencia humanitaria —basadas en el principio de solidaridad— y, por ende, no pueden asimilarse a medidas de reparación —que en cambio se basan en el daño causado por un hecho ilícito—.

Reparaciones

El tercer reto dejado por la sentencia de Ituango se relaciona con los planteamientos anteriores, y tiene que ver con la necesidad del establecimiento de unos criterios mínimos para la fijación de reparaciones, con el objetivo de que las mismas no conduzcan a situaciones de desigualdad o de discriminación de víctimas de violaciones similares. En particular, en relación con los montos de las reparaciones por daño inmaterial, resulta insólito el cambio abrupto que evidencia la jurisprudencia de la CIDH sobre el paramilitarismo en Colombia en las últimas dos sentencias con respecto a las dos primeras. Estos montos fueron reducidos, en las últimas dos sentencias, a casi una tercera parte en el caso de las víctimas directas, a la mitad en el caso de víctimas que

16 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.



son niños, a una quinta parte en el caso de los familiares más cercanos de las víctimas y a una octava parte en el caso de los hermanos de las víctimas.

Si bien este tipo de reparaciones son establecidas por la Corte con base en la equidad y en las circunstancias concretas del caso, las mismas demuestran diferencias abruptas entre un caso y otro, que conducen a situaciones de evidente desigualdad entre las víctimas, y que además pueden considerarse violatorias de sus expectativas legítimas de reparación. Esto, en especial, si se tiene en cuenta que la CIDH no justifica

de ninguna manera estas diferencias, y que las mismas no parecen poder explicarse a partir de un criterio razonable. En efecto, el hecho de que, por ejemplo, la responsabilidad del Estado en la masacre de Pueblo Bello derive exclusivamente de actos de omisión y no de participación de agentes estatales o haya generado un número muy grande de víctimas de desplazamiento forzado en el caso de la masacre de Ituango, no justifican de manera alguna la reducción de los montos de reparación.

El siguiente cuadro ilustra lo anterior:

	19 Comerciantes	Mapiripán	Pueblo Bello	Ituango
Víctimas artículos 4, 5, 7, 8.1 y 25 CADH	\$80.000 (19 víctimas)	\$80.000 (aprox. 49)	\$30.000 (37 desaparecidas y 6 asesinadas)	\$30.000 (ejecutadas)
Cónyuges/compañero(a)s	\$80.000	\$50.000	\$10.000	\$10.000
Hijos/Padres	\$50.000	\$50.000	\$10.000 (desap.), \$8.000 (muertas)	\$10.000
Hermanos	\$8.500	\$8.500	\$500	\$1.500
Personas embarazadas		\$2.000 adicionales		
Víctimas artículo 19 CADH		\$10.000 adic. para víctimas directas y \$5.000 adic. para familiares	\$5.000 adic. para víctimas directas \$2.000 adic. para familiares	\$5.000 adic. para víctimas directas
Víctimas artículo 6 CADH				\$4.000 (17 arrieros)
Víctimas artículo 21 CADH				\$3.500 (pérd. ganado), \$6.000 (pérd. viviendas)
Víctimas artículos 11, 21 y 22 CADH				\$2.500 (702 desplazados)

Montos de dinero en dólares. Fuente: Datos extraídos de las sentencias¹⁷

En resumen, el gran desafío que enfrenta la Corte en lo que se refiere a su labor de ordenar reparaciones —por concepto del daño tanto material como inmaterial causado a las víctimas de violaciones de derechos humanos— consiste en fijar algún tipo de reglas y criterios mínimos que permitan garantizar la igualdad entre las víctimas de casos similares, tales

como la regla de aplicar la presunción del daño material sufrido a víctimas de violaciones similares, o el criterio de que las reparaciones por daño inmaterial fijadas en equidad no demuestren diferencias tan abismales entre víctimas de violaciones similares, que puedan ser tildadas de arbitrarias. Este desafío es tanto más importante cuanto que, de no enfrentarlo adecuadamente, la

17 Agradecemos a Michael Camilleri, de CEJIL, el habernos hecho notar estas diferencias tan ostensibles.



CIDH puede perder la legitimidad que ha obtenido por concepto de decisiones ciertamente progresistas y protectoras de los derechos humanos, tales como las que ha tomado en materia de la regla de procedibilidad del agotamiento de recursos internos.

Procesos de paz y protección interamericana de derechos humanos



La sentencia de Ituango deja irresuelto el reto que impone la ley 975 de 2005 o ley de “justicia y paz” -marco jurídico de las negociaciones de paz del gobierno colombiano con los grupos paramilitares- como elemento esencial para considerar casos como los analizados.

En cuarto y último lugar, la sentencia de Ituango deja irresuelto el reto que impone la ley 975 de 2005 o ley de “justicia y paz” -marco jurídico de las negociaciones de paz del gobierno colombiano con los grupos paramilitares- como elemento esencial para considerar casos como los analizados. En los últimos tres casos sobre el tema resueltos por la CIDH, los representantes de las víctimas han alegado que esta ley constituye un obstáculo para la garantía de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas, por cuanto ha implicado la suspensión de las órdenes de captura en contra de algunos de los perpetradores de las masacres, así como la posibilidad de que éstos reciban penas irrisorias por concepto de las atrocidades que han cometido, penas que, por lo demás, no se ven compensadas por la exigencia de la confesión plena y de la reparación integral de las víctimas.

Sin embargo, hasta la fecha, la CIDH no le ha otorgado consecuencias concretas a este nuevo hecho jurídico, pues se ha limitado simplemente a declarar de manera genérica la fórmula (ya clásica en su jurisprudencia¹⁸) de que ninguna ley puede conducir a la impunidad, ni a la concesión de amnistías,

Las masacres de Ituango Colombia: una sentencia de desarrollo incremental

indultos u otros eximentes de responsabilidad. Así, la Corte no ha analizado aún las implicaciones concretas que tiene la ley de “justicia y paz” en los derechos de las víctimas. Seguramente esto se debe, al menos en parte, a que, hasta la sentencia de Ituango —la última que ha dictado hasta el momento sobre el paramilitarismo en Colombia—, los juicios penales de “justicia y paz” en contra de miembros de grupos paramilitares que han cometido crímenes atroces aún no habían comenzado a tener lugar. No obstante, es evidente que en los casos siguientes que la CIDH decidirá sobre hechos similares (como, por ejemplo, la masacre de La Rochela) no sucederá lo mismo. En efecto, los juicios penales antes mencionados se iniciaron en diciembre de 2006, razón por la cual en las siguientes sentencias de la CIDH sobre el tema, ésta no podrá seguir absteniéndose de analizar las consecuencias de esta ley para los derechos de las víctimas.

Conclusiones

El análisis detallado de la sentencia de las masacres de Ituango contra Colombia permite concluir que las sentencias hito sobre un tema no son, de ninguna manera, las únicas importantes. Más aún, para que las sentencias hito obtengan, en efecto, la importancia que tienen, resulta necesario que las sentencias de desarrollo incremental reiteren, refuercen y así consoliden lo contenido en ellas. Las sentencias de desarrollo incremental son además importantes porque no se limitan a reiterar de manera idéntica lo dicho en decisiones anteriores, sino que logran también avances graduales en el perfeccionamiento y la expansión de la línea de precedente en cuestión. A pesar de no ser importantes a primera vista, por lo general estos avances son muy importantes para la consolidación definitiva de la jurisprudencia.

La anterior conclusión es absolutamente evidente en el caso de la jurisprudencia interamericana en materia de paramilitarismo en Colombia. En efecto, muchos de los grandes avances de esta jurisprudencia no hubieran podido lograrse a través de una sentencia aislada, sino que han requerido de la conjunción de cuatro decisiones judiciales sobre hechos similares para lograr una jurisprudencia contundente al respecto.

18 Para su formulación véase, por todas, Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Cit.



Esto es especialmente así en lo que se refiere a la estrategia de reconstrucción de la verdad histórica, estrategia que nunca hubiera podido tener lugar si las cuatro sentencias sobre Colombia no se hubieran emitido, o no hubieran conformado entre sí una línea jurisprudencial incremental. Si esto no hubiera sucedido, la verdad producida por la CIDH hubiera sido eminentemente fragmentaria y parcial -susceptible de satisfacer el derecho individual de las víctimas a la verdad y de ser en sí misma una forma de reparación-, en lugar de conformar una narrativa global y macro sobre la verdad del paramilitarismo y sobre la responsabilidad del Estado en ella -capaz también de satisfacer, al menos par-

cialmente, el derecho colectivo de la sociedad a la verdad y de constituir una herramienta adecuada de no repetición-.

La resaltada importancia de la jurisprudencia incremental de la cual forma parte Ituango no significa de manera alguna que se trate de una jurisprudencia plenamente finalizada, consolidada y sin errores. Por el contrario, existen varios elementos que aún podrían ser abordados, desarrollados, precisados, justificados o cambiados por la CIDH, con el fin de perfeccionar y consolidar una jurisprudencia que, sin duda, en general va por buen camino.

REFERENCIAS

-Fehrer, Michel, "Terms of Reconciliation", en Hesse, Carta y Post, Robert (eds.), *Human Rights in Political Transitions. Gettysburg to Bosnia*, Zone Books, New York, 1999.

-Galanter, Marc, "Por qué los 'poseedores' salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico", en García Villegas, Mauricio (ed.), *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional, 2001.

-López, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000.

-Rincón, Tatiana, *La decisión judicial en la construcción de la memoria colectiva -una aproximación desde la hermenéutica-*, mimeo.

-Stern, Steve, "Más allá del enigma: una agenda para interpretar a Sendero y el Perú. 1980, 1995", en Stern, Steve (ed.), *Los senderos insólitos del Perú: guerra y sociedad, 1980, 1995*, IEP, Lima, 1999.

-Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, "Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial", en De Gamboa, Camila (ed.), *Justicia transicional: teoría y praxis*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

-_____, "Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica", *Revista Pensamiento Jurídico*, 17, 2007, en prensa.

-Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Escuela Judicial, Bogotá, 2006.