

**EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN EN LA REPARACIÓN ADMINISTRATIVA
DE VÍCTIMAS**

El Contrato de Transacción en la Reparación Administrativa de Víctimas

Leidy Carolina Sossa Araujo

Patricia Genith Fajardo Chamorro

Especialización en Derecho Administrativo

Universidad de Nariño

**EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN EN LA REPARACIÓN ADMINISTRATIVA
DE VÍCTIMAS**

El Contrato de Transacción en la Reparación Administrativa de Víctimas

Leidy Carolina Sossa Araujo

Patricia Genith Fajardo Chamorro

Asesora: Dra. MARTA JULIANA ROSERO GARCIA

Especialización en Derecho Administrativo

Universidad de Nariño

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado son de responsabilidad exclusiva del autor”. Artículo 1° del Acuerdo No. 324 del 11 de Octubre de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN:

Dr. HAMILTON BURGOS

Firma del Jurado

Dr. JAVIER GUERRERO MADROÑERO

Firma del Jurado

Pasto, Nariño, 30 de Mayo de 2013.

Resumen

La responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano en casos de vulneración de derechos fundamentales procede siempre y cuando se haya comprobado la responsabilidad objetiva de éste como consecuencia del cumplimiento regular o irregular de sus obligaciones o del incumplimiento de las mismas. Este documento aborda el estudio de la reparación a las víctimas a través de las vías administrativa y judicial, a la luz de lo dispuesto en instrumentos internacionales y el régimen legal plasmado en la ley 1448 de 2011 y decretos reglamentarios; enfatizando en el contrato de transacción previsto por aquella y lo que implica su suscripción.

Abstract

The Colombian State liability in cases of violation of fundamental rights and always comes when it is found it strict liability as a result of regular or irregular compliance of its obligations or breach of the same. This paper addresses the study of reparations to victims through administrative and judicial, in the light of the provisions of international instruments and the legal regime embodied in the 1448 law of 2011 and implementing regulations, emphasizing the settlement agreement planned for that and what its subscription implies.

Palabras Clave

Responsabilidad, Estado, Victima, Reparación, Contrato de Transacción.

Key Words

Responsibility, State Victim, Repair, Transaction contract.

TABLA DE CONTENIDO

| | Pag |
|--|-----|
| Discusión | 8 |
| Crímenes de Lesa Humanidad..... | 8 |
| Responsabilidad Subsidiaria del Estado | 9 |
| Calidad de Víctima y Menoscabo a su Dignidad Humana: | 13 |
| El Camino hacia la Reparación: Las Vías Judicial y Administrativa..... | 15 |
| Reparación Administrativa | 15 |
| El contrato de transacción en el marco de la reparación administrativa | 20 |
| A manera de Conclusión..... | 26 |
| Bibliografía..... | 27 |

Discusión

En Colombia se ha presentado históricamente la violación de derechos humanos, por crímenes que han sido calificados como de lesa humanidad. Habida cuenta de esto, es factible que las víctimas reclamen del Estado Colombiano, la indemnización que les corresponde luego de haber sido sometidos a tan atroz crimen, la discusión se presenta entonces de la siguiente manera: ¿dicha indemnización debe reconocerse por vía judicial, por vía administrativa o por las dos, y si es dable que esta última opción esté limitada por el contrato de transacción?

Para tratar de dar respuesta a estas inquietudes, a lo largo de este escrito se abordará el estudio de la responsabilidad del Estado frente a crímenes de lesa humanidad en el marco de los instrumentos internacionales pertinentes, y a nivel nacional, en lo estipulado por la ley 1448 de 2011 –y decretos reglamentarios- respecto a las vías con las que cuentan las víctimas para lograr una indemnización y las particularidades de aquellas, específicamente en lo que a la posibilidad de efectuar una transacción se refiere.

Crímenes de Lesa Humanidad

Inicialmente se hace necesario abordar este tema, toda vez que la categoría de Lesa Humanidad identifica al crimen para determinar que son los de esta clase los delitos que son sujeto de reparación por parte del Estado. Para analizarlos se ha tomado como fundamento tratados internacionales que versan sobre la materia y que son objeto relevante de la investigación, ya que proporcionan claridad y son instrumentos de interpretación constitucional y legal, tales como:

- Convención Internacional contra la toma de rehenes («Convención sobre los rehenes»), 1979.
- La Declaración de los Derechos Humanos de 1948.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1969.

- Estatuto de Roma.

Respecto a este último, cabe mencionar, que es en este tratado en el que se determina con claridad el concepto de crimen de lesa humanidad, y lo hace de la siguiente manera:

Cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque se perpetre Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, desaparición forzada de personas. (Artículo 7-1).

Responsabilidad Subsidiaria del Estado

Una vez determinado el marco conceptual de crimen de lesa humanidad, y pasando a tratar lo relativo a la responsabilidad de estas conductas delictivas, se debe partir entonces del análisis de la conducta para determinar el despliegue de responsabilidades que estas ocasionan. Partamos pues del ordenamiento penal, en el que se requiere de la determinación de sujeto activo, que para el caso concreto, puede atribuirse a los grupos armados al margen de la ley como los responsables directos, pero en análisis del contexto debemos enfocarnos a la segunda persona responsable de estos delitos, no en el ámbito penal, sino bajo la óptica del derecho público, en el cual tenemos como responsable al Estado como persona jurídica, que tiene su representación en los diferentes poderes y en las instituciones encargadas de salvaguardar y promover sus fines.

Partimos de un principio, según el cual “todo aquel que cause un daño, está en la obligación de repararlo”, lo que da lugar a la aplicación de la justicia penal o civil para hacerlo. El constituyente de 1.991 estableció en el artículo 90 de la Constitución Política que el Estado respondería patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Como consecuencia de ello, la responsabilidad en general descansa en dos elementos: *el daño antijurídico* como aquel que la víctima no estaba obligada a soportar; como segundo elemento se encuentra *la imputación*, que no es más que el señalamiento de la autoridad que por acción u omisión había causado el daño.

A pesar de la claridad de la existencia de estos dos únicos elementos estructuradores de la responsabilidad patrimonial del Estado, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha persistido en la tendencia de aplicar al caso en estudio una de las dos teorías que tradicionalmente se venían aplicando hasta antes de la Constitución de 1991: la teoría de la responsabilidad subjetiva que ha descansado en la culpa y la teoría de la responsabilidad objetiva, que descansa en el riesgo creado.

Falla del Servicio:

Sin perder de vista la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado ha determinado unos títulos de imputación como es el de la falla del servicio, respecto del cual, ha expresado lo siguiente:

La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del

Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

(...)

La falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.¹

La determinación de sí hay lugar o no a la responsabilidad del Estado, variará entonces según el análisis que haga el juez administrativo en cada caso concreto. La Procuraduría general de la Nación, ha manifestado lo siguiente respecto a los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado por la falla del servicio:

Atendiendo a la citada jurisprudencia, con el fin de estructurar la responsabilidad del Estado por falla del servicio, se debe probar no sólo la existencia de un daño, sino también una falla por acción o por omisión que pueda ser atribuible a la administración y, adicionalmente, que exista un nexo de causalidad entre tal acción u omisión de los agentes estatales y el daño propiamente dicho. (Jaimes, 2012: 12).

¹ Sentencia proferida el 7 de abril de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Radicado No. 52001-23-31-000-1999-00518 – 01 (20750). Actor: Alicia Margoth Montilla y otros.

Si bien es cierto, la materia de análisis es el derecho administrativo, ésta debe ser observada a través de la responsabilidad del Estado en cuanto a la protección real de los derechos humanos, de aquellos derechos consagrados en la Carta Política como superiores en todos los casos, aquellos derechos y aquel procedimiento que mediante los Pactos y Tratados Internacionales tienen una protección especial.

La responsabilidad patrimonial del Estado en materia administrativa, es abordada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como una institución jurídica encargada de buscar la reparación de los daños, específicamente mediante la pretensión de Reparación Directa como medio efectivo para reclamar aquellos derechos que han sido trasgredidos por el Estado en representación de sus entidades.

Es procedente entonces, utilizar esta acción como el mecanismo más idóneo para reclamar la reparación frente a la vulneración de los derechos que atenten contra la dignidad humana, bajo el título de imputación de falla del servicio.

Teniendo en cuenta la posición de garante que ostenta el Estado frente a los administrados, se torna obligatoria la reparación de daños que a estos se cause, reparación que debe hacerse mediante la vía administrativa o judicial, pues estos derechos fundamentales están reconocidos y protegidos a través del bloque de constitucionalidad. Se debe tener en cuenta, según lo aclara la Corte Constitucional en sentencia C-197 de 20 de Mayo de 1993 que “la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiera ocurrido, o al menos, en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso”.

Es necesario recordar lo citado en la sentencia del 18 de Julio de 2012, Magistrado Ponente Dr. Mauricio Fajardo, Consejo de Estado, sección tercera, subsección A:

Se ha dicho que al Estado se le deben exigir los medios que corresponden a su realidad, haciendo caso omiso de las utopías de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipotente y omnipresente, a esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe hacer todo cuanto esté a su alcance.

Es el Estado, el encargado de vigilar la administración y el cumplimiento de sus fines mediante los medios más eficaces, y uno de esos fines es la paz y la libertad de las personas, tema que ha sido jurídicamente tratado en forma amplia partiendo de la dignidad humana que se tendrá como el eje central, toda vez que la violación de este derecho fundamental e inalienable es la que categoriza al crimen como de lesa humanidad y a su vez impone al Estado el deber de reparar, razones de peso que nos llevan a abordar el tema de la Dignidad Humana.

Calidad de Víctima y Menoscabo a su Dignidad Humana:

En este orden de ideas, es menester hacer mención que la víctima ha sido vulnerada en sus derechos, especialmente en lo que a su dignidad humana respecta. El concepto de víctima está definido en la ley 1448 de 2011 como “aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño...como consecuencia de infracciones al DIH, o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.” (artículo 3).

Por tanto, la protección de la víctima debe manifestarse activamente, es así como la Oficina de la ONU, para los derechos humanos, mediante su alto comisionado, asevera:

En las organizaciones de víctimas, grupos de apoyo y ONG, el trabajo se realiza bajo una premisa fundamental: restituir la dignidad a la víctima. Este principio, que aplica el

concepto de víctima definido por normas y jurisprudencia internacional, incluye el núcleo familiar y aún el comunitario, reconoce el nuevo rol de las mujeres, y busca abarcar las realidades y especificidades etéreas, culturales, políticas, religiosas, de individuos y comunidades, en un contexto aún violento como el colombiano, en el que las víctimas, además de la agresión inicial, sufren amenazas, desplazamiento forzado, desgaste físico, económico y graves impactos emocionales. Para cumplir con este objetivo, se busca fortalecer la capacidad de las víctimas para actuar y exigir sus derechos, así como promover un ambiente favorable para que puedan recuperar su rol ante la sociedad y las autoridades públicas. (ONU, 2009: 6).

Según la jurisprudencia constitucional (sentencia T- 190 de 2010), en un Estado Social de derecho, se tiene como pilar fundamental la dignidad humana, la misma que se enmarca dentro de los principios que guían su Carta Fundante, lo cual indica que debe estar presente en cada una de las actuaciones estatales, independientemente del sujeto sobre quien recaiga dicha actuación. Es tal la importancia que reviste, que la garantía de los derechos humanos, está cimentada en la consideración de la dignidad humana como esencia de la naturaleza del hombre. Pues resulta claro que en su trasegar histórico la dignidad como exigencia moral se ha positivizado a través de la creación de los derechos fundamentales, fero en la aplicación de medidas y garantía de derechos.

La aplicación de la justicia transicional² y la protección especial a los derechos humanos tiene un claro soporte en el bloque de constitucionalidad establecido en el artículo 93 del estatuto superior; por ello, la alusión a la dignidad humana debe ostentar un carácter transversal en cualquier escenario de reparación de hechos violentos y vulneración de derechos humanos perpetrados por todo tipo de grupos al margen de la ley.

² La justicia transicional «...abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación» (SGNU, 2004: 6).

El Camino hacia la Reparación: Las Vías Judicial y Administrativa

Actualmente, concurre al tema de reparación patrimonial cuyo responsable subsidiario es el Estado, la controversia de a qué tipo de reparación se debe acudir cuando se ha sido víctima, para ello han surgido en la práctica dos teorías, aquella consagrada en la ley 1448 de 2012 a través del Contrato de Transacción que le ordena a la víctima de este delito que de ser reparada por vía administrativa no podrá solicitar reparación judicial; por otra parte se ha fijado la posición jurisprudencial que conlleva a que la víctima pueda acudir a las dos reparaciones sin que las dos se excluyan.

Reparación Administrativa

En un país como Colombia, en el que han tenido lugar innumerables casos de violaciones a los derechos humanos, resulta de vital importancia la implementación de programas administrativos de reparaciones, puesto que las vías judiciales no dan abasto para atender una carga de tales dimensiones. Este tipo de programas de índole administrativa, aparte de representar un esfuerzo de reconocer a las víctimas y a las circunstancias de su victimización, pretenden cumplir el deber de reparar y de paso, recuperar la confianza institucional. “Desde el enfoque de políticas públicas, se trata de una herramienta para dotar de eficiencia y coherencia a los esfuerzos de reparaciones”. (Lozano, 2012).

En lo concerniente a la Reparación Administrativa que contempla el Decreto 1290 de 2008, que creó el programa de Reparación por Vía Administrativa para las Víctimas, y el Decreto 4800 de 2011, la responsabilidad del Estado es fundamental en el derecho internacional y la reconoce de la siguiente manera: “Cuando el responsable de la violación no pueda o no quiera cumplir con sus obligaciones, los Estados deben esforzarse por resarcir a la víctima”

Es necesario establecer que para la aplicación de estas directrices que emanan del legislador o son creadas por construcción jurisprudencial, se evidencia una grave falta a la creación de políticas públicas, en las que se debe tener en cuenta que el daño debe ser resarcido y si no se pudiese:

Ante la imposibilidad de obtener la restitución absoluta del daño, a través de remover los efectos nocivos del mismo, se abre el abanico resarcitorio en el que se encuentran: i) la indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales irrogados, ii) la rehabilitación de las víctimas (v.gr. atención psicológica o psiquiátrica), iii) las medidas de satisfacción (v.gr. pedir excusas públicas, ordenar la publicación de las sentencias en las páginas web de las entidades estatales, la implementación de programas para la promoción de los derechos humanos, la publicación de la sentencia en medios de comunicación masivos, etc. y iv) las garantías de no repetición (remisión de la sentencia a dependencias administrativas del Estado para que se produzca su divulgación, la apertura de procesos penales en los que se conozca la verdad de los sucesos y se identifiquen a los responsables, etc.). (Gil Botero, 2000).

A partir de la experiencia que se ha adquirido en otros conflictos, en el plano internacional se ha ido conformando un conjunto de criterios en relación con el papel de los Estados frente a la reparación, en situaciones tan graves como las que ha tenido que enfrentar el pueblo colombiano en las últimas décadas.

Entre las obligaciones a cargo del Estado está respetar y hacer respetar la dignidad de todas las personas residentes en su territorio, como lo predicen los artículos 1, 2 y 5 de la Constitución, y respetar y hacer respetar los Derechos Humanos, así como las reglas del Derecho Internacional Humanitario. Cuando los daños no se han podido evitar -es decir, cuando los hechos se han consumado-, el Estado tiene la obligación de preservar los derechos de las víctimas, de quienes directa o indirectamente han sufrido en carne propia o en la de sus seres cercanos los efectos de la violencia. En Colombia, esa violencia puede

provenir de la actividad de las organizaciones guerrilleras, paramilitares, narcotraficantes, agentes estatales y/o miembros de la fuerza pública. En cuanto a la reparación a las víctimas, el Estado tiene esta obligación sin perjuicio de las que existen en cabeza de los autores, coautores y partícipes en las conductas criminales.

La jurisprudencia internacional, específicamente la emanada de la CIDH, ha establecido que las víctimas, sin discriminación alguna, tienen derecho a solicitar y obtener una reparación integral y eficaz³. Ese concepto comprende según la CIDH:

... de un lado, (i) una obligación de prevención de los atentados y violaciones de derechos humanos, y de otra, (ii) una vez ocurrida la violación, la garantía de acceso a un recurso judicial sencillo y eficaz por parte de las víctimas, lo cual supone a su vez (iii) la obligación de los Estados partes de investigar y esclarecer los hechos ocurridos, así como (iv) la de perseguir y sancionar a los responsables, (v) accionar que debe desarrollarse de manera oficiosa, pronta, efectiva, seria, imparcial y responsable por parte de los Estados. Así mismo, (vi) ha establecido la CIDH que estos recursos judiciales se deben adelantar con respeto del debido proceso, (vii) dentro de un plazo razonable, y (viii) que figuras jurídicas tales como la prescripción penal, la exclusión de la pena o amnistías son incompatibles con graves violaciones de los derechos humanos. (Sentencia C-936 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

En general, instrumentos internacionales como el Estatuto de Roma hace referencia a que se consideraran también como crímenes de lesa humanidad también aquellos que se enmarquen en el siguiente enunciado “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.” (art. 7-1).

De acuerdo a los principios generales establecidos por la jurisprudencia internacional, la indemnización trasciende el plano meramente simbólico, implica un resarcimiento

³ Véase los Casos de las Hermanas Serrano Cruz, nota 9, párr. 135; Caso Carpio Nicolle y otros, nota 82, párr. 87; y Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, nota 82, párr. 53.

económico que compense a las víctimas por los perjuicios resultantes de las conductas criminales; comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante. Debe ser proporcional, y debe considerar la real situación de las personas afectadas y de sus familias. (Hernández, 2010).

Ya teniendo un marco jurídico, aplicable a esta forma de violación de los derechos humanos, vemos en contexto que la emanación de estas normas por parte del Estado, sigue la misma línea de reivindicar aquellos derechos en todas las vías, compromiso que adquiere Colombia al incluir los diferentes tratados sobre el tema a su legislación interna, esto se ve reflejado en la expedición de leyes y decretos tales como:

- Ley 975 de 2005, modificada por la ley 1592 de 2012
- Ley 986 de 2005
- Decreto 1290 de 2008 (Derogado).
- Ley 1448 de 2011
- Decreto reglamentario 4800 de 2011

Estos son algunos de los avances legislativos que forman parte de un conjunto normativo que existe en Colombia como garantía de la justicia transicional.

En cuanto al tema de reparación judicial la ley 1137 de 2011, consagra en su artículo 140 la figura de la reparación directa de la siguiente manera “En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado, y tendrá dos (02) años a partir de la ocurrencia del hecho”.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa.

La Obligación del Estado de Indemnizar Judicial y Administrativamente.

Adentrándonos a la primera opción de reparación que contempla la ley 1448 de 2012 habrá de estudiarse en primer orden la noción de reparación administrativa como el conjunto de medidas de reparación que el Estado reconoce a las víctimas, por los daños que han sufrido a causa de violaciones de sus derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario, por hechos atribuibles a los grupos armados organizados al margen de la ley. Dicha reparación es en la práctica excluyente de la reparación judicial pues la precitada ley consagra en virtud del contrato de transacción la prohibición de acudir a la vía judicial cuando ya se ha reparado por la vía administrativa, de manera literal la ley ha dicho: Artículo 132:

La víctima podrá aceptar, 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 el cual la víctima acepta y manifiesta que el pago realizado incluye todas las sumas que este debe reconocerle por concepto de su victimización, con el objeto de precaver futuros procesos judiciales o terminar un litigio pendiente. Lo anterior, sin perjuicio del reconocimiento de las demás medidas de reparación consagradas en la presente ley, de los derechos no patrimoniales de las víctimas, y en el entendido de que ello no releva al victimario de su obligación de reparar a la víctima según sea establecido en el marco de un proceso judicial de cualquier naturaleza”.

En el evento que la víctima acepte que la entrega y recepción de la indemnización administrativa se entienda realizada en el marco de un contrato de transacción, el monto de esta indemnización será superior al valor que le entregaría a la víctima por este mismo concepto, según el reglamento que para el efecto expida el Gobierno nacional. Los funcionarios o personal encargado de asesorar a las víctimas deberán manifestarle, de forma clara, sencilla y explicativa, las implicaciones y diferencias de aceptar o no que la indemnización sea realizada en el marco de un contrato de transacción.

Debe tenerse en cuenta que la concurrencia entre estos sistemas de reparación debe darse de manera armónica y coordinada. La necesidad de crear programas de reparación administrativos alternos a las vías judiciales, no puede, bajo ninguna circunstancia implicar la eliminación o debilitamiento de aquellas. (Lozano, 2012).

El contrato de transacción en el marco de la reparación administrativa

Para comprender mejor el tema, es necesario traer a colación la definición de contrato de transacción que nos ofrece el profesor Arturo Alessandri (1942: 559), “La transacción es un modo de extinguir obligaciones y consiste en un contrato mediante el cual las partes resuelven directamente por mutuo acuerdo una situación jurídica dudosa”. No obstante, el marco específico de la ley 1448 de 2011, ésta manifiesta que la transacción consiste en ofrecer, a quien recurra a la vía administrativa, la opción de renunciar a acudir a la reclamación por vía judicial de la reparación económica, a cambio de obtener una suma de indemnización superior a la establecida normalmente para la reparación administrativa.

Cabe observar que esta medida busca desincentivar la acción judicial en casos de graves violaciones a derechos humanos, no obstante en caso que la víctima opte por la reparación por vía administrativa acepta que renuncia a la vía judicial para la reparación económica cuya consecuencia es la renuncia del establecimiento de la responsabilidad en el daño o la vulneración causada.

La razón constitucional que justifica este trato desventajoso para ciertas víctimas que se encuentran también en condición de debilidad manifiesta, se debe a la importancia de descongestionar el sistema judicial colombiano, al hacer más expeditos los procesos de restitución mediante la reducción de la etapa probatoria en los casos en que se vea involucrada la representación de la Unidad.

No se puede dejar de lado que una de las características del contrato de transacción es la igualdad entre las partes o sujetos intervinientes en el acto jurídico, cosa que no se

observa en el caso sub exámine, puesto que evidentemente, el Estado –representado en sus instituciones-, hace uso de todas las prerrogativas que como tal le asiste, a fin de sacar a flote sus intereses, que para el caso son estrictamente económicos, mientras que la víctima, por estar inmersa en esta condición, es abiertamente inferior al Estado en cuanto a derechos se refiere.

Todo demuestra que esta teoría, es una violación flagrante a los derechos de las víctimas, pues frente a éstas prevalece la preocupación del Estado de verse inmiscuido en problemas de déficit fiscal. Para que no se haga notoria esta violación, el legislador se ha amparado en que se trata de una opción en beneficio de las víctimas que busca ahorrarles tiempo, dada la inmediatez de la reclamación; inmediatez que no ocurre en la reparación por vía judicial. Otra justificación esgrimida, es la consagración del principio de prohibición de doble indemnización, orientado a mantener la sostenibilidad fiscal, y se ha utilizado como escudo la aplicación de la tan en boga justicia transicional, según la cual, resulta aceptable que la víctima reciba una suma que aunque resulte inferior debe ser justa, ya que es imposible que el Estado repare completamente a un número tan elevado de víctimas.

En la práctica, la verdadera esencia del contrato de transacción en la reparación administrativa, además de ser una imposición a la víctima, no le genera ningún beneficio, puesto que estipula que el valor de la indemnización sea aquel que se utiliza para la reparación administrativa cuando no se conoce el victimario, o cuando éste no tenga cómo pagar la indemnización.

La situación no mejora para las víctimas, que además de ser beneficiarios de la reparación administrativa, se les han restituido predios, pues en caso de no firmar el contrato de transacción, al acudir por vía judicial, según Viviana Tacha y María Camila

Moreno (2011) en su artículo “ley de víctimas: preguntas pendientes” publicado en Razón Pública, “se les descontará tanto el valor de la indemnización recibida como el valor del predio restituido”.

En caso de aceptación del contrato de transacción, la ley no determina criterios de proporcionalidad ni diferenciación para determinar el nivel de incremento en la indemnización, por lo que la administración se acoge a los mínimos, esto se demuestra en que los montos de indemnización administrativa son menores a los establecidos por las cortes (en montos hasta del 60%), lo que evidencia que la finalidad de la justicia transicional se ha conmutado toda vez que prevalece la sostenibilidad fiscal sobre los derechos de las víctimas lo que desnaturaliza los fines del Estado Social de Derecho, sacrificando la satisfacción de derechos de las víctimas y generando una inminente violación al derecho de igualdad.

Debe analizarse en conjunto las finalidades de las medidas adoptadas en la justicia transicional, frente a esto, claramente se refiere la sentencia C-099 2012 de la siguiente manera:

En cuanto a las finalidades de la medida, la firma del contrato de transacción está dirigida, tal como lo señala expresamente esa disposición “a precaver procesos judiciales o terminar un litigio pendiente,” en aquellos eventos en los que la víctima acepta que ha recibido la indemnización administrativa por todos los hechos de victimización que se le deban reconocer. También es finalidad de esta medida de reparación administrativa y firma del contrato de transacción “lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible, a la luz de lo que establece el artículo 8 de la Ley 1448 de 2011. Estos dos fines son legítimos e importantes, según lo que establecen los artículos 1, 2, 29, 45, 116 y 129 de la Carta.

El Estado Colombiano encontró en el contrato de transacción además de la paz, la solución a sus problemas de déficit fiscal que según sus cuentas ha sido causado por la doble indemnización a las víctimas de los crímenes de lesa humanidad, pero no contempló la palmaria situación que con seguridad acechará su custodiado patrimonio que consiste en que la reclamación de indemnización por vía administrativa a través del más costoso contrato de transacción, no requiere que el reclamante –es decir la víctima- acredite dicha calidad e identifique al victimario. Así las cosas, existe un pánico jurídico y económico al contemplar que cualquier persona pueda acudir al Estado en busca de reparación administrativa, pues le es indiferente al Estado conocer el autor del delito, le basta con que se identifique como grupo armado al margen de la ley, no queda duda que el contrato de transacción que implica un valor de indemnización más alto que la reparación administrativa terminará por desangrar el patrimonio del Estado aún mas que la doble indemnización en la cual si se le exige a la victima que acredite su calidad y la del victimario, con lo cual se frena a los bandidos que quieren sacar provecho de los enormes errores del Estado.

En cierta acción de inconstitucionalidad impetrada contra el artículo 132 de la ley 1448 de 2011, los actores destacaron la desigualdad de trato que se comete en contra de las víctimas concluyendo:

...es como mínimo cuestionable ya que toma ventaja de la situación de vulnerabilidad especial y manifiesta en la que se encuentran las víctimas del conflicto armado en Colombia, quienes carecen de las condiciones requeridas para satisfacer sus necesidades y podrían verse obligadas por su situación real a aceptar el contrato de transacción por ofrecer para ellos una condición aparentemente favorable a pesar de ir en contra del ejercicio efectivo de sus derechos. (Sentencia C-099 de 2013. M.P. María Victoria Calle).

Según esta manifestación, este tipo de reparación genera una flagrante violación del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, pues las prebendas ofrecidas buscan distorsionar este derecho haciendo parecer que la transacción es el mecanismo más eficiente y expedito de reparación, pero esto resulta equivocado, puesto que los recursos destinados a la reparación de víctimas, en ningún caso generan déficit fiscal, pues no dependen tanto de la existencia de recursos, sino de la reordenación de las prioridades en el gasto, además, las víctimas de violaciones de los derechos humanos no son las únicas demandantes potenciales; existen múltiples causales y pleitos millonarios contra el fisco, lo que demuestra que la única reparación que se busca sacrificar es la reparación a víctimas de crímenes de lesa humanidad.

Resulta pertinente traer a colación lo manifestado en esta misma sentencia, que finalmente declaró exequible el artículo demandado:

De esta manera se busca precaver futuros procesos judiciales, así como terminar litigios pendientes. Con el fin de estimular la firma de este tipo de contratos, la norma también prevé que la víctima reciba un monto de indemnización superior al que percibiría de no firmar el contrato” (Sentencia C-099 de 2013 M.P María Victoria Calle).

Hay que resaltar de lo anterior las verdaderas intenciones del Estado al premiar con un incentivo económico, a la víctima que desista de iniciar la acción judicial y se acoja al contrato de transacción; es evidente que se trata de un ocultamiento de criminalidad, se busca bajar en estadística los índices de delincuencia, se busca dejar sin antecedentes penales a los integrantes de los grupos subversivos, tal vez con el fin de que a la hora de que estos sean enjuiciados y llamados a pagar no existan delitos en su contra, con lo cual se limpia la imagen Internacional de Colombia, que podrá ser ofrecida como un país que alcanzó la paz, y no porque esa sea la realidad, sino porque los crímenes de lesa humanidad

quedaron ocultos tras un reconocimiento económico a las víctimas, que a la postre entraña su silenciamiento.

No obstante, dirán los defensores del controvertido contrato de transacción que a la víctima le asiste después de recibir la reparación administrativa ya engrosada, la facultad de iniciar acción judicial para que sea reparada de otras formas, y a ello debatiremos con la realidad notoria de Colombia, esa que demuestra que los derechos de las víctimas ya indemnizadas no son relevantes para la justicia –menos aun cuando el daño es subjetivo y habrá de probarse-, lo que implica que se deba gastar una cuantiosa suma de dinero en demostrar el daño para que un criminal sea ajusticiado. Redunda en la ignorancia creer que la víctima que quiere olvidar el daño seguirá sometida a tan doloroso proceso con el fin de contribuir con las estadísticas de crimen que el Estado esconde.

El contrato de transacción es en esencia el punto de unión de todos los intereses económicos del Estado en contra de la reparación integral a víctimas; para dar alcance a esta apreciación se debe partir del análisis de la procedencia de los tipos de reparación, así las cosas encontramos que, en caso que la víctima haya sido reparada por vía judicial y además sea también beneficiada por la reparación administrativa, ésta última será descontada de la reparación judicial, lo que demuestra que en la realidad existe una compensación y que, aunque en la formalidad legal a la víctima le asista el derecho de acudir a las dos vías, sólo recibirá una indemnización. Partiendo de este hecho es que surge la novedosa y violatoria propuesta que hace el legislador en la ley 1448 de 2011 a través del contrato de transacción en el que le propone a la víctima la indemnización patrimonial únicamente por vía administrativa lo que se traduce en que su derecho a acudir a las dos vías queda reducido a uno solo, bajo el pretexto que, de acudir a la reparación administrativa por esta figura se gozará de un mayor beneficio, imponiéndole a la víctima la obligación de abstenerse de entablar la demanda de indemnización por vía judicial.

Se demuestra entonces que los avances legislativos no se hacen pensados en el bienestar de los administrados sino en el del Estado, toda vez que con anterioridad a la ley 1448 de 2011, el Estado ya le había concedido derechos a la víctima traducidos en acudir a los dos tipos de reparación, judicial y administrativa, sin restricción alguna y en la práctica le reduce dicho derecho a la compensación entre una y otra, y como si no fuera suficiente tal menoscabo la actual figura del contrato de transacción le impone a la víctima la renuncia a la acción judicial so pretexto de que la vía judicial es ineficiente y lenta, como si los dos tipos de justicia no provinieran de la misma fuente que es el Estado, quien ha trasgredido los señalamientos de CIDH, que señalan que:

La CIDH entiende que el concepto de reparación tiene sus raíces en un principio de obligación, en contraste con un pago ex gratia. Por ello, entendemos que el **procedimiento administrativo de reparaciones, no debería implicar un desistimiento de la acción judicial contencioso administrativa** que busca precisamente la determinación de la responsabilidad jurídica del Estado, así como tampoco un desistimiento del incidente de reparación. (CIDH, 2008: 3, negrita no original).

A manera de Conclusión

Los crímenes de lesa humanidad se encuentran regulados, en tratados internacionales ratificados por Colombia e incluidos en la legislación colombiana por medio del bloque de constitucionalidad, lo que implica para el Estado colombiano la obligación de asumir una posición de garante frente a los asociados y tomar parte activa en la prevención, tratamiento y reparación de situaciones que entrañen la comisión de estas conductas delictivas. En este orden de ideas, la responsabilidad patrimonial del Estado ante los daños sufridos por las víctimas, tiene lugar aunque aquel no sea el victimario directo, pues le es endilgable la responsabilidad por fallas en el servicio que dieron vía libre a la realización de las conductas criminales.

El actual panorama legislativo colombiano trazado para lograr la reparación integral de las víctimas del conflicto armado interno, contempla la posibilidad de tener acceso a la reparación patrimonial mediante las vías administrativa y judicial, las cuales pueden ser reclamadas y reconocidas a favor de una misma víctima, siempre y cuando las dos en conjunto conformen una reparación: justa, es decir que sea un reconocimiento al daño causado y no un enriquecimiento sin causa; que sea viable, esto es, que haya capacidad institucional para implementarla, y que sea sostenible, es decir, que no generen un déficit fiscal para el Estado.

Pese a las bondades con las que se previó la figura de la reparación administrativa, en el marco de la justicia transicional, esta institución representa una palmaria vulneración para las víctimas, especialmente en lo concerniente al contrato de transacción que deben suscribir cuando acceden a esta vía y que a la postre implica la renuncia a la acción judicial, y por contera, acrecienta la imposibilidad de identificar a los victimarios y determinar su responsabilidad personal, lo que además de incrementar la impunidad, genera lo que precisamente quiere evitar: el déficit fiscal, puesto que al no poder ejercer la acción de repetición, el Estado deberá asumir de manera individual toda la carga patrimonial.

Bibliografía

Alessandri, A, & Somarriva, M. (1942). *Curso De Derecho Civil. Tomo IV. Fuentes De Las Obligaciones*. Santiago de Chile. Editorial Nascimento.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008). Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones. OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1. Recuperado de: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Lineamientos%20principales%20para%20una%20pol%C3%ADtica%20integral%20de%20reparaciones.pdf>

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Febrero de 2008. C.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996).

Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2012. M.P. Humberto Sierra Porto.

- Corte Constitucional. Sentencia C- 099 DE 2013. M.P. María Victoria Calle.
- Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 20 de Mayo de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Fundación Pais Libre. (2010). *Brechas y propuestas de la politica contra el secuestro*. Bogotá.
- Gil Botero, E. (2000). *La jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia, en materia de reparación, en casos de violaciones a la libertad personal*. Bogotá.
- Hernández, J. (2010). Ley de Reparación, nuevo aire para las víctimas. En: *RazónPública.com*. Recuperado de: <http://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/1431-ley-de-reparacion-nuevo-aire-para-las-victimas.html>
- Herrera, W. (1996). La responsabilidad patrimonial del estado por secuestro con consecuencias mortales. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 76-80.
- Jaimes, I. (2012). Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado. Concepto 12-10.
- Lozano, C. (2012). Las víctimas: reparación administrativa y judicial deben ir juntas. En: *RazónPública.com*. 12 de febrero de 2012. En: *RazónPública.com*. Recuperado de: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/2714-las-victimas-reparacion-administrativa-y-judicial-deben-ir-juntas.html>
- Moreno, M y Tacha, V. (2011). La ley de Víctimas: Preguntas Pendientes. En: *RazónPública.com*. Recuperado de: [razonpublica.com](http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/2021-la-ley-de-victimas-preguntas-pendientes.html). Disponible en: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/2021-la-ley-de-victimas-preguntas-pendientes.html>
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2009). *Recomendaciones para una Política Pública con enfoque psicosocial en contra de la desaparición forzada*. Bogotá: Nuevas Ediciones S.A.
- Organización de Estados Americanos. (2006). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Lineamientos Principales para una política de reparaciones: Recuperado de: <http://www.paislibre.org/site/index.php/actualidad/novedades/1239-reparacion-del-estado-en-casos-de-secuestro?start=1>

Organización de las Naciones Unidas. (2009). Recomendaciones para una política pública con enfoque psicosocial en contra de la desaparición forzada. Bogotá.

Secretaría General de las Naciones Unidas (2004). El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Doc S/2004/616. Recuperado de:
<http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/doc004.pdf>