COMISIÓN DE SEGUIMIENTO A LA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO

COMENTARIOS A LA PONENCIA RADICADA DEL PROYECTO DE LEY 213 DE 2010 (SENADO) / 107 DE 2010 (CÁMARA) *"POR LA CUAL SE DICTAN MEDIDAS DE ATENCIÓN, ASISTENCIA Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"*[1]

Miembros de la Comisión de Seguimiento

Eduardo Cifuentes Muñoz
Monseñor Héctor Fabio Henao
Luis Jorge Garay Salamanca
Rodrigo Uprimny Yepes
Patricia Lara Salive
Jorge Rojas Rodríguez
Marco Romero Silva
Pedro Santana Rodríguez
Fanny Uribe Idárraga
Olga Amparo Sánchez
José Fernando Isaza
Luis Evelis Andrade
Rosalba Castillo
Orlando Fals Borda (q.e.d.p.)

Con el acompañamiento internacional:
Rigoberta Menchú
Roberto Meier

Bogotá, Marzo de 2011

[1] Versión de la ponencia radicada el 1º de marzo de 2011 ante la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República, firmada por los Senadores Juan Fernando Cristo, Jorge Eduardo Londoño, Hernán Francisco Andrade, Luis Carlos Avellaneda, Roy Leonardo Barrera y Hemel Hurtado Angulo.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado

Equipo Nacional de Verificación

COMENTARIOS A LA PONENCIA RADICADA DEL PROYECTO DE LEY 213 DE 2010 (SENADO) / 107 DE 2010 (CÁMARA) *"POR LA CUAL SE DICTAN MEDIDAS DE ATENCIÓN, ASISTENCIA Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"*[2]

Director
Luis Jorge Garay Salamanca

Coordinador Académico y Administrativo
Fernando Barberi Gómez

Investigación
Fernando Vargas Valencia

Bogotá, Marzo 7 de 2011

[2] El Equipo Nacional de Verificación agradece los comentarios realizados a este documento por parte de Nelson Camilo Sánchez, investigador de DeJusticia.

Índice de contenidos

Introducción. 4

I. PROBLEMAS QUE PERSISTEN EN EL TEXTO DEL PROYECTO, PREVIAMENTE ANALIZADOS Y PLANTEADOS POR LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO. 5

II. NUEVOS TEMAS DE PREOCUPACIÓN. 10

III. ASPECTOS POSITIVOS DE LA PONENCIA. 19

Introducción.

La Comisión de Seguimiento ha insistido en la identificación de algunos aspectos que resultan problemáticos para la garantía de los derechos de las víctimas en el marco del Proyecto de Ley 213 de 2010 (Senado) / 107 de 2010 (Cámara), acumulado con el proyecto de Ley No. 85 de 2010 (Cámara) con el ánimo de contribuir a mejorarlo, en el entendido de que se trata de una iniciativa normativa de vital importancia para el futuro de Colombia. En esta oportunidad comparte una serie de inquietudes que reiteran su posición frente a temas que han sido constantes a lo largo del debate del proyecto en la Cámara de Representantes y que aportan nuevos elementos de juicio para reflexionar sobre la idoneidad de la futura ley, reconociendo que como todo esfuerzo normativo en desarrollo, cuenta con aspectos positivos y negativos.

En este contexto, si bien la Comisión reconoce el trabajo que han realizado las distintas fuerzas políticas y demás actores involucrados en el diseño, discusión y concertación del texto normativo, considera preciso señalar aspectos que a la luz del bloque de constitucionalidad, de las normas de la Constitución Política y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son susceptibles de ser modificados para garantizar la idoneidad jurídica y material de tan importante y necesaria ley.

De esta manera, el presente documento presenta, en primer lugar, los problemas que persisten en el texto del proyecto y que han sido previamente insistidos por la Comisión de Seguimiento, ofrece nuevos temas de preocupación conforme al análisis de la ponencia radicada ante la Comisión Primera del Senado de la República para el primero de los dos debates restantes en el Congreso, y finalmente, destaca algunos de los aspectos positivos introducidos en la ponencia en referencia.

I. PROBLEMAS QUE PERSISTEN EN EL TEXTO DEL PROYECTO, PREVIAMENTE ANALIZADOS Y PLANTEADOS POR LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO.

La Comisión de Seguimiento considera oportuno insistir en que en el Proyecto de Ley de Víctimas persisten falencias y vacíos de especial envergadura que sólo es posible superar mediante la incorporación de las siguientes modificaciones:

1. ***Adecuar la ley a la estricta diferenciación conceptual entre medidas de atención, de ayuda humanitaria y prestación de servicios sociales, y medidas de reparación:*** La Comisión de Seguimiento y su Equipo de Verificación han insistido en este tema porque lo considera de especial trascendencia para garantizar el goce efectivo del derecho a la reparación integral. Las bases jurisprudenciales de la estricta diferenciación conceptual entre atención, ayuda humanitaria, servicios sociales y medidas de reparación están claramente señaladas en decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[3], la Corte Constitucional[4] y el Consejo de Estado[5].

   La adecuación del Proyecto de ley a la jurisprudencia señalada, impacta el artículo que define las medidas de reparación (art. 25) y artículos referidos a la restitución en materia de vivienda (art. 124), indemnización para población desplazada (parágrafo 2º del art. 133), y definición de la política de atención para la población desplazada (parágrafo 1º del art. 60). Igualmente, obliga a trasladar el artículo referente a medidas de asistencia en materia de crédito (art. 129) del capítulo de título referente a medidas de reparación, al título referente a medidas de asistencia[6], así como trasladar a este mismo título, el artículo 131 (capacitación y planes de empleo).

2. ***Desarrollar el principio de integralidad de las medidas de reparación, conforme a los estándares internacionales:*** La Comisión de Seguimiento ha insistido en que frente a los perjuicios materiales generados por violaciones graves a los derechos humanos, como es el caso del desplazamiento forzado, el objeto mínimo de la reparación, conforme a los principios internacionales y con criterio de integralidad, es el restablecimiento de la situación patrimonial y del proyecto de vida de las víctimas, de tal forma que no puede

[3] Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras ("campo algodonero") vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

[4] Ver: Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-1199 de 2008,* Magistrado Ponente, Dr. Nilson Pinilla Pinilla, Bogotá, 4 de diciembre de 2008; Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, *Sentencia T-085 de 2009,* Magistrado Ponente, Dr. Jaime Araújo Rentería, Bogotá, 16 de febrero de 2009;Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. *Sentencia T-458 de 2010,* Magistrado Ponente, Dr. Luis Ernesto Vargas, Bogotá 15 de junio de 2010; Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-914 de 2010,* Magistrado Ponente, Dr. Juan Carlos Henao, Bogotá, 16 de Noviembre de 2010.

[5] Ver, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, *Fallo del 29 de abril de 2010*, Radicación número: 08001-23-31-000-2009-00878-01(AC), Consejera Ponente, Dra. Susana Buitrago Valencia, Bogotá; Consejo de Estado, *Sentencia de 8 de abril de 2010*, Rad. 08001-23-31-00-2009-00895-01(AC), Magistrada Ponente, Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, Bogotá.

[6] El principio fundamental que debe regir estas modificaciones es que la ayuda y asistencia humanitaria, así como la prestación de los servicios sociales del Estado, no constituyen medidas de reparación. A su vez, que el acceso prioritario de las víctimas a los servicios sociales del Estado, conforme a la Ley 418 de 1997, hace parte de la asistencia humanitaria. En consecuencia, el Proyecto de ley debe garantizar que no se descuente ninguna de estas medidas de la reparación integral, administrativa o judicial, a que tienen derecho las víctimas. El principio permitiría que sólo de manera excepcional, cuando se establezcan específicamente prestaciones sociales para las víctimas que sean notoriamente superiores a las previstas en la política social general y su otorgamiento se encuentre acompañado de formas de reparación simbólica, éstas podrían considerarse como prestaciones complementarias a las medidas generales de reparación.

agotarse exclusivamente en la reposición de bienes raíces rurales, ya que éstos son solamente parte de una universalidad más amplia de derechos[7].

Es preciso insistir en que los principios internacionales en materia de derechos humanos y de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, al ser decisiones de las organizaciones internacionales, en el marco de su función legítima de precisar las normas incluidas en los tratados internacionales que a su vez contemplan garantías que se encuentran en la Constitución, hacen parte del bloque de constitucionalidad por conducto del inciso 2º del Artículo 93, y en este sentido sirven funcionalmente como parámetros para el control de constitucionalidad de las normas vinculadas con el tema y, a su vez, limitan la libertad de configuración normativa del legislador ordinario[8]. Con base en dichos principios, surge la necesidad de insistir en la adecuación del Proyecto de ley en los siguientes aspectos:

1) ***Hacer explícito el fundamento de las medidas de reparación:*** En el proyecto de ley no es claro el fundamento jurídico de las medidas de reparación. Como lo ha sostenido en documentos anteriores, la Comisión de Seguimiento considera que el fundamento jurídico de las medidas de reparación es el deber de garantía que en cabeza del Estado surge a partir de los tratados internacionales en los que Colombia ha ratificado su condición de garante de los derechos humanos dentro de su territorio. Como se le ha expresado a algunos miembros de la Comisión Primera del Senado, sería conveniente hacer explícito este fundamento porque expresaría un mensaje simbólico positivo para las víctimas.

2) ***Respetar la prohibición constitucional de descontar de la indemnización, aquellos montos recibidos por las víctimas por concepto de ayuda humanitaria:*** Para lo cual es preciso suprimir el parágrafo 3º del artículo que reglamenta la indemnización por vía administrativa (art. 133 de la ponencia radicada para primer debate en el Senado).

3) ***Respetar el concepto de justa indemnización, el principio de igualdad de trato y garantizar que los montos indemnizatorios en sede judicial sean mayores a los topes administrativos*** (art. 10)*:* Mediante la formulación de criterios de equidad y distribución que delimiten las decisiones de los jueces en materia de responsabilidad subsidiaria del Estado y que no los obliguen a remitirse como *tope máximo* a los montos establecidos por el Ejecutivo en un decreto administrativo de indemnizaciones, toda vez que ello desincentivaría los procesos judiciales y establecería un trato igual a víctimas que estarían en situaciones fácticas diferentes (aquellas que deciden ir a la vía judicial de reparación frente a las que deciden ir a la vía administrativa).

4) ***Incluir dentro del objeto de la restitución, las viviendas y el patrimonio:*** Conforme a los principios internacionales sobre restitución para población desplazada, en especial los conocidos principios Pinheiro, el objeto de la restitución no puede reducirse a los bienes raíces rurales, sino que también debe incluir, cuando sea procedente, la

---

[7] Ver: *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* y *Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas.*

[8] En especial, y a manera de ejemplo, la Corte Constitucional ha indicado expresamente que los siguientes principios hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentencias referidas a la aplicación de la Ley 387 de 1997 y la Ley 975 de 2005: ONU, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos. *Principios rectores de los desplazamientos internos*, 54º período de sesiones Tema 9 d) del programa provisional, Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2; ONU, Comisión de Derechos Humanos. *Conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, 61º período de sesiones, Tema 17 del programa provisional, 2005, Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1; ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas*, 57º período de sesiones, 2005, Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/17.

restitución de la vivienda y en todos los casos, la restitución del patrimonio afectado por el despojo o abandono de bienes. Una restitución de tierras que ignore, por ejemplo, la necesidad de restituir la vivienda, sería insuficiente. Recuérdese que el 64,6% de la población desplazada, conforme a la III Encuesta Nacional de Verificación de la Comisión de Seguimiento, perdió *finca con casa* y el 25% perdió *lote o parcela con casa*.

5) ***Ofrecer claridad respecto a la indemnización por vía administrativa:*** La ponencia para primer debate en el Senado de la República no ofrece criterios o lineamientos que debe tener en cuenta el Gobierno nacional para determinar los montos de la indemnización administrativa, ya que los lineamientos aprobados por la Cámara de Representantes se concentran en criterios para establecer el procedimiento de acceso al futuro programa de indemnización, los cuales presentan aún algunas figuras susceptibles de ser mejoradas. Es preciso insistir en criterios tales como: 1) Respeto por los componentes de la indemnización conforme al bloque de constitucionalidad; 2) Aplicación rigurosa del principio de reparación integral *distributiva en equidad*[9], 3) Utilización de estadísticas disponibles debidamente representativas, como las derivadas de la III Encuesta de Verificación de la Comisión de Seguimiento, para llegar a una tarificación coherente, proporcional y razonable, tanto para las víctimas como en términos de los límites impuestos sobre el presupuesto nacional por concepto de búsqueda de estabilidad fiscal de mediano plazo.

   Lo anterior exige adicionalmente reformular la situación de la población desplazada en materia de indemnización administrativa, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y al criterio *de reparación integral distributiva en equidad.* Ello en razón a que el articulado consignado en la ponencia, establece que las víctimas del desplazamiento serán "indemnizadas" mediante el otorgamiento, por núcleo familiar, de subsidios de tierras, vivienda y otros, con lo cual se les está dando un trato injustificadamente diferente respecto de las demás víctimas y se les está ofreciendo como reparación, en materia de compensación en dinero, beneficios relacionados con el acceso a servicios sociales (parágrafo 2º del art. 134 de la ponencia radicada para primer debate en el Senado).

3. ***Adecuar la definición de víctimas a los estándares internacionales sobre no discriminación en la aplicación de las normas de derechos humanos:*** Inclusión de los familiares de las víctimas indirectas, sin limitar su relación únicamente al primer grado de consanguinidad o de afinidad, y sin reducir su condición de víctima a los casos de muerte y

[9] La Comisión de Seguimiento ha planteado que el diseño de un *programa de indemnización integral distributiva en equidad* reconocería la dificultad práctica de reparar íntegramente *a todas y cada una de las víctimas*, y pretendería resarcir en mayor proporción relativa aquellas víctimas más vulnerables que perdieron relativamente menos activos (lo que, a su vez, también denotaría su condición de mayor vulnerabilidad relativa antes del desplazamiento) frente a aquellas menos vulnerables que perdieron más, bajo principios de progresividad y equidad distributivas. También ha señalado en múltiples documentos que los conceptos clave en esta materia son los de equidad y distribución. Básicamente lo que se busca es que frente a las limitaciones presupuestales del Estado, la reparación integral atienda a la "*condición de fortuna de las partes*", es decir, tanto a la capacidad económica del Estado cuando es quien repara como principalmente a las *condiciones de vulnerabilidad de las víctimas*. En este sentido, la reparación sería distributiva en tanto recurre a la medición de las condiciones de vulnerabilidad de las víctimas para establecer criterios de priorización para otorgarles, por ejemplo, las proporciones relativas más altas por concepto de indemnización a las víctimas que se encuentren en notorias condiciones de vulnerabilidad, mientras que para aquellas víctimas que no tengan tan acentuadas estas condiciones, se les entregarían proporciones más bajas. Otro ejemplo es que cuando se demuestra que para algunas víctimas las pérdidas producidas por las violaciones a sus derechos humanos han significado un impacto determinante en sus condiciones de subsistencia, a éstas se les resarciría en mayor proporción que a aquellas cuyas pérdidas no representaron de manera tan grave una ruptura con sus condiciones de subsistencia. Cfr. Comisión de Seguimiento, Equipo Nacional de Verificación, *Concepto sobre dos temas relacionados con la reparación integral en el marco del proyecto de ley de víctimas*, Bogotá, noviembre de 2010.

desaparición forzada; combatientes que adquieren estatus de persona protegida por el DIH; y víctimas de hechos acaecidos en la década de 1980, fecha que debe compaginarse con la fecha de acaecimiento de los despojos y abandonos forzados objeto de restitución, así como con la fecha de ocurrencia de los hechos a partir de la cual se recibirían declaratorias de desplazamiento forzado.

De lo contrario, se afectaría fehacientemente el principio de igualdad de trato contemplado en la Constitución Nacional y el principio de no discriminación contemplado en el derecho internacional de los derechos humanos, ya que se están excluyendo del universo de víctimas, personas que tienen derecho a pertenecer al mismo. La discriminación surge de supuestos que no son jurídicamente razonables: a) el de que las únicas víctimas indirectas son los familiares de las víctimas de homicidio o desaparición forzado; b) el de que la pertenencia a un grupo armado ilegal le quita la condición de titular de derechos humanos a las personas; y c) el de que sólo es posible restituir tierras a víctimas de despojos o abandonos forzados acaecidos una década después de los hechos objetivos de victimización.

Lo anterior, a su vez, debe verse complementado con la supresión del parágrafo que afirma que no serán consideradas víctimas aquellas personas que han visto afectados sus derechos por actos de *delincuencia común*, toda vez que la ambigüedad de la expresión daría lugar a interpretaciones restrictivas, principalmente en lo atinente a las víctimas de las llamadas oficialmente "Bandas Criminales" las cuales, conforme al proyecto de ley de seguridad ciudadana, serían entendidas como "grupos de delincuencia organizada"[10].

4. ***Reforzar las medidas para atender al alivio de pasivos que afectan el patrimonio de las víctimas:*** Si bien la ponencia contempla medidas relacionadas con el alivio de pasivos tanto para las víctimas en general como para las víctimas del despojo o abandono forzado de tierras, es preciso que se establezcan nuevas medidas en el proyecto de ley que complementen las existentes y en las que se señale que la contribución con el alivio de pasivos de las víctimas, como medida de reintegración patrimonial, consiste en la creación de un programa institucional que ofrezca subsidios a las víctimas dirigidos a la cancelación de los pasivos (créditos contraídos con anterioridad al desplazamiento, impuestos nacionales o locales y servicios públicos) que afectan los bienes objeto de restitución existentes con anterioridad a los hechos victimizantes, que no pudieron cancelarse oportunamente.

5. ***Establecer un mecanismo imparcial, independiente y participativo de esclarecimiento histórico con el fin de ofrecer a las víctimas una instancia extrajudicial para contribuir a la realización del derecho a la verdad:*** Propuesta que contribuye a hacer visible la inconstitucionalidad de la ley 1424 de 2010, toda vez que establece un mecanismo sin participación ni consulta de las víctimas y como herramienta para legalizar la situación de los desmovilizados. Una alternativa a estudiarse es la propuesta consignada en la proposición realizada por el representante Iván Cepeda para el segundo debate del proyecto de ley en la Cámara de Representantes. Lo señalado en el parágrafo 3º del artículo 153 de la ponencia radicada para primer debate en Senado, según el cual "*el Gobierno Nacional establecerá los mecanismos para la reconstrucción de la verdad y la memoria histórica*", no satisface las exigencias internacionales en la materia establecidos en los Principios Joinet sobre publicidad, participación de las víctimas y garantías de imparcialidad, de tal manera que la ley de víctimas, cuanto menos podría establecer los criterios conforme a los cuales debe existir en Colombia una política integral de esclarecimiento de la verdad sobre el

[10] En todo caso, si no existe voluntad para suprimir el parágrafo, sí es oportuno señalar con precisión qué se entiende por *delincuencia común* mediante la referencia directa a los artículos 35 de la Ley 600 de 2000 y 37 de la Ley 906 de 2004, los cuales señalan aquellos delitos que son objeto de querella.

pasado atroz con una serie de principios que debe respetar el mecanismo contemplado en la ley 1424 de 2010.

6. ***Incluir figuras adicionales en materia de restitución de tierras que permitan mejorar el procedimiento en aras a hacer efectivo el derecho de las víctimas* (entre otros)*:***

   1) ***Establecimiento de un proceso administrativo de restitución directa de tierras*** por parte de la Unidad Administrativa de Gestión de Tierras, cuando se encuentre comprobada la inexistencia de oposición a las pretensiones de las víctimas, para configurar de esta manera un mecanismo mixto de restitución (administrativo y judicial). Lo anterior tiene especial relevancia en materia de abandono forzado. Conforme a los resultados de la III Encuesta Nacional de Verificación, en un alto porcentaje de los casos, los bienes estarían abandonados, casos en los cuales podría restituir directamente la Unidad Administrativa de Gestión sin que sea necesario recurrir al proceso judicial ante las Salas de Restitución.

   2) ***Corresponsabilidad territorial en materia de reubicación*** *(art. nuevo):* Se propone reformar el artículo 7º de la Ley 1190 de 2008 en la medida en que sólo autoriza la intervención de las autoridades territoriales para casos de retorno, ya que es necesario autorizar a las entidades territoriales a llegar a acuerdos para poder invertir en el acompañamiento conjunto de procesos de reubicación de la población no beneficiada por la restitución.

   3) ***Identificación y destinación de bienes rurales para atender la compensación en especie.*** La ley podría determinar e identificar un listado básico de bienes que podrían contribuir a la compensación en especie y no dejar esta tarea a la amplia reglamentación del Gobierno nacional, teniendo como base la persecución efectiva y decidida del patrimonio de los victimarios, así como de los terceros que se han visto beneficiados por las violaciones a los derechos humanos de los grupos de poder ilegales o ilegítimos. Lo anterior incluye la persecución del patrimonio de los políticos que han sido condenados por concierto para delinquir agravado, así como de las personas naturales y jurídicas que han financiado a estas estructuras de la muerte. Adicionalmente, la futura ley debe tener en cuenta aquellos bienes que provengan de la reestructuración de la Dirección Nacional de Estupefacientes y de aquellos que obtenga el Estado en virtud de acciones de expropiación y de extinción de dominio.

7. ***Prescindir del capítulo sobre población en situación de desplazamiento forzado, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional*** **(**Capítulo III del Título III)***:*** Si bien se reconoce que el traslado de todo el capítulo al título correspondiente al de atención y asistencia es un cambio positivo y a su vez el capítulo ha sido objeto de algunas modificaciones, en criterio de la Comisión se persiste en mantener figuras que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial aquella producida en torno a la Sentencia T-025 de 2004, pueden contradecir estándares constitucionales que amparan a la población víctima del desplazamiento forzado.

   Es preciso tener en cuenta que la Corte Constitucional señala en el Auto No. 385 de 2010 que en el capítulo en referencia "*se plantean modificaciones legales que son en realidad una respuesta a problemas operativos de Acción Social en términos de registro, temporalidad de la ayuda, efecto reparador de programas de asistencia social brindados a la población desplazada, y de cesación de la condición de desplazado, sobre los cuales*

existe abundante jurisprudencia y ***que podrían entrar en contradicción con las exigencias constitucionales en la materia"***[11].

En este contexto, si bien es positivo haber incluido una definición de desplazamiento forzado en este capítulo, la definición contemplada en la ponencia recoge solo parcialmente la contenida en el artículo 1º de la ley 387 de 1997 ya que se concentra en el conflicto armado, la violencia generalizada, las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH como hechos que dan lugar al desplazamiento, razón por la cual es preciso también incluir como causas de este delito: disturbios y tensiones interiores, u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público, o que signifiquen un traslado coaccionado por situaciones reconocidas en la normatividad internacional, en especial en los Principios Deng y Pinheiro.

II. NUEVOS TEMAS DE PREOCUPACIÓN.

De manera adicional a los temas anteriormente enumerados, cuya justificación y análisis ha sido objeto de varios documentos realizados por el Equipo Nacional de Verificación de la Comisión de Seguimiento, previamente socializados con la Honorable Corte Constitucional y múltiples actores en el debate del proyecto de ley en referencia[12], resulta oportuno enumerar las siguientes sugerencias de modificación que son producto del análisis de ciertos aspectos incluidos en la ponencia radicada para primer debate en la Comisión Primera del Senado que suscitan especial preocupación:

1. ***Adecuar el capítulo correspondiente al marco de justicia transicional para la restitución de bienes:*** El capítulo de restitución de tierras es susceptible de ser mejorado, conforme a los principios Deng y Pinheiro, haciendo las siguientes modificaciones, adicionales a las planteadas en la sección I.8 del presente documento:

[11] Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento, *Auto 385 de 2010*, Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá, 10 de diciembre de 2010. Un ejemplo fehaciente de la preocupación de la Corte es el cambio que la ponencia le dio al artículo referente a la cesación de la condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, toda vez que se suprimió la referencia al criterio del goce efectivo de derechos (GED), lo cual hace aún más restrictiva la figura contemplada en el proyecto de ley y se acentúa su contradicción con la jurisprudencia y seguimiento de la Corte Constitucional.

[12] Cfr. Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (Comisión de Seguimiento), *Análisis propositivo del proyecto de ley 107 de 2010 (cámara) por el cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas, radicado por el Gobierno nacional en la Cámara de Representantes*, Bogotá, octubre de 2010; Comisión de Seguimiento, Equipo Nacional de Verificación, *Concepto sobre dos temas relacionados con la reparación integral en el marco del proyecto de ley de víctimas*, Bogotá, noviembre de 2010; Comisión de Seguimiento, Equipo Nacional de Verificación, *Aportes para el primer debate al Proyecto de Ley no. 107 de 2010 Cámara*, Bogotá, noviembre de 2010; Comisión de Seguimiento, Equipo Nacional de Verificación, *Aportes para formular proposiciones al Proyecto de Ley no. 107/10 Cámara "por el cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas" acumulado con el Proyecto de Ley no. 83/10 Cámara "por el cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras"*, Bogotá, noviembre de 2010; Comisión de Seguimiento, Equipo Nacional de Verificación, *Comentarios al Proyecto de Ley de Víctimas aprobado en primer debate*, Bogotá, 30 de noviembre de 2010, Comisión de Seguimiento, Equipo Nacional de Verificación, *Algunos datos para contribuir al debate sobre la época de ocurrencia de los hechos que dan lugar a las violaciones de derechos humanos cobijadas por el Proyecto de ley 107 de 2010 (cámara), acumulado con el Proyecto de ley 85 de 2010 (Cámara)*, Bogotá, diciembre de 2010; Comisión de Seguimiento, Equipo Nacional de Verificación, *Comisión de la verdad en Colombia: fundamentos y particularidades*, Bogotá, diciembre de 2010; Comisión de Seguimiento, Equipo Nacional de Verificación, *Aportes para formular proposiciones en primer debate en el Senado de la República al Proyecto de Ley 107 de 2010 aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes*, Bogotá, enero 7 de 2011; Comisión de Seguimiento, Equipo Nacional de Verificación, *Algunas reflexiones jurídicas sobre el Proyecto de ley de Víctimas aprobado por la Cámara de Representantes*, Bogotá, febrero 8 de 2011; Comisión de Seguimiento, *Documento de propuesta en torno a la institucionalidad necesaria para la atención y reparación integral a víctimas*, Bogotá, febrero de 2011. Parte de estos documentos y sus antecedentes se encuentran en: Garay, Luis Jorge (Dir). *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: instituir una política integral de verdad, justicia y reparación*, Vol. 8, Publicación realizada con el apoyo de la Embajada del Reino de los Países Bajos en Colombia, Bogotá, Febrero de 2011.

1) ***Contemplar un mecanismo excepcional de revisión de sentencias para garantizar la eficacia del proceso:*** Se reconoce que en la ponencia se ha hecho un esfuerzo por diseñar una medida que, sin acercarse a una segunda instancia, garantice la revisión de las sentencias con efecto devolutivo. Sin embargo, el artículo 93 de la ponencia ha establecido un recurso o mecanismo de impugnación que podrá ser interpuesto en el amplio término de seis meses ante una sala de restitución en la Corte Suprema de Justicia y reproduce las causales que la legislación ordinaria ha contemplado para la llamada acción de revisión de sentencias ejecutoriadas (art. 380 del Código de Procedimiento Civil).

La Comisión de Seguimiento insiste en que se contemple un mecanismo más ágil y expedito que atienda al carácter transicional del proceso de restitución, para reconocer la necesidad de que los procesos de restitución sean de única instancia, asegurar la suficiente celeridad y la posibilidad de apelación, corregir errores judiciales y unificar el entendimiento de la ley. Para el efecto se podrían tener en cuenta dos opciones alternativas.

La primera tiene que ver con un "*mecanismo de revisión eventual*" que no se produciría a petición de parte sino mediante un mecanismo interno de selección de fallos dentro de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia con el objetivo de aclarar el alcance de los derechos en juego en el proceso de restitución o de evitar un perjuicio grave a las víctimas suscitado con ocasión de la ejecución de una sentencia de restitución. Este mecanismo operaría a la manera como, conforme al Decreto 2591 de 1991, funciona actualmente la revisión de los fallos de tutela a cargo de la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia estaría en el deber de chequear la totalidad de las sentencias de restitución, bien sea para seleccionar las sentencias que ameritan una revisión o para decretar su no selección, pero en cualquiera de estos dos eventos debe estudiar el fallo de instancia y adoptar una decisión al respecto. Por su parte, la decisión de la Corte consistente en no seleccionar para revisión una sentencia de restitución tendría como efecto principal la ejecutoria formal y material de esta sentencia, con lo que opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Cuando la Corte decida revisar una sentencia, la revisión se haría en el efecto devolutivo cuando opere sobre una decisión que no afecte los derechos de las víctimas o el suspensivo cuando si los afecte. De esta forma, se resguarda el principio de la seguridad jurídica y se manifiesta el carácter de la Corte como órgano de cierre.

La segunda alternativa tiene que ver con un "*recurso selectivo de apelación*", esto es, un recurso de apelación ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con la particularidad de que ésta podría seleccionar con cierta discrecionalidad las sentencias que sometería a su estudio. Este recurso se fundaría en lo contemplado en la Ley 1285 de 2009, la cual estableció la posibilidad de recursos con cierta selección discrecional, tanto por la Corte Suprema de Justicia en materia de casación (art. 7 de la ley 1285 de 2009), como por el Consejo de Estado en materia de apelación (art. 11, *Iusdem*).

Conforme a esta alternativa, el proyecto de ley podría determinar que contra las decisiones de las Salas de Restitución de los Tribunales podrían interponer el recurso tanto el afectado, como la Unidad de Gestión de Tierras Despojadas o el Ministerio Público, dentro de los ochos (8) días siguientes a la notificación del fallo. A su vez, es preciso contemplar que la Sala Civil de la Corte Suprema podría seleccionar para su eventual estudio, en forma discrecional y con breve motivación, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso,

proferidas por los Salas de Restitución y que hayan sido apeladas, con el fin de unificar la jurisprudencia, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos y corregir errores judiciales. La Corte Suprema tendría dos meses para definir si selecciona o no el caso, tres meses para decidir de fondo el caso seleccionado y podría acumular el estudio de varias sentencias, si encuentra entre ellas la conexidad temática, geográfica o de cualquier índole que así lo justifique.

2) ***Garantizar que los magistrados que integren las salas de restitución sean funcionarios judiciales de carrera:*** Para la Comisión de Seguimiento, los magistrados que integren las Salas de Restitución deben ser funcionarios de carrera, en razón a que la delicada tarea de llevar a buen término los procesos complejos de reversión del despojo, requiere de experiencia, carácter e incentivos, lo cual se garantiza con el nombramiento de funcionarios que han ingresado previamente a la carrera judicial y en ese marco, han desempeñado servicios de manera permanente y prolongada. Por consiguiente, si es necesario ampliar el número de integrantes de estas salas, debido al aumento de procesos que podría implicar las solicitudes de restitución, es preciso que el articulado de la ley establezca que se deberán seleccionar jueces que ya estén en la carrera y tengan amplia experiencia, y que se nombren funcionarios provisionales para reemplazar a estos jueces en sus cargos anteriores. Por consiguiente, es preciso incluir en el artículo 120 un parágrafo según el cual *"sólo podrán ser nombrados como magistrados de las Salas de Restitución para atender estos procesos, funcionarios que hagan parte de la carrera judicial"*.

3) ***Hacer más explícita la inclusión del abandono forzado como objeto de restitución:*** Si bien en los artículos en los que se plantean las definiciones y principios generales de la restitución existe una inclusión acertada y concreta de los predios abandonados por la fuerza dentro del proceso de restitución, es pertinente que en los artículos en los que se hace referencia al concepto de "[sujetos] *despojados*" "se hable mejor de "*víctimas del despojo o del abandono forzado de bienes inmuebles*", ya que si bien se ha definido previamente qué es la restitución y qué se entiende por despojo y por abandono forzado, no se ha hecho lo mismo respecto a qué debe interpretarse cuando se acuña la expresión "[persona o sujeto] *despojado*". Lo anterior ocurre en artículos tales como: 72 (acciones de restitución de tierras), 74 (acciones de restitución ***de los despojados*****),** 78 (presunciones de despojo)**,** entre otros.

4) ***Prescindir del concepto de "formalización" en caso de abandono forzado:*** La ponencia trae como novedad la alusión al concepto de *"formalización de predios"*, como medida aplicable a los inmuebles *abandonados por la fuerza*, para diferenciarlo del concepto de *restitución*, el cual se aplicaría de manera exclusiva a los predios *despojados.*

En criterio de la Comisión esta diferenciación conceptual no es adecuada, toda vez que la restitución es una sola medida aplicable tanto a los bienes despojados como a los bienes forzados a dejar en abandono, conforme a los principios Pinheiro. Adicionalmente, el concepto de formalización visto aisladamente pierde validez y eficacia jurídica en tanto la ponencia ha incluido, acertadamente, que la restitución en todos los casos será *tanto material como jurídica.* Lo anterior quiere decir que tanto los predios despojados como abandonados por la fuerza son susceptibles tanto de la formalización de la propiedad en cabeza de las víctimas, como de la entrega material del uso y disfrute de los mismos con garantías de seguridad, voluntariedad, dignidad y sostenibilidad.

En efecto, la restitución de los bienes forzados a abandonar no se agota con la sola formalización de los mismos, lo cual atendería parcialmente al concepto de restitución

jurídica, sino que también es susceptible del restablecimiento del uso y goce pacífico de los bienes, lo cual es un componente vital de la restitución material. Es deber del Estado garantizar ambas dimensiones de la restitución tanto para bienes despojados como para bienes forzados a dejar en abandono, atendiendo a una voluntad libre, consciente e informada de las víctimas sobre el retorno.

En todo caso, es preciso advertir que con lo anteriormente esbozado no se busca que se prescinda de una política general de formalización que se considera de la mayor importancia, sino que se aclare que la misma se aplicará tanto para el despojo como para el abandono forzado y no exclusivamente para uno u otro caso. La Comisión de Seguimiento ha insistido en que la formalización de relaciones precarias con la tierra contribuye a garantizar la no repetición de las violaciones en el marco de la restitución jurídica; en este sentido, esta medida o política, debe plantearse de manera complementaria en relación con las medidas inherentes a la restitución material.

5) ***Hacer claridad sobre la inclusión dentro del proceso transicional de restitución a las víctimas tenedoras***[13]***:*** La ponencia no es del todo clara respecto a la inclusión o no de las víctimas tenedoras dentro del marco de justicia transicional civil inherente al proceso de restitución. Lo anterior porque se han suprimido algunos incisos que hacían referencia expresa a dicha inclusión, pero se mantuvieron otros en los que se hace referencia a este tipo de relación jurídica con la tierra. Si la intención de la ponencia fuere la de excluir a las víctimas tenedoras del proceso de restitución, es preciso señalar que dicha determinación generaría un trato discriminatorio e injustificado para un sector concreto de víctimas, ya que éstas estarían obligadas a buscar la reivindicación de sus derechos afectados por el expolio violento, el despojo y el abandono forzado, por las vías ordinarias caracterizadas por obstáculos de carácter sustancial y procesal.

Es preciso recordar que la Comisión de Seguimiento ha insistido en que, conforme a la Sentencia T-821 de 2007, la restitución de los bienes, viviendas y patrimonio de las víctimas del desplazamiento forzado, al ser un componente del derecho a la reparación integral, es un derecho fundamental de las víctimas, y en este sentido es universal e irrenunciable. Lo anterior significa, entre otros aspectos, que la relación jurídica que ostentaban las personas desplazadas respecto de los bienes que constituían su patrimonio, no es una razón legítima para excluir grupos de víctimas del acceso a la restitución como mecanismo principal y preferente del derecho a la reparación integral.

Según la Sentencia T-821 de 2007, el carácter fundamental del derecho a la restitución surge, entre otros, de los *Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas* (Principios Pinheiro), los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato. Dichos Principios, como ya lo ha insistido la Comisión de Seguimiento, no hacen distinción respecto a si las víctimas del despojo eran propietarias, poseedoras o tenedoras de sus viviendas tierras, bienes o lugares de residencia (Principio 1.1). Aún más, dichos principios señalan explícitamente que el Estado debe incluir a los tenedores como sujetos de la restitución de bienes, viviendas y patrimonio (Principio 13.6).

En conclusión, es necesario advertir que la exclusión de los tenedores (aparceros, arrendatarios y otros trabajadores del campo), representaría un incumplimiento de los principios internacionales mencionados y desconocería la relación establecida por la Corte Constitucional entre la privación del uso de la tierra y la vulneración del derecho

[13] El siguiente apartado recoge y complementa lo que en su momento expresó la Comisión de Seguimiento frente a la política de tierras presentada por el Gobierno nacional a la Corte Constitucional en octubre de 2009, donde también se excluían a los tenedores de los mecanismos de restitución. Cfr. Garay, Luis Jorge (dir.). *El reto… cit.* p. 27 y ss.

fundamental a la subsistencia mínima y al trabajo, en el caso de aquellas personas que dependían de la explotación del bien del que eran tenedores.

6) ***No supeditar la aplicación de las presunciones y de la inversión de la carga de la prueba al Registro de Tierras Despojadas:*** Es acertado incluir nuevas presunciones, de hecho y de derecho, para hacer efectiva la inversión de la carga de la prueba, conforme al nuevo artículo 78 de la ponencia. Sin embargo, este artículo establece que dichas presunciones solamente serán aplicadas respecto de predios incluidos en el Registro de Tierras Despojadas que se crea en el proyecto de ley. Es razonable que se busque delimitar la delicada tarea de aplicar tan importantes herramientas probatorias a ciertos predios para garantizar de alguna manera un filtro que se logra mediante el registro. Sin embargo, lo anterior genera un inconveniente y es el hecho de que al circunscribir la aplicación de las presunciones solamente a los predios registrados, la valoración probatoria que debe realizar la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Tierras Despojadas (UAEGTD) para incluir o no un predio en el Registro, no se vería regida por el principio de inversión de la carga de la prueba.

   En opinión de la Comisión de Seguimiento, este principio debe ser aplicado para todo el proceso y en este sentido, tanto por la UAEGTD al momento de valorar una solicitud de inclusión en el registro, como por el juez al momento de valorar las oposiciones. De conformidad con lo anterior, se sugiere que se replantee la situación de las presunciones respecto de la valoración de la UAEGTD frente al registro, ya sea dejando las presunciones *de derecho* (las cuales no admitirían prueba en contrario) para todos los predios o incluyendo un parágrafo o artículo nuevo en el que se señale que la UAEGTD está en el deber de tener en cuenta todas las presunciones (de derecho y legales) cuando sea pertinente para dar aplicación al principio de inversión de la carga de la prueba.

7) ***Evitar la confusión entre restitución y compensación****:* En la ponencia persisten confusiones conceptuales respecto al derecho a la restitución como medida preferente, frente al de compensación como medida subsidiaria, la que a su vez tiene dos formas de expresarse: en especie y en dinero. Es acertado que se persista en la existencia de la compensación en especie y que adicionalmente se afirme que la compensación monetaria se hará en dinero en efectivo y no a través de TES. Sin embargo, la ponencia trae la expresión "*restitución por equivalente"* para circunscribir el concepto de compensación solamente al pago de sumas de dinero, como se desprende del inciso 2º del artículo 99[14]. Esta confusión tiene que ver además con la particularidad de haber supeditado la entrega de bienes equivalentes a los despojados o forzados dejar en abandono, a un plan de reubicación que reglamentaría el Ministerio de Agricultura.

   Lo anterior debe ser objeto de corrección a la luz de los principios Pinheiro en el sentido de que no es jurídicamente adecuado hablar de "restitución por equivalente", ya que la restitución debe darse siempre con el bien originario, de tal forma que es preciso que se señale que la compensación es la medida subsidiaria y que tiene dos formas: en especie y en dinero, la última de las cuales será residual. Conforme a lo anterior, la futura ley está llamada a contemplar que las víctimas propietarias, poseedoras, ocupantes, o tenedoras, tendrán derecho a acceder a la compensación (en especie o en dinero) cuando la restitución del bien original sea imposible.

[14] Este inciso reza: "***En los casos en que no sea procedente adelantar el proceso, y cuando de conformidad con el artículo 96 proceda la compensación en especie u otras compensaciones*** ordenadas en la sentencia, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas tendrá competencia para ***acordar y pagar la compensación económica correspondiente***, con cargo a los recursos del fondo" (negrillas fuera de texto).

2. ***Mejorar la institucionalidad para garantizar una coordinación coherente y de alto nivel:*** La ponencia para primer debate en el Senado de la República plantea un cambio en la institucionalidad contenida en el texto aprobado por la Cámara de Representantes, cual es la de crear una agencia presidencial para la atención y reparación de las víctimas. En lo atinente al Sistema de Atención, al Comité Consultivo y demás componentes de la institucionalidad, no plantea cambios sustantivos.

   Si se observa con detenimiento, la Agencia Presidencial para la Atención y Reparación de las Víctimas puede devenir solamente en un cambio de denominación de la actual Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social) frente a la atención efectiva de las víctimas, ya que la ponencia establece en su artículo 168 que el Gobierno deberá disponer el traslado de los funcionarios de Acción Social a la nueva Agencia de Atención y Reparación. Adicionalmente, establece múltiples funciones de dirección del sistema y de atención a las víctimas en esta agencia presidencial que incluyen la de llevar el registro de las mismas, el cual es prerrequisito para servicios tales como la ayuda y asistencia humanitaria también a su cargo. El órgano encargado de trazar los lineamientos de la política de atención y reparación es el Consejo Consultivo establecido en el Decreto 3391 de 2006, reglamentario de la Ley 975 de 2005, y dirigido por el Ministerio del Interior y de Justicia.

   La Comisión de Seguimiento insiste en sus propuestas sobre institucionalidad, en el sentido de que se cree un Consejo Superior Administrativo de Primer Nivel presidido por el Presidente de la República o por el Vicepresidente por delegación del primero, para que dirija y coordine el Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas; se establezca en cabeza del Ministerio Público la función de administrar el registro de víctimas; se mantengan en Acción Social las funciones en relación con la entrega de la ayuda humanitaria de emergencia; se contemplen en los distintos Ministerios la prestación de servicios sociales en favor de las víctimas; se instituya en cabeza del Departamento Nacional de Planeación la función de hacer seguimiento a la política pública; y se cree una Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación a las Víctimas adscrita a la Presidencia de la República para que tenga a su cargo el programa administrativo de indemnizaciones y demás medidas administrativas de reparación y coordine las unidades de atención que resulten de la implementación territorial de la nueva institucionalidad[15].

   A su vez, la Comisión ha insistido en que la institucionalidad debe garantizar espacios de participación de las víctimas en los procesos de formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas, teniendo en cuenta los diferentes tipos de victimización y la necesidad de que todos los sectores tengan una representación adecuada, tanto a nivel nacional como territorial.

   Sumado a lo anterior, es preciso que el proyecto de ley ofrezca claridad sobre la autonomía del Defensor del Pueblo para reestructurar la entidad en aras de garantizar una adecuada asistencia judicial a las víctimas. Lo anterior en razón a que el artículo referente a la asistencia judicial (43 de la ponencia) señala que el Defensor del Pueblo efectuará los ajustes o modificaciones que sean necesarios para adecuar su capacidad institucional para garantizar la prestación de los servicios de orientación, asesoría y representación a las víctimas. Sin embargo, ello entra en pugna con el artículo 196 (parágrafo 3º) que otorga facultades extraordinarias al Presidente para reestructurar esta institución. Igualmente, se lamenta la supresión del parágrafo que indicaba que la Defensoría, con el objetivo de fortalecer un sistema especializado de asistencia judicial a las víctimas, diferente al de

[15] Cfr. Comisión de Seguimiento, *Documento de propuesta en torno a la institucionalidad necesaria para la atención y reparación integral a víctimas*, Bogotá, febrero de 2011.

defensoría pública, podría firmar convenios con los consultorios jurídicos de las Universidades públicas y privadas.

3. ***Garantizar de manera más expedita que los terceros que han financiado grupos armados ilegales, contribuyan a la reparación de las víctimas*** (Art. 46 de la ponencia)***:*** El proyecto de ley aprobado por la Cámara de Representantes incorporó una figura de especial importancia, cual es la de obligar a las personas jurídicas o empresas que han financiado grupos armados ilegales, a contribuir con su patrimonio en la reparación de las víctimas. Para ello señaló que los Fiscales que, en el marco de un proceso sobre menoscabo de derechos a las víctimas, adviertan razones fundadas para concluir que la estructura y organización ilegal a la que perteneció el sindicado recibió apoyo económico voluntario de una persona jurídica, estarían en el deber de abrir *dentro de ese mismo proceso*, el incidente de reparación y de notificar al representante legal de la respectiva persona jurídica para que concurra al incidente mencionado, de tal manera que si llega a ser condenado el sindicado, la sentencia habrá de incluir la obligación en cabeza de la persona jurídica de contribuir a la reparación de las víctimas con una suma de dinero equivalente a la que aportó para financiar la estructura criminal.

   Sin embargo, la ponencia para primer debate en el Senado modificó parcialmente este mecanismo haciéndolo menos expedito, toda vez que ahora advierte en su artículo 44 que el Fiscal deberá remitir el expediente y las pruebas recaudadas al fiscal competente para la investigación de los delitos que hayan lugar en relación con el apoyo financiero a las estructuras armadas ilegales, para que por conducto suyo se surta todo un proceso penal ordinario paralelo, de tal manera que se deberá esperar a que el representante legal de la respectiva persona jurídica sea condenada para así mismo obligarlo a concurrir en el incidente de reparación de las víctimas de los individuos pertenecientes a la estructura criminal.

   Lo anterior lleva a una dilación excesiva de la expectativa que tienen las víctimas de que se obtenga otra fuente de financiación para su reparación integral, toda vez que la suerte de la misma dependerá de un proceso penal ordinario paralelo, el cual llevará mucho tiempo si se tienen en cuenta los recursos que pueden recaer sobre toda sentencia condenatoria en el marco de los procesos penales ordinarios. Ahora bien, resultaría más pertinente que, en un marco de medidas transicionales de reparación, se mantenga la figura tal como fue aprobada por la Cámara de Representantes (art. 44 del texto aprobado por esta cámara), ya que ésta es clara en determinar que la situación de la persona jurídica o empresa será ventilada y resuelta en el mismo proceso penal que se lleva a cabo en contra de las personas pertenecientes a un frente o estructura armada ilegal, garantizándose que las determinaciones judiciales a que da lugar el esclarecimiento de dicha situación se producirán con base en pruebas conducentes y pertinentes.

   A su vez, el propio artículo aprobado por la Cámara señalaba que la concurrencia de las empresas en la reparación de las víctimas a través de su llamado al incidente correspondiente, se hará sin perjuicio de la compulsa de copias a la respectiva jurisdicción penal por la responsabilidad que en esta materia pudiera caber a sus representantes legales, pero el proceso que se adelante en virtud de dicha compulsa de copias en ningún momento afectaría el curso del proceso en el que se ha iniciado el mencionado incidente de reparación. Por lo anterior resultaría pertinente que el proyecto de ley retomara la figura y su trámite tal y como la había aprobado la Cámara de Representantes.

4. ***Suprimir aquellas figuras que contribuirían a la legitimación del despojo y de la contrarreforma agraria:*** Es preciso detenerse en tres figuras contempladas en la ponencia que vistas de cerca podrían contribuir a la legitimación del despojo y reconfiguración

violenta de los territorios y al proceso de contrarreforma agraria que ciertos actores armados han pretendido imponer a través de violaciones a los derechos humanos. Es el caso de la figura del derecho de superficie como alternativa para la restitución de predios afectados con frutos de propiedad de terceros y que estarían pendientes de ser recogidos; el desalojo en manos de los jueces municipales; y la inclusión de una causal de restitución imposible de carácter problemático, cual es la existencia de proyectos de utilidad pública.

En el primero de los casos, la ponencia para primer debate en el Senado del proyecto de ley incorpora el concepto del "derecho de superficie" que se plantea como la escisión del derecho de propiedad entre *nuda propiedad* o propiedad formal y usufructo o potestad para explotar el bien. Esta figura es idéntica a la del contrato de usufructo, en el que una persona que figura formalmente como propietario de un bien, se desprende de su uso y goce para que un tercero asuma estas prerrogativas a cambio de un canon o renta. Esta solución busca que los desplazados sean simplemente *nudos propietarios*, exigiendo que el núcleo familiar tenga que renunciar a su derecho a volver a tomar posesión del predio restituido y vivan de la renta en aquellos casos en los que en los predios objeto de restitución se encuentren establecidos sistemas de producción agrícola, pecuaria, forestal o agroforestal y/o plantas de procesamiento y transformación de materias primas.

En criterio de la Comisión de Seguimiento esta figura desconoce el derecho de propiedad plena y de usufructo que tienen las víctimas del desplazamiento forzado conforme a los principios Deng y Pinheiro y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que afirman que dicho derecho adquiere un sentido reforzado respecto a las personas desposeídas por la violencia que dependían económicamente de los predios despojados o forzados a dejar en abandono. En la Sentencia T-821 de 2007, la Corte Constitucional determinó, a su vez, el carácter fundamental de los derechos a la posesión de la tierra, al retorno y a la subsistencia mínima de los campesinos desplazados y obligados a dejar de explotar sus predios, de suerte que el legislador debe ser cauteloso cuando sus disposiciones afecten derechos de esta naturaleza y privilegiar el retorno y las garantías para permitir el usufructo de los bienes restituidos. La asunción del llamado *derecho de superficie* atenta contra la jurisprudencia de la Corte, la cual ha afirmado lo siguiente:

> *"Cuando se trata del despojo de la tierra de agricultores de escasos recursos que sobreviven gracias al cultivo de la tierra o a la cría de animales, la violación del derecho a la propiedad o a la posesión se traduce en una violación del derecho fundamental a la subsistencia digna (al mínimo vital) y al trabajo…* [de manera que] *tienen derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso, goce y libre disposición de la misma en las condiciones establecidas por el derecho internacional en la materia. En efecto, en estos casos el derecho a la propiedad o a la posesión adquiere un carácter particularmente, reforzado, que merece atención especial por parte del Estado"*[16].

La inclusión del llamado *derecho de superficie*, en efecto, resultaría problemático para aquellas víctimas que desean retornar y volver a realizar las mismas actividades productivas o actividades análogas a aquellas que les puedan garantizar prosperidad, tranquilidad y seguridad alimentaria, como en ciertos casos sucedía antes del desplazamiento forzado. Esta situación podría llevar entonces a promover un acendrado rentismo con un alto contenido simbólico de negación del proyecto de vida de las víctimas, según el cual, los desplazados y víctimas del despojo o abandono de tierras podrían seguir asentados en las ciudades y recibir los cánones de usufructo en razón a las actividades económicas que terceros estarían

[16] Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. *Sentencia T-821 de 2007*. Magistrada Ponente (e), Dra. Catalina Botero Marino, Bogotá, 5 de octubre de 2007.

ejerciendo sobre las tierras inicialmente afectadas por la violencia o graves violaciones a los derechos humanos, sin que haya una superación real en la falla de reconocimiento de la que han sido objeto los campesinos en Colombia.

A su vez, significaría reducir la probabilidad de que el campesinado colombiano afectado por el desplazamiento forzado retornara al campo a realizar sus actividades productivas regulares. Una solución como ésta de alguna forma "coadyuvaría" a las víctimas del desplazamiento forzado a no usar ni disfrutar los bienes a los que renunciaron por la fuerza o contra su voluntad, lo cual iría en contra de la realización de las expectativas de retorno al mundo rural que muchas de las víctimas del desplazamiento forzado tendrían si se les garantizara sostenibilidad y seguridad en los territorios despojados o forzados a dejar en abandono.

En este contexto, la asunción del llamado derecho de superficie no se entendería como un ejercicio de la voluntad de las víctimas del despojo o abandono forzado o como una garantía procesal, temporal y razonable, para los derechos del tercero de buena fe exenta de culpa, sino como una especie de restricción o constreñimiento a la propiedad de las víctimas sobre el bien restituido, lo cual no las convertiría en verdaderas propietarias sino en titulares de un derecho eventual, limitado o escindible. Una situación como la anteriormente descrita, contraviene los Principios Pinheiro, según los cuales, el Estado colombiano debe garantizar en el proceso de restitución que "*las garantías otorgadas a los ocupantes secundarios no menoscaben el derecho de los propietarios legítimos, de los inquilinos o de otros titulares de derechos* ***a volver a tomar posesión*** *de las viviendas, las tierras o el patrimonio objeto de restitución* ***de forma justa y oportuna***" (Principio 17.2. Pinheiro).

Las alternativas de solución a la complejidad que suscita la pendencia de frutos en los predios objeto de restitución, deben diferenciar entre terceros que demostraron buena fe exenta de culpa y los que no lo hicieron, así como entre frutos de corto plazo y de mediano y largo plazo. Así, se propone contemplar en la ley que si existen frutos de propiedad del opositor reconocido dentro del proceso como tercero de buena fe exenta de culpa, la Sala de Restitución tomaría varias decisiones según estos frutos sean de corto o mediano y largo plazo.

En primer lugar, en caso de frutos pendientes cuya recolección se diferiría a corto plazo, es decir en un período de duración de hasta doce meses, el Juez ordenará que entre las partes se firme un contrato a término fijo improrrogable por el tiempo que tarde la recolección de frutos, mediante el cual el tercero de buena fe exenta de culpa se compromete a pagar un canon mensual de arrendamiento o de uso del predio a la víctima restituida. El contrato al que se hace referencia, cualquiera que sea su denominación, se deberá cumplir bajo la supervisión de la Sala de Restitución y sus cláusulas respetarán el principio, según el cual, la víctima restituida será considerada como la parte débil de la relación contractual.

En segundo lugar, en el caso de existencia de frutos pendientes de propiedad del opositor cuya buena fe exenta de culpa fue reconocida en el proceso y cuya recolección se produzca a mediano o largo plazo, es decir en un período superior a un año, se entenderá que por la complejidad de la restitución ésta sería imposible y, por ende, el juez ordenará la compensación en especie a favor de la víctima cuyo derecho a la restitución fue reconocido y entregará el bien original al tercero de buena fe exento de culpa. Excepcionalmente, el juez ordenará a favor de la víctima cuyo derecho a la restitución fue reconocido, la compensación en dinero.

En tercer lugar, en casos en los que el opositor no haya demostrado buena fe exenta de culpa, y los frutos pendientes fueren de corto plazo, éstos serán recogidos en su momento por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Tierras para que ingresen al Fondo del

que trata la presente ley. En el entretanto, la Sala de Restitución ordenará a la Unidad Administrativa el pago de cánones mensuales a la víctima restituida con cargo al Fondo mencionado hasta la fecha en la que se produzca la recolección. Cualquiera sea la denominación del contrato o acuerdo que deban firmar la Unidad y la víctima, éste se regirá por los principios de supervisión por parte de la Sala de Restitución y de reconocimiento de la víctima como parte débil contractual.

Por último, en aquellos casos donde el opositor no haya demostrado buena fe exenta de culpa, y los frutos pendientes fueren de mediano y largo plazo, si la víctima manifiesta tener los recursos y la voluntad para comprar los cultivos, la Sala de Restitución ordenará la entrega del bien y los frutos a su favor. El precio pactado será entregado a la Unidad Administrativa de Gestión de Tierras Despojadas para que el dinero recaudado por este concepto ingrese al Fondo Rotatorio del que trata la ley. En casos en los que la víctima cuyo derecho a la restitución exprese no tener los recursos suficientes para adquirir los frutos o que carece de voluntad para hacerlo, el bien ingresará al Fondo Rotatorio y el juez ordenará la compensación en especie a favor de la víctima.

Por otro lado, la ponencia ha establecido que la diligencia de desalojo del bien objeto de restitución podrá ser comisionada a los jueces municipales. Lo anterior no se encuentra acompañado de garantías de seguridad y de monitoreo, toda vez que no puede obviarse que este tipo de funcionarios son susceptibles de verse afectados por el constreñimiento por parte de los actores ilegales, de las amenazas e incluso de la cooptación. De allí que si no se contemplan medidas de seguridad adecuadas para la labor de estos jueces, en la etapa más definitiva del proceso de restitución, cual es la recuperación de su uso y disfrute mediante la diligencia de entrega y el desalojo, éste podría verse dilatado o truncado.

En lo referente a la nueva causal de restitución imposible es preciso que se tenga en cuenta que investigaciones como la que realizó la Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos de la Procuraduría General de la Nación o los boletines de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes) han señalado cómo en distintas regiones del país la asunción de algunos mega-proyectos que se consideran de interés o utilidad pública (represas, hidroeléctricas, carreteras, etc.) ha traído consigo el desplazamiento forzado de personas y el abandono forzado de territorios. Adicionalmente, estas investigaciones dan cuenta de cómo la reconfiguración territorial inherente al desplazamiento violento también guarda relación con dichos proyectos. De allí la necesidad de prescindir de dicha causal[17].

III. ASPECTOS POSITIVOS DE LA PONENCIA.

La Comisión de Seguimiento se permite señalar la existencia de algunos aspectos positivos en la ponencia radicada para primer debate en el Senado, en comparación con el texto aprobado por la Cámara de Representantes en diciembre de 2010, reconociendo así el esfuerzo de concertación que el equipo de ponentes y sus asesores han realizado para tener como resultado un articulado que se caracteriza por reordenar ciertos contenidos para dar mayor claridad al texto y por incluir nuevas figuras o ajustar figuras previamente incluidas por la Cámara y que vistas de manera general, constituyen pasos iniciales para el mejoramiento del articulado que le ha servido como antecedente inmediato.

[17] Un texto previo a la ponencia finalmente radicada contemplaba como causal de restitución imposible, la existencia de concesiones mineras en el territorio donde se encontraba ubicado el bien objeto de restitución. Acertadamente la ponencia radicada eliminó dicha causal que en criterio de la Comisión de Seguimiento contribuía a la legitimación de las finalidades del despojo en relación con la reconfiguración territorial para satisfacer ciertos intereses para los cuales pudo haber sido funcional el actuar criminal de aparatos de poder que fungieron como agentes del desplazamiento forzado, el despojo y el abandono de territorios.

Temas tales como el cambio de la fecha de 1991 a 1986 en la definición de víctima (aún insuficiente), así como la supresión de la exclusión del universo de víctimas de los familiares de los miembros de grupos armados y la inclusión de las parejas del mismo sexo como víctimas indirectas; la inclusión de plazos específicos y de responsables institucionales en temas que antes carecían de estos elementos; la consideración de principios generales en el marco de la restitución; la introducción de presunciones legales y de derecho para la realización del principio de inversión de la carga de la prueba en el marco de la restitución[18]; la ampliación del principio de aplicación normativa; las modificaciones realizadas al contenido de las medidas de asistencia en materia de educación y salud; la supresión del límite de tiempo antes establecido para las pretensiones de restitución de tierras; el haber contemplado salas especializadas que se dedicarían exclusivamente a la restitución; la inclusión del deber del Estado de priorizar en sus políticas de desarrollo rural a las víctimas del despojo y el abandono forzado, entre otros, pueden considerarse como positivos o como avances en el mejoramiento del articulado.

Estos avances, sin embargo, no atenúan de manera alguna las falencias del proyecto de ley que se han analizado en los dos primeros numerales del presente documento. Así, entonces, es preciso avanzar en la superación de las mismas para garantizar que la futura ley sea realmente una norma ejemplar, ajustada a la normatividad internacional y nacional en la materia, y pueda contribuir realmente al goce efectivo de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.

[18] Es preciso incluir en el marco de estas presunciones, una referencia explícita a las parejas del mismo sexo en coherencia con el artículo 3º del proyecto.