

## Equipo Nacional de Verificación<sup>1</sup>

### Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado

## BALANCE APROXIMATIVO DE LA LEY DE VÍCTIMAS APROBADA POR EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA (Proyecto de Ley 213 de 2010 Senado / 107 de 2010 Cámara)<sup>2</sup>

### A. ASPECTOS POSITIVOS DE LA LEY RECIENTEMENTE APROBADA QUE CONTRIBUYEN AL RECONOCIMIENTO PÚBLICO DE LAS VÍCTIMAS Y DE SUS DERECHOS EN COLOMBIA.

- 1) *Significado simbólico de la ley.* La aprobación de una ley especialmente dirigida a la atención, asistencia y reparación para las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, resulta de gran importancia histórica, ya que con ello el Estado Colombiano contribuiría al resarcimiento moral y la reivindicación de un importante sector de la población cuyo sufrimiento y situación de vulnerabilidad no ha sido un asunto prioritario en la agenda pública oficial.
- 2) *Propósito de la ley en materia de atención y reparación.* La ley se encuentra enmarcada dentro de la necesidad de crear un marco normativo que establezca las bases de un modelo que contribuya a la realización de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición.
- 3) *Reconocimiento dado por la ley a las víctimas.* La ley parte del reconocimiento público hacia las víctimas, de la necesidad de construir políticas públicas en su favor y de la intención de contribuir a la disminución de la acrecentada deuda histórica que el Estado y la sociedad colombiana tienen con ellas a lo largo de varias décadas.
- 4) *Inclusión de los campesinos como parte del principio de enfoque diferencial.* La ley incluye a los *campesinos* dentro del listado de grupos reconocidos como expuestos a mayor riesgo de ser víctimas de las violaciones reconocidas en la ley, de tal forma que establece que en su favor el Estado ofrecerá garantías y medidas de protección.
- 5) *Propósito de la ley en materia de restitución.* En materia específica de restitución, el propósito de la ley consiste en crear un marco de justicia transicional civil, basado en la superación de las barreras de acceso a la justicia existentes en la legislación ordinaria, y en la creación de un sistema de registro de predios despojados, con el objetivo de

---

<sup>1</sup> Luis Jorge Garay Salamanca (director), Fernando Barberi Gómez (coordinador) y Fernando Vargas Valencia (investigador).

<sup>2</sup> Versión conciliada entre el Senado de la República y la Cámara de Representantes.

contribuir a la restitución de bienes inmuebles rurales.

- 6) ***Inclusión de parejas del mismo sexo dentro del universo de víctimas.*** La ley incluye a las parejas del mismo sexo como víctimas indirectas, establece plazos específicos y responsables institucionales en temas cruciales para la realización de los derechos en ella consagrados, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- 7) ***Fuentes de reparación a las víctimas.*** La ley ofrece avances en lo relacionado con la persecución del patrimonio de las personas jurídicas y naturales sobre las que existan indicios graves de que financiaron grupos armados ilegales, en calidad de garantía de no repetición y con el objetivo de contribuir al fondo de reparación para las víctimas.
- 8) ***Criterios de revisión de los programas de protección.*** La ley establece criterios claros para el diseño, implementación y revisión de los programas de protección para las víctimas, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y consagra garantías para que los extraditados contribuyan a la realización del goce efectivo de los derechos a la Verdad, la Justicia y la Reparación de sus víctimas en Colombia.
- 9) ***Avances para alcanzar la restitución de tierras.*** La ley contempla figuras muy importantes en materia de restitución de tierras como es el caso de: (i) la consideración de principios generales conforme a los Pinheiro; (ii) la introducción de presunciones legales y de derecho para la realización del principio de inversión de la carga de la prueba; (iii) el establecimiento de facultades transicionales a las instancias judiciales encargadas de adoptar las decisiones de fondo en materia de restitución, (iv) la incorporación de la figura de acumulación procesal con los objetivos de concentrar las actuaciones judiciales y notariales que versen sobre el predio objeto del litigio para que se produzca una decisión jurídica y material única con criterios de integralidad y seguridad jurídica, (v) la posibilidad de que la solicitud de restitución pueda realizarse de forma oral; y (vi) el diligenciamiento en un solo proceso de las reclamaciones sobre bienes ubicados en la misma vecindad, con el ánimo de buscar un retorno colectivo de la población desplazada cuando sea del caso; (vii) inclusión de la titulación a nombre de hombre y mujer; y (viii) la inclusión del deber del Estado de priorizar en sus políticas de desarrollo rural a las víctimas del despojo y el abandono forzado.
- 10) ***Condonación de pasivos del sector financiero.*** La ley establece que también *las deudas crediticias del sector financiero existentes al momento de los hechos* y que afecten los predios restituidos o formalizados, deberán ser objeto de un programa de *condonación de cartera*.
- 11) ***Importancia de las medidas de resarcimiento simbólico.*** La ley contempla un número plural de medidas simbólicas de especial connotación para las víctimas, recogiendo los postulados que en esta materia consagran algunos principios internacionales. Entre las mismas puede destacarse la creación de un Centro de Memoria Histórica cuyas actividades harán especial énfasis sobre las modalidades de violencia contra la mujer, así como la instauración del *día nacional la memoria y solidaridad con las víctimas* el 9

de abril de cada año con la obligación según la cual, el Estado deberá realizar durante esta fecha eventos de memoria y reconocimiento de los hechos victimizantes.

## **B. DESAFÍOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY Y TEMAS QUE EXIGEN UNA INTERPRETACIÓN *PRO PERSONAE*<sup>3</sup> O UN EVENTUAL ÉXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD.**

### **1) *Ausencia de criterios objetivos en materia de indemnización administrativa.***

El texto de la ley contempla la creación de un “*programa administrativo de indemnizaciones*” cuya reglamentación se delega en su totalidad (procedimiento, determinación de los montos, trámite y lineamientos) al Gobierno Nacional, a excepción de ciertas reglas en relación con la forma de “indemnizar” a las víctimas de desplazamiento forzado, la inclusión de la ayuda humanitaria recibida por las víctimas en virtud de la Ley 418 de 1997 como forma de indemnización administrativa, la creación de un mecanismo de revisión por parte del Ministerio de Defensa, función que no se relaciona con el mandato de esta institución --la cual tiene como objetivo principal “*la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo Defensa Nacional, para la defensa de la soberanía, la independencia y la integridad territorial*”<sup>4</sup>-- y que puede significar en la práctica el desconocimiento del derecho a la indemnización para las víctimas de crímenes de Estado. Finalmente, la inclusión de un “contrato de transacción” para impedir, mediante la aceptación de la indemnización administrativa, futuras demandas judiciales. Varias de estas reglas ya han sido objeto de serias críticas en documentos anteriores.

Además, la reglamentación de un programa de esta magnitud sin que el legislador establezca previamente una serie de reglas y criterios básicos que el Gobierno Nacional estaría en la obligación de cumplir, genera el riesgo de que se produzca una indemnización pauperizadora como sucedió con el cuestionado Decreto 1290 de 2008<sup>5</sup>, razón por la cual es necesario hacer un llamado al Gobierno Nacional para que respete el bloque de

---

<sup>3</sup> El principio *pro personae*, también conocido como *pro homine et libertatis*, establece que el intérprete de las normas consagradas en la ley de víctimas debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos, con lo cual se debe garantizar “*la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad, o de su estatus nacional o internacional*”<sup>□</sup>. En virtud de este principio se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. En otras palabras, conforme a este principio internacional, el juez y el intérprete deben seleccionar de entre varias normas concurrentes, eligiendo a aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo o la víctima en relación con sus derechos humanos. Este principio obliga a una interpretación sistemática de la ley que la sitúa en relación con otras leyes y normas nacionales o internacionales. Cfr. Ayala Corao, Carlos M. *Recepción de la Jurisprudencia Internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*. En: *Revista Jurídica*, Facultad de Jurisprudencia, Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, No. 21, 2005, p. 1; Pinto, Mónica. “El Principio *pro homine*”, En: Abregu, Martín y Courtis, Christian (Comp), *Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, El Puerto Ed., Buenos Aires. 1997, p. 163.

<sup>4</sup> Ministerio de Defensa, *Decreto Número 1512*, Art 4. Agosto de 2000.

<sup>5</sup> Hay que señalar que a la luz de este decreto no tuvo lugar ninguna indemnización por el delito de desplazamiento forzado.

constitucionalidad y plantee de forma pública y transparente, con la debida participación de las víctimas, las razones por las cuales llega a determinar ciertas medidas y montos para el futuro programa administrativo.

Es preciso señalar que equivocadamente la ley estableció que la finalidad de la indemnización administrativa es mitigar la situación de vulnerabilidad de las víctimas, lo cual es conceptualmente inadecuado, ya que la finalidad de este componente de la reparación debe ser compensar materialmente un daño ocasionado por una violación previa a los Derechos Humanos y por infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH).

De igual manera, al condicionar el destino de la indemnización, el texto aprobado atenta contra el principio, según el cual, esta figura no puede estar condicionada pues su fin exclusivo es el de compensar un daño causado. Esta situación se agrava en el caso de la población desplazada, a la cual se le “indemnizará” con un monto adicional en subsidios que, de acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional, corresponde a una obligación prestacional del Estado y no constituye política alguna de reparación. Esta específica disposición traerá problemas de interpretación y de aplicación como sucedió con la figura análoga que contemplaba el decreto 1290 de 2008: como se establece la indemnización mediante formas no idóneas y de difícil concreción, las víctimas de desplazamiento se verán excluidas del programa o a buscar otras fórmulas para recibir una indemnización administrativa idónea a través de mecanismos como la tutela, con lo cual la Corte Constitucional se vería en la obligación de intervenir, como actualmente sucede con las tutelas sobre indemnización incoadas por víctimas de desplazamiento forzado en aplicación de la Ley 975 de 2005 y del Decreto 1290 de 2008.

Por estas razones, se debería abogar por que se prescindiera de las disposiciones a las que se ha hecho referencia. Adicionalmente, el Gobierno debería tener criterios que precisen, conforme al bloque de constitucionalidad, los parámetros a los que debe ceñirse un programa de esta naturaleza, tales como reconocer en la parte de motivación del Decreto, la magnitud de los perjuicios materiales e inmateriales para el universo de víctimas, como aporte a la memoria histórica, así como determinar de manera transparente y clara un monto total de indemnización que deberá ser distribuido bajo criterios de equidad y progresividad entre el universo de víctimas y el plazo en el que será aplicado. Además, es necesario que el Gobierno Nacional exponga claramente las razones, incluyendo las fiscales, por las cuales define los montos totales por grupos de víctimas, así como el plazo específico para tal propósito.

**2) *El Proyecto de ley contempla figuras como el llamado “contrato de transacción” que obstaculizan el acceso a la justicia y violan el derecho a una justa indemnización.***

El artículo 132 contempla la figura del “contrato de transacción” en virtud del cual, para que las víctimas reciban un monto indemnizatorio de carácter administrativo, superior al contemplado en el respectivo reglamento, que será igualmente definido por el Gobierno Nacional, tendrán que renunciar a reclamar una indemnización de carácter judicial. De esta forma, se vulneran conscientemente múltiples normas de carácter internacional y

constitucional, ya que se condiciona el acceso a la justicia a través de la renuncia a un componente de la reparación integral, la cual, conforme a la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, adquiere la condición de derecho fundamental y no puede ser objeto de transacción.

Adicionalmente, esta figura desincentiva por razones ajenas a la voluntad de la víctima, el ejercicio del derecho de acceso a la justicia establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Artículos 8° y 25°), rompe con el derecho a reclamar y recibir una justa indemnización contemplado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y con el principio de complementariedad entre los programas administrativos de indemnizaciones y las reparaciones judiciales, establecido en los principios internacionales de la Organización de Naciones Unidas (ONU) sobre la lucha contra la impunidad y el derecho de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos a obtener reparaciones (Principios Joinet).

Esta figura hace parte además de otro conjunto de disposiciones igualmente contempladas en el Proyecto de ley que desincentivan el ejercicio *del derecho fundamental de acceso a la justicia* de un conjunto significativo de víctimas, en especial de aquellas relacionadas con las acciones u omisiones de agentes del Estado, toda vez que se insiste en imponer obstáculos a las demandas que podrían promover las víctimas en contra del Estado para obtener una reparación integral en la jurisdicción contencioso administrativa o a través de acciones constitucionales (tutela y acción popular).

Dentro de estas figuras se cuentan: 1) imposición de los montos indemnizatorios de carácter administrativo como tope máximo para la indemnización que decreten los jueces que condenen al Estado en virtud de la figura de la responsabilidad subsidiaria; 2) imposición de una tarifa única y considerablemente baja a los abogados que apoderan a las víctimas en demandas contra el Estado; y 3) ausencia del *amparo de pobreza* en favor de las víctimas que acrediten su situación de precariedad económica, entre otras.

### **3) *La ley y el principio de reparación integral de carácter patrimonial, conforme a los estándares internacionales.***

Si bien existe en la ley un artículo que establece que “*las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el menoscabo que han sufrido en sus derechos fundamentales*” (art. 25), la interpretación constitucional de la regulación concreta de dicho derecho en el plano de su dimensión material o patrimonial, obliga a la invocación del *principio de integralidad de la reparación* por varias razones, entre las que pueden mencionarse:

- a. La restitución se limita a los bienes inmuebles rurales, dejando de lado los demás bienes patrimoniales. Para que no se contraríen los principios rectores de la restitución a la población desplazada conocidos como principios Pinheiro, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad por orden expresa y reiterada de la

Corte Constitucional<sup>6</sup>, es preciso propiciar la reparación patrimonial ya sea en la reglamentación de la ley, su aplicación o su examen de constitucionalidad.

- b. Como la ley no contempla medidas concretas para compensar la dimensión inmaterial de carácter individual de los perjuicios, en especial lo referente al daño moral, la alteración en las condiciones de existencia y los daños a la vida de relación o al proyecto de vida, el Gobierno deberá aclarar este vacío en la labor de reglamentación de la ley, en especial en lo referente al programa administrativo de reparaciones.
- c. Las reparaciones relacionadas con la restitución, la rehabilitación, la satisfacción, las medidas de no repetición y la indemnización no se encuentran complementadas con medidas eficaces y concretas para determinar la verdad acerca de las violaciones perpetradas, ni para garantizar la investigación e imposición de sanciones proporcionales a los autores y partícipes en dichas violaciones en términos de justicia. Como la ley sólo deja enunciado el contenido de estos derechos y apenas contempla algunas medidas parciales para garantizarlos, éste será un desafío para su reglamentación la cual no podrá apartarse de las normas consagradas en el bloque de constitucionalidad.

Conforme a lo anterior, se propone que se interprete como incluida la figura de la *reintegración patrimonial* como principio rector de los procesos judiciales de restitución y del programa administrativo de indemnizaciones, y que la reglamentación de la ley contemple también el reconocimiento de los perjuicios inmateriales como criterios para definir los montos de indemnización administrativa en el marco de la ley. Así mismo, se propone que se tengan en cuenta mecanismos extrajudiciales que contribuyan al esclarecimiento histórico de las violaciones y que se enmarquen las medidas de esclarecimiento judicial sobre la participación de terceros en las violaciones perpetuadas por grupos armados ilegales, dentro del carácter transicional del proyecto, para hacerlas más ágiles, expeditas y eficaces.

#### **4) *Desafíos de la ley en relación con la jurisprudencia constitucional respecto a la estricta distinción entre ayuda humanitaria, prestación de servicios sociales y medidas de reparación.***

La jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>7</sup>, la Corte Constitucional<sup>8</sup> y la Corte IDH<sup>9</sup> ha

---

<sup>6</sup> Ver: Corte Constitucional, *Sentencia T-068 de 2010*, Magistrado Ponente, Dr. Jorge Ignacio Pretelt, Bogotá, 4 de febrero de 2010; Corte Constitucional, *Sentencia T-821 de 2007*, Magistrado Ponente, Dra. Catalina Botero Marino, Bogotá, 5 de octubre de 2007.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Ver: Corte Constitucional, Sala Plena, *Sentencia C-1199 de 2008*, Magistrado Ponente, Dr. Nilson Pinilla Pinilla, Bogotá, 4 de diciembre de 2008; Sala Primera de Revisión, *Sentencia T-085 de 2009*, Magistrado Ponente, Dr. Jaime Araújo Rentería, Bogotá, 16 de febrero de 2009; Sala Sexta de Revisión, *Sentencia T-510 de 2009*, Magistrado Ponente, Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Bogotá, 30 de julio de 2009; Sala Novena de Revisión. *Sentencia T-458 de*

establecido de manera reiterada que no sólo no pueden confundirse sino más bien deben diferenciarse las medidas de reparación con otras obligaciones o servicios del Estado. Las medidas de reparación se producen en un marco de responsabilidad por la causación de un daño que debe ser resarcido, de allí que, en principio, deban circunscribirse al mismo. No ocurre lo mismo con la ayuda humanitaria cuya finalidad es mitigar la situación de vulnerabilidad manifiesta de una persona que se ha visto damnificada por una catástrofe ajena a su voluntad. En el caso de las víctimas, dicha catástrofe que da lugar a la ayuda humanitaria, es el conflicto armado o las graves violaciones a sus derechos humanos. Por su parte, la prestación de servicios sociales tiene como objetivo responder a las obligaciones que ha adquirido el Estado para la realización de los derechos sociales, económicos y culturales (DESC) en un marco que debe garantizar la dignidad de las condiciones de vida de sus habitantes.

El texto de ley establece una serie de disposiciones que *confunden* el carácter de las obligaciones anteriormente descritas. Si bien entre sus principios generales establece que las prestaciones sociales y la ayuda humanitaria no serán descontadas de la reparación a las víctimas, ese mismo principio contempla que el acceso prioritario y preferente a los servicios sociales tendrá *efecto reparador* (artículo 25). Así, no está claro en el principio mencionado cuál es la consecuencia de dicho efecto, pero de manera grave el inciso 6 del artículo 9º permite interpretar que los servicios adquiridos por las víctimas en este contexto, serán cuantificados y descontados por los jueces de lo contencioso administrativo cuando las víctimas ejerzan la acción de reparación directa en contra del Estado.

Por su parte, otros artículos concretos reafirman la confusión de manera explícita: uno de ellos (art. 123) establece que la restitución de la vivienda se hará a través de un subsidio cuyo monto máximo es equivalente al de Vivienda de Interés Social (VIS), cuando ya la Corte Constitucional establece que el monto de los subsidios para las víctimas de desplazamiento forzado será superior al establecido para la adquisición de VIS en el marco de la política de atención. El artículo 60 establece que la oferta de atención del Estado a la población desplazada en tanto preferente tendrá *efecto reparador*, y además el artículo 132 establece, por un lado, que las víctimas del desplazamiento serán “indemnizadas” a través de montos adicionales a subsidios y, por el otro, que la ayuda humanitaria en dinero recibida por concepto de homicidios y lesiones personales en aplicación de la Ley 418 será asumida como “indemnización administrativa”.

Lo anterior se encuentra relacionado con nuevas disposiciones que agravan el problema de *asimilación* de medidas de atención y prestación de servicios sociales con medidas de reparación, incluidas en las ponencias para primer y segundo debate en el Senado de la República, tales como: 1) la disposición según la cual, la indemnización tiene como fundamento la superación del estado de vulnerabilidad de las víctimas, el cual será el

---

2010, Magistrado Ponente, Dr. Luis Ernesto Vargas, Bogotá 15 de junio de 2010; Sala Plena, *Sentencia C-914 de 2010*, Magistrado Ponente, Dr. Juan Carlos Henao, Bogotá, 16 de Noviembre de 2010.

<sup>9</sup> 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).

fundamento de la asistencia humanitaria; y 2) la disposición según la cual, el Estado velará porque las víctimas “inviertan” la indemnización en servicios sociales.

Conforme a lo anterior, será preciso que el futuro intérprete de la ley, prescinda de los párrafos que contienen las disposiciones destacadas de los primeros artículos señalados anteriormente y asumir los relacionados con vivienda y crédito, como medidas de asistencia, con el objetivo de superar la confusión señalada. Adicionalmente, el intérprete deberá entender que el párrafo 1º del artículo 25 prohíbe a todo funcionario público confundir las medidas de reparación con otras de naturaleza, contenido y alcance diferente, como es el caso del acceso preferente, prioritario y/o especial a los servicios sociales regulares.

##### **5) Aspectos problemáticos respecto al universo de víctimas.**

El texto aprobado establece que el universo de víctimas sólo se verá circunscrito a aquellas personas afectadas en sus derechos por hechos acaecidos a partir del 1º de enero de 1985. En igual sentido se expresa el artículo correspondiente a los hechos que dan lugar al desplazamiento forzado que serían objeto de registro.

Las organizaciones sociales y algunas organizaciones de Derechos Humanos han insistido en que la ley debería, cuanto menos, cubrir hechos acaecidos durante toda la década de 1980, por la especial significación histórica que representan las atrocidades ocurridas a lo largo de la misma. Por el contrario, se ha escogido la fecha de 1985 y se ha establecido que para las víctimas de hechos ocurridos con anterioridad a la misma, sólo habrá medidas de reconocimiento del derecho a la verdad y a la reparación simbólica.

Sin embargo, el Centro de Memoria Histórica establecido en la ley establece que sólo acopiará documentos y fuentes de información de hechos acaecidos a partir del 1º de enero de 1985 y la ley sólo se limita a enunciar en abstracto el tema de la reparación simbólica, sin establecer mecanismos que garanticen su aplicación práctica. Adicionalmente, el texto aprobado establece que las personas que han sufrido daños por violaciones a sus derechos humanos acaecidas antes de 1985, tienen derecho “*como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas*”. Lo anterior quiere decir que no serán reconocidas como víctimas individuales.

El factor de exclusión y de discriminación establecido en relación con el ámbito temporal de la ley se agrava con el artículo que establece arbitrariamente que las víctimas del despojo y del abandono forzado de tierras sólo serán reconocidas en el ámbito de los procedimientos para la restitución, siempre y cuando los hechos que dieron lugar al despojo o abandono forzado hayan ocurrido a partir del 1º de enero de 1991. No existe justificación válida, jurídica o fáctica, para establecer esta diferencia entre víctimas del despojo y abandono forzado, frente a las de otras violaciones.

Adicionalmente, dentro del universo ya reducido de titulares del derecho a la restitución de tierras se ha excluido a las víctimas tenedoras, con lo cual se ha vulnerado fehacientemente



el Principio Pinheiro 13.6. También la ley establece que los familiares de personas previamente victimizadas serán considerados víctimas sólo en los casos de muerte o desaparición forzada y si estos familiares corresponden al primer grado de consanguinidad y afinidad con la víctima directa. Sólo se establece que los familiares en segundo grado aún sean de consanguinidad ascendente serán considerados víctimas de manera residual, es decir, si se acredita la ausencia de los familiares en primer grado. Lo anterior obliga a aplicar la interpretación señalada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006 según la cual, lo anteriormente señalado es una presunción de tal forma que debe incluir los demás delitos diferentes al homicidio y la desaparición forzada y debe permitir que si una persona demuestra menoscabo de derechos por la victimización de un familiar suyo en grado diferente al establecido en el texto de la ley, deberá reconocérsele también como víctima.

Además, en el texto aprobado por el Congreso se excluye explícitamente de la condición de víctima a los miembros de los grupos armados ilegales contrariando las normas del DIH, que obligan al Estado a reconocer la reparación de los daños causados por el uso desmedido de la fuerza y por violaciones a los derechos humanos en el marco del conflicto. El texto también niega que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, la reparación es un derecho independiente de la situación de legalidad o de ilegalidad en la que se encuentre la víctima. Lo mismo ocurre con los familiares de estas personas.

Por otra parte, el texto de ley establece que no serán consideradas víctimas las personas afectadas en sus derechos por “*actos de delincuencia común*”. Es preciso insistir que dicha expresión es claramente ambigua y da lugar a una interpretación restrictiva que afectaría a las víctimas de los actuales grupos paramilitares que son considerados por las autoridades públicas como “bandas criminales o delincuenciales” (Bacrim). Será preciso entonces que los jueces y funcionarios administrativos sean capacitados para que este tipo de disposiciones sean interpretadas extensivamente y en favor de las víctimas con lo cual se garantice que éstas sean incluidas dentro del universo beneficiado por la ley cuando objetivamente se demuestre la existencia de una violación a derechos humanos o infracción al DIH, independientemente de la condición del victimario.

Adicionalmente, en el texto aprobado se ha acotado aún más el universo de víctimas al circunscribir las violaciones únicamente a situaciones producidas ***con ocasión del conflicto armado***, excluyendo situaciones de violencia generalizada y sistemática que se producen en Colombia al margen del conflicto armado como es el caso del actuar de estructuras criminales al servicio del narcotráfico, la violencia sociopolítica, las violaciones a los derechos humanos que se producen en el marco de disturbios y tensiones, la persecución a organizaciones sociales y gremiales, el genocidio político y otras formas de afectación de derechos humanos específicos en ciertas comunidades, o de desplazamientos forzados producidos por fumigaciones o megaproyectos productivos. Para que estas situaciones se encuentren cubiertas, se requiere de una interpretación extensiva por parte de los jueces y funcionarios que deban aplicar la ley.

De hecho, con la definición de víctima de desplazamiento forzado incluida en el texto aprobado, la cual es claramente más restrictiva que la contenida en la Ley 387 de 1997 (artículo 1º), se excluyen situaciones objetivas que dan lugar al desplazamiento forzado que van más allá de los hechos producidos estrictamente con ocasión del conflicto armado y que conforme a la ley señalada y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, encierran, entre otros: disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, fumigaciones de cultivos ilícitos, actuar de aparatos de poder cualquiera que sea su denominación, presiones generadas por megaproyectos productivos (mineros, agroindustriales, de infraestructura, etc.) u otras circunstancias análogas a las anteriormente descritas en tanto puedan alterar o alteren drásticamente el orden público. Será preciso que el intérprete las incluya conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia.

#### **6) *Desafíos frente al carácter transicional de la restitución de tierras.***

El texto aprobado por el Congreso reparte la competencia en materia de restitución de tierras en dos tipos de jueces, según haya o no oposición acreditada respecto de la pretensión de la víctima del despojo o abandono forzado de tierras. Conforme a lo anterior, serían competentes para conocer en única instancia aquellas demandas de restitución que carezcan de oposición, los jueces del circuito especializados en la restitución de tierras creados por la futura ley, mientras que cuando se acredite una oposición, estos jueces individuales se encargarían sólo de sustanciar el caso para remitirlo posteriormente a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial respectivo, para que ésta tome una decisión de fondo. Lo anteriormente descrito rompe de entrada con el principio de *inmediación* que hace parte de las garantías para el debido proceso.

De esta forma, el procedimiento de acceso a la justicia para efectos de la restitución de tierras adquiere el ropaje de un procedimiento judicial análogo al de un juicio ordinario, si se tiene en cuenta que si existe oposición a la pretensión de restitución como probablemente suceda en gran número de casos, la víctima tendrá que enfrentarse a dos jueces de jerarquía y composición distinta para resolver el mismo caso. Adicionalmente a ello la víctima quedará en situación de inferioridad frente a las pretensiones de los despojadores en lo que hace a la capacidad para tener representación judicial y, de paso, consagrará un beneficio para los despojadores que hará inane la inversión de la carga de la prueba. La reglamentación de la ley obliga a fortalecer a las instituciones que se encuentran en la obligación de asesorar y apoderar a las víctimas, para que frente a la demora judicial se apliquen figuras como la excepción de inconstitucionalidad.

Debe además señalarse que el artículo 80 la ley no es del todo claro y puede dar lugar a dos interpretaciones. La primera de ellas, que se ha renunciado a crear por medio de la ley salas especializadas en restitución de tierras dentro de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, al asignarse la decisión definitiva a los magistrados de la sala civil de estos tribunales cuando exista oposición y no contemplar en parte alguna del proyecto de ley la asignación y formación de magistrados especializados en restitución de tierras; y la segunda, que no se ha renunciado a la conformación de dichas salas, al interpretar literalmente el texto del artículo que indica que: *los magistrados de los Tribunales*

*Superiores de Distrito Judicial Sala Civil especializados en restitución de tierras, decidirán en única instancia.* Será necesario que en la reglamentación se aclare esta situación y se tome partido por garantizar que los magistrados y jueces que serán nombrados para la restitución se dediquen **exclusivamente** a resolver los casos en la materia.

En materia de presunciones es preciso advertir que en los casos diferentes a presuntos despojos acaecidos a través de actos administrativos, la ley establece, como es correcto, que las presunciones operan a favor de la víctima reclamante o solicitante; sin embargo, en materia de presunciones referentes a la ilegalidad de actos administrativos, la presunción se coloca a favor de la “*parte opositora*”, lo cual es un contrasentido y da lugar a equívocos que podrían llevar al traste las pretensiones de las víctimas en estos casos específicos. Es preciso insistir en que el intérprete, viendo el contexto del conjunto del artículo, interprete que la presunción, como todas las demás, aplica exclusivamente a favor de la víctima reclamante y no del opositor.

Por último, es preciso insistir en que el mecanismo de revisión de las sentencias debe adecuarse al carácter transicional del procedimiento y a la garantía de obtener una jurisprudencia de cierre sobre los temas más importantes de la labor de restitución. De allí que la remisión a las normas ordinarias (Código de Procedimiento Civil) en el llamado “recurso de revisión” contemplado en el artículo 93 de la ley, no sea un mecanismo del todo acertado, ya que permite revocar sentencias ejecutoriadas y consagra causales no transicionales, la mayoría de las cuales dependen de condenas penales en firme.

También es preciso advertir la insistencia del Congreso en incluir en la ley figuras análogas al *derecho de superficie* para atender a la entrega de aquellos predios objeto de restitución que se encuentran afectados por proyectos agroindustriales. El texto finalmente aprobado plantea la obligación en cabeza del juez de iniciar un trámite incidental para autorizar la celebración de contratos como el de *usufructo*, el cual buscaría finalidades análogas a las del *derecho de superficie*: escindir el derecho de propiedad para que los desplazados beneficiados con la restitución sean *nudos propietarios* (dueños meramente formales) y los empresarios puedan disfrutar del uso y explotación del terreno, incentivando en Colombia un acentuado rentismo.

No puede olvidarse que el Estado sólo puede condicionar el *ius abutendi* como atributo del derecho de propiedad, consistente en la disposición libre del objeto sobre el que recae el derecho, si y sólo si medie un interés de carácter general o social, lo cual no ocurre con los proyectos agroindustriales productivos impuestos sobre los predios objeto de restitución.

Si el propósito de una política de tierras basada en el sistema de justicia que contempla la ley de víctimas, es lograr la restitución jurídica y material de los predios, permitiendo el ejercicio pleno de la propiedad como garantía de no repetición, no es válido establecer limitantes en las que el propietario restituido tenga que renunciar, así sea temporalmente, al poder de hecho y voluntad de posesión sobre el bien restituido, los cuales le permiten disponer materialmente del mismo.

No puede obviarse que los Principios Pinheiro establecen que 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).

**7) *La ley frente a los derechos de la población desplazada en relación con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia.***

El desplazamiento forzado en Colombia se encuentra inmerso en una situación jurídica y fáctica de especial connotación, en tanto que la Corte Constitucional ha declarado desde 2004 la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional (ECI), en razón a que se ha constatado la existencia de un orden masivo y sistemático de vulneración de los derechos fundamentales de la población víctima de este flagelo. Lo anterior trae como consecuencia jurídica adicional, que este grupo poblacional adquiera el estatus de sujeto de especial protección constitucional. Así, el intérprete de la futura ley de víctimas en esta materia no puede contar con la misma libertad con la que cuenta en un contexto donde las normas constitucionales no se encuentran masivamente quebrantadas.

La Corte Constitucional a partir de la Sentencia T-025 de 2004, ha construido una serie de herramientas jurídicas con el objetivo de garantizar una política sistemática y ordenada de atención diferencial para la población desplazada. Dentro de estas herramientas se encuentran los indicadores de goce efectivo de derechos, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, principios tales como los de buena fe, fuerza mayor y presunción de la situación de debilidad manifiesta, entre otros. Dichas herramientas deben ser respetadas en su integridad por parte del legislador, del Gobierno en su ejercicio de reglamentación y del intérprete de la ley de tal forma que ésta constituya una oportunidad para reivindicar los parámetros establecidos por la Corte, en un ejercicio interpretativo que evite privilegiar disposiciones que afectan algunos de los derechos con que ya cuenta la población desplazada.

El principal problema que trae consigo el capítulo correspondiente a la “Atención a las víctimas del desplazamiento forzado” frente a la jurisprudencia y al seguimiento actualmente vigente de la Corte Constitucional en la materia, es la excesiva discrecionalidad que la ley atribuye a las autoridades administrativas encargadas de la atención de la población desplazada en temas cruciales para el ECI como son: el registro (superación del subregistro, evaluación de la fuerza mayor que impide a la víctima declarar dentro del plazo establecido por el proyecto, entre otros), la cesación de las condiciones de vulnerabilidad manifiesta en ausencia de criterios objetivos para evitar que su declaración se base en meras deducciones que podrían hacer quienes están a cargo de hacer la valoración pertinente, el retorno y la reubicación. Es preciso señalar que dicho capítulo, como el conjunto de la ley y al margen de las exigencias de la Corte en la materia, no se construyó con la debida participación de las víctimas.

Por otro lado, sólo existe una mención marginal a los indicadores de goce efectivo establecidos por la Corte Constitucional como criterios que deben ser cumplidos por los funcionarios públicos llamados a aplicar el capítulo mencionado. Es indispensable que este capítulo se encuentre precedido por un principio según el cual, el goce efectivo de los derechos de los desplazados tendrá como instrumentos de medición a los indicadores señalados. Adicionalmente, la ley, anticipándose a una orden o calificación de idoneidad que la Corte Constitucional debe producir previamente en la materia, crea una nueva fase en el tema de la atención humanitaria denominada “*atención humanitaria de transición*”, cuya aplicación depende de una evaluación subjetiva por parte de funcionarios administrativos.

La Corte Constitucional ha insistido en que los aspectos discrecionales de carácter administrativo deben ser colmados por principios a favor de las víctimas que están ausentes en el capítulo para la población desplazada. En materia de retorno y reubicación no se percibe un compromiso contundente por parte del legislador de garantizar la seguridad, dignidad y voluntariedad del retorno en un plano de sostenibilidad socioeconómica, en articulación con los procesos de restitución o compensación en especie. Antes bien, se impone el deber a las víctimas de procurar permanecer en el lugar de retorno o reubicación.

Sumado a lo anterior, el capítulo que regula la atención a las víctimas del desplazamiento forzado establece que las normas que le sean contrarias perderán vigencia. Sin embargo, es preciso que los jueces y funcionarios administrativos procuren privilegiar la aplicación de ciertos aspectos de la Ley 387 y de la Ley 418 de 1997, respecto de la aplicación de los contemplados en la nueva ley de víctimas. De allí, la necesidad de establecer una unidad normativa implícita del proyecto de ley según la cual, se deben incorporar las condiciones más favorables para las víctimas entre las alcanzadas en aplicación de las leyes citadas.

Por último, se percibe que en otras disposiciones que están por fuera del capítulo pero que evidentemente afectan a las víctimas del desplazamiento forzado, se recortan tajantemente varios aspectos favorables que fueron alcanzados a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como es el caso de la bolsa especial y diferencial de vivienda para la población desplazada. Contrario a ello, el legislador ha decidido limitar el monto de los subsidios de vivienda que serán entregados a las víctimas, al equivalente al contemplado para Vivienda de Interés Social (VIS), con lo cual se ha dado un claro retroceso frente a lo ordenado y avalado por la Corte en esta materia, razón por la cual en la interpretación o en el examen de constitucionalidad debe atenderse a estos antecedentes jurisprudenciales para obtener una disposición favorable al goce de derechos de las víctimas.

**8) *El gran desafío: lograr que la institucionalidad contemplada para la “atención y reparación de las víctimas” no sea confusa y de difícil acceso.***

La ley establece un sistema de atención y reparación a las víctimas que a su vez contempla un número plural de instituciones y de rutas de acceso a las distintas ofertas contempladas en el texto. En sentido amplio, puede decirse que los cambios que se produzcan en la

institucionalidad en materia de atención y reparación a las víctimas deben garantizar la eficacia, eficiencia y racionalidad administrativa; de lo contrario, se corre el peligro de generar paralelismos institucionales cuyas múltiples vías de acceso pueden llevar a un proceso de re-victimización de la población al obligarla a remitirse a múltiples agencias o instituciones para obtener el goce efectivo de sus derechos. La experiencia de la Ley 387 de 1997 muestra que en ausencia de una institucionalidad adecuada se produce una denegación de acceso a los derechos y por esta vía se puede llegar a un Estado de Cosas Inconstitucionales (ECI).

El diseño institucional previsto para la atención y la reparación integral de las víctimas presenta una serie de contradicciones que pueden derivar en problemas de superposición de competencias y fallas de coordinación, los cuales, de no ser corregidos en la labor de reglamentación, podría traducirse en la denegación de los derechos.

El principal problema deriva del carácter ambiguo del papel de Acción Social. El sistema general está organizado en torno de un Comité Ejecutivo, que es la máxima instancia de decisión del Sistema y, que por ello debería tener el carácter de un Consejo Superior. En este Comité Ejecutivo participa con voz y voto el director(a) de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (APASCI) y el director(a) de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas (UARIV), adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPRE), para ejercer la coordinación ejecutiva de la política pública, pero como es natural, este funcionario no tiene derecho a voto. A su vez, la ley dispone que la APASCI se convertirá en un Departamento Administrativo nuevo encargado de fijar la política pública en tres campos: Atención a Víctimas, Inclusión Social y Reintegración.

Así las cosas, existe una duplicidad de funciones en organismos de diferente naturaleza. Todos estos problemas se derivan de la pretensión de involucrar forzosamente la agenda de la atención de las víctimas en Acción Social. Por consiguiente, la solución resulta sencilla: en primer lugar, circunscribir el ámbito de trabajo del DAASCI a dos funciones, a saber: la inclusión social entendida como la atención a poblaciones socialmente vulnerables, y la reintegración socioeconómica. En segundo lugar, simplificar el esquema nacional para la atención de los derechos de las víctimas, a partir del Consejo Superior y la creación de la UARIV, tal como está previsto.

Adicionalmente, es necesario resolver otros problemas que se enuncian a continuación. En primer lugar, la ausencia de participación de las víctimas en la máxima instancia de decisión de la política pública, el Comité Ejecutivo, no sólo como invitadas sino con derecho propio, tal como se establece en el caso del Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras (UAEGRT).

En segundo lugar, es muy importante mantener la filosofía de la Ley 387 de 1997, garantizando la participación de la Defensoría del Pueblo en los organismos directivos toda vez que su papel es fundamental en la promoción de los derechos humanos y en la adopción de mecanismos de protección y prevención.

Adicionalmente, existe una confusión en la que se perciben problemas de eficiencia administrativa, toda vez que se habla de una Unidad Administrativa Especial adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, que tendrá además que asumir funciones de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), aparte de la corresponsabilidad territorial y la coordinación general del sistema. Sin embargo, en otro artículo se contempla la creación de una institución de primer nivel de la administración pública del sector central, probablemente el nuevo departamento administrativo en el que se convertirá Acción Social con quien se tendrá que coordinar. Estas tareas difícilmente podrán ser llevadas a cabo con eficacia si no se garantiza un alto nivel jerárquico de la entidad que tenga el mandato de ejecutarlas y claridad sobre el ente responsable de las mismas. Es por ello que el Gobierno Nacional deberá aclarar esta confusión en la labor de implementación y reglamentación de la ley.

Sumado a lo anterior, se percibe que el Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación encargado de diseñar y adoptar las políticas y el Plan Nacional de Atención y Reparación, así como de garantizar la consecución de recursos presupuestales y de realizar el seguimiento a la implementación de la Ley, si bien garantiza la toma de decisiones al más alto nivel por encontrarse liderado por el Presidente de la República o su representante, puede desdibujarse en la medida en que la ley le atribuye la función ejecutiva de atender las solicitudes de revisión de las indemnizaciones aprobadas en el marco del programa administrativo contemplado para ello, a solicitud del Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo o el Ministro de Defensa.

Lo anterior, como ha sucedido con la experiencia del Comité de Reparaciones Administrativas (CRA) del Decreto 1290 de 2008, genera el peligro de que la toma de decisiones de fondo recaiga exclusivamente en la secretaría técnica y no en el Comité como un todo o que éste se vea obligado a dedicar sus reuniones exclusivamente a resolver las solicitudes de revisión mencionadas y no a planificar la política, generándose así vacíos en la implementación real de la ley.

Otros temas preocupantes sobre la institucionalidad tienen que ver con el diseño de las rutas de acceso por parte de la Defensoría del Pueblo, en lo que atañe al rol de esta institución en la orientación a las víctimas en materias como la indemnización administrativa y su papel como instancia de revisión de las decisiones sobre registro de víctimas en un contexto en el cual se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para que reestructure esta entidad, sin establecer ni principios ni criterios a los que deba ceñirse para tal fin.

#### **9) *Supeditación de los derechos de las víctimas a la disponibilidad fiscal del Estado.***

En el artículo 9º el texto aprobado por el Congreso se establece que los jueces, al momento de decidir sobre las medidas contempladas en la ley, deberán tener en cuenta la *sostenibilidad fiscal* de su decisión. Este criterio es a su vez un principio general de la ley junto con los de progresividad y gradualidad. Tal y como están definidos estos principios, la

ley establece que el goce efectivo de derechos de carácter fundamentalmente individual dependerá fundamentalmente de la disponibilidad fiscal del Estado.

El principio de progresividad se expresa en el marco de la ley, como el compromiso del Estado de ir ampliando de manera progresiva el radio de protección de los derechos, sin que el desarrollo de las políticas públicas a su cargo implique un retroceso frente a la exigibilidad de los mismos. Sin embargo, ni siquiera en el plano de los DESC este principio puede ser invocado por un Estado como pretexto para no cumplir con las obligaciones internacionales en la materia, ni mucho menos constituirse en una suerte de autorización a los Estados para que puedan obrar con total discrecionalidad en cuanto a la determinación de la “oportunidad, mérito y conveniencia” para hacer efectivos los derechos.

Es preciso señalar que este principio no tiene eficacia u operatividad tratándose de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, pues con relación a estos derechos no existe un desarrollo paulatino o progresivo de su núcleo esencial, sino que deben ser garantizados y respetados integral e inmediatamente. Lo propio ocurre con el principio de gradualidad según el cual, la reparación de las víctimas queda sometida a la disponibilidad de recursos de la Nación y de las herramientas que defina el Gobierno para financiar las políticas públicas en esta materia. En este sentido, la gradualidad es una prerrogativa a favor del Estado para que las acciones de reparación no se materialicen en un único acto, sino en diversos actos sucesivos en el tiempo, favoreciendo la fragmentación de las medidas de reparación.

Conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, los derechos de las víctimas no pueden ser sometidos a una valoración de disponibilidad presupuestal de los victimarios o del Estado. Frente a las obligaciones en materia de derechos humanos, este último está en el deber de agotar todos los mecanismos para lograr el resarcimiento real de las víctimas, por lo tanto está llamado a acudir a todos los medios a su alcance para lograr la absoluta satisfacción de este derecho, tal como lo establecen los estándares internacionales a este respecto. Por ende, el derecho a la reparación de las víctimas y las demás medidas a las que se refiere la ley no pueden estar sujetas a estos principios, ya que de manera inconstitucional sus expectativas serían inciertas en la medida en que la satisfacción de las mismas dependería de la disponibilidad eventual de recursos del Estado.

#### **10) *Algunos desafíos en materia de memoria y garantías de no repetición.***

El texto aprobado por el Congreso ha establecido que la *garantía de no repetición consistente en la derogatoria de normas o cualquier acto administrativo* que haya permitido o permita la ocurrencia de las violaciones de que trata la ley solamente se producirá “*de conformidad con los procedimientos contencioso administrativos respectivos*”. Lo anterior quiere decir que las víctimas tendrán que demandar estas normas previamente por las vías ordinarias, y en especial, la derogatoria de actos administrativos no surgirá de una decisión del propio Gobierno nacional en un acto de dignificación de las víctimas, como ha ocurrido en experiencias internacionales como las de Argentina y Chile.



Lo anterior plantea un reto importante para la reglamentación de la ley ya que el Gobierno debería tener en cuenta la necesidad de crear un mecanismo administrativo expedito y excepcional para que las víctimas informen al Estado aquellos actos administrativos que en su criterio permitieron o pueden permitir la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos para que el Gobierno los evalúe y proceda a su derogatoria pública y en presencia de las víctimas. De lo contrario, la medida seguirá anclada en los mecanismos ordinarios y no en el de la justicia transicional.

Por otro lado, la ley establece que el Centro de Memoria Histórica no tendrá acceso a documentos que tengan carácter reservado. Esta modificación al texto de la ley parte de la confusión entre acceso público y deber de conservación de los archivos. Es claro que conforme a la Ley 594 de 2000, los documentos amparados por reserva legal no pueden ser de acceso público. Sin embargo, frente a documentos oficiales que tengan relación con el esclarecimiento de violaciones a los derechos humanos, los Centros de Memoria y Archivos generales están en el deber de conservarlos, para garantizar su preservación durante el lapso de tiempo necesario para que sean desclasificados y puedan ser de dominio público, conforme a los artículos 56 y 57 de la Ley 975 de 2005 y al Principio 14 Joint Actualizado. De lo contrario, se correría el peligro de que fuesen destruidos y con ello se generare la insatisfacción del derecho a la verdad de aquellas víctimas o familiares de víctimas de hechos relacionados con los contenidos de dichos documentos.

En este sentido se ha expresado la Corte Constitucional cuando estableció que *“el derecho a la verdad, como derecho colectivo, requiere de algunas garantías que aseguren su ejercicio, entre ellas, y muy especialmente, la conservación y consulta públicas de los archivos oficiales correspondientes. En tal sentido, se deben tomar medidas cautelares para impedir la destrucción, adulteración clasificación de los archivos en que se recogen las violaciones cometidas, y no podrá invocarse confidencialidad o razones de defensa nacional para evitar su consulta por instancias judiciales o las víctimas”*<sup>10</sup>.

Lo anteriormente señalado permitiría plantear que al momento de establecer el reglamento del Centro de Memoria Histórica se contemplara su competencia o función de solicitar oficialmente la desclasificación de documentos tanto nacionales como internacionales, cuando, previo cumplimiento de los requisitos existentes en la materia y conforme a las investigaciones realizadas por el Centro, estos documentos sean de vital importancia para el esclarecimiento de la verdad. Para ello puede observarse la experiencia del *“Archivo de Seguridad Nacional”* de Estados Unidos, o del Decreto 4 de 2010 en Argentina.

### **C. CONSTANCIA HISTÓRICA SOBRE LA AUSENCIA DE PARTICIPACIÓN Y DE CONSULTA A LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN Y DISCUSIÓN DE LA LEY.**

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional. *Sentencia C-872 de 2003*, Magistrada Ponente, Dra. Clara Inés Vargas, Bogotá, 30 de septiembre de 2003.

La iniciativa y posterior trámite del Proyecto de ley no contó con la suficiente participación de las víctimas. Adicionalmente, la ley no contempla la obligación de garantizar la participación de las víctimas en la elaboración del Plan Nacional de Atención y Reparación. Esto contraviene un requerimiento establecido por la Comisión IDH, según el cual, un programa de reparación “(d)eberá necesariamente reflejar el resultado de un proceso abierto y transparente de diálogo y consulta previa con la sociedad civil y las instituciones del Estado involucradas, que legitime y garantice la continuidad, irreversibilidad e institucionalidad de dicha política”<sup>11</sup>.

En el mismo sentido, el conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, estableció en su principio 32 que en el diseño de los procedimientos de reparación “[l]as víctimas y otros sectores de la sociedad civil deben desempeñar un papel significativo en la elaboración y aplicación de tales programas. Deben hacerse esfuerzos concertados para asegurar que las mujeres y los grupos minoritarios participen en las consultas públicas encaminadas a elaborar, aplicar y evaluar los programas de reparación”<sup>12</sup>.

Conforme a lo anterior, la participación no puede ser formal o simplemente informativa, sino que debe contar con criterios y mecanismos concertados para garantizar la participación efectiva de las víctimas. De allí que sea un deber ético e incluso jurídico, dejar constancia de la ausencia de consultas suficientes, así como de suficientes audiencias congresionales encaminadas a escuchar a las víctimas dentro del debate parlamentario.

Adicionalmente, es preciso dejar constancia de la gran cantidad de documentos y pronunciamientos que por su propia iniciativa, los distintos movimientos y organizaciones de víctimas y de derechos humanos han producido en torno al Proyecto de ley, y la poca acogida que sus propuestas han tenido en el texto finalmente aprobado en el tercer debate. Esta falencia debería ser subsanada en el proceso de implementación de suerte que el Gobierno nacional debería esforzarse por garantizar la participación real efectiva de las víctimas en los temas cruciales en los que la propia ley le ordena establecer una producción reglamentación exhaustiva.

---

<sup>11</sup> Organización de los Estados Americanos (OEA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Lineamientos principales para una política pública integral de reparaciones*. Washington D.C., Documento aprobado el 19 de febrero de 2008, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, párr. 4.

<sup>12</sup> Organización de las Naciones Unidas (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* (Principios Joinet), 61º período de sesiones, Tema 17 del programa provisional, 2005, Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1.