

H.H. Magistradas y H. H. Magistrados
Corte Constitucional
E. S. D.

Atención:
H. Magistrada
Maria Victoria Calle Correa

Referencia: Concepto de constitucionalidad sobre apartes de los artículos 79, 88 y 132 de la ley 1448 de 2011, *“Por medio de la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado y se dictan otras disposiciones”*.
Expediente: D-9214

Nosotros, Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón y Marialejandra Moreno Mantilla, integrantes de la Comisión Colombiana de Juristas, atendiendo a la amable invitación hecha por la H. Corte Constitucional, respetuosamente nos permitimos rendir este concepto, en el cual exponemos los argumentos por los cuales consideramos que la disposición acusada debe ser declarada inconstitucional, debido a que restringe distintos derechos y principios de la Constitución Política (CP).

1. Normas demandadas

La demanda se dirige contra ciertas expresiones subrayadas de los artículos 79, 88 y 132 de Ley 1448 de 2011 *“Por medio de la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado y se dictan otras disposiciones”*, que establecen:

ARTÍCULO 79. Competencia para conocer de los procesos de restitución. Los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial Sala Civil, especializados en restitución de tierras, decidirán en única instancia los procesos de restitución de tierras, y los procesos de formalización de títulos de despojados y de quienes abandonaron en forma forzosa sus predios, en aquellos casos en que se reconozcan opositores dentro del proceso. Así mismo, conocerán de las consultas de las sentencias dictadas por los Jueces Civiles del Circuito, especializados en restitución de tierras.

Los Jueces Civiles del Circuito, especializados en restitución de tierras, conocerán y decidirán en única instancia los procesos de restitución de tierras y los procesos de formalización de títulos de despojados y de quienes abandonaron en forma forzosa sus predios, en aquellos casos en que no se reconozcan opositores dentro del proceso.

En los procesos en que se reconozca personería a opositores, los Jueces Civiles del Circuito, especializados en restitución de tierras, tramitarán el proceso hasta antes del fallo y lo remitirán para lo de su competencia al Tribunal Superior de Distrito Judicial.

Las sentencias proferidas por los Jueces Civiles del Circuito especializados en restitución de tierras que no decreten la restitución a favor del despojado serán objeto de consulta ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala Civil, en defensa del ordenamiento jurídico y la defensa de los derechos y garantías de los despojados.

ARTÍCULO 88. Oposiciones. *Las oposiciones se deberán presentar ante el juez dentro de los quince (15) días siguientes a la solicitud. Las oposiciones a la solicitud efectuadas por particulares se presentarán bajo la gravedad del juramento y se admitirán, si son pertinentes. Las oposiciones que presente la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, cuando la solicitud no haya sido tramitada con su intervención deberá ser valorada y tenida en cuenta por el Juez o Magistrado.*

La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, cuando no haya actuado como solicitante podrá presentar oposición a la solicitud de restitución.

Al escrito de oposición se acompañarán los documentos que se quieran hacer valer como prueba de la calidad de despojado del respectivo predio, de la buena fe exenta de culpa, del justo título del derecho y las demás pruebas que pretenda hacer valer el opositor en el proceso, referentes al valor del derecho, o la tacha de la calidad de despojado de la persona o grupo en cuyo favor se presentó la solicitud de restitución o formalización.

Cuando la solicitud haya sido presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas de conformidad con lo previsto en este capítulo y no se presenten opositores, el Juez o Magistrado procederá a dictar sentencia con base en el acervo probatorio presentado con la solicitud.

ARTÍCULO 132. Reglamentación. *El Gobierno Nacional, reglamentará dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, el trámite, procedimiento, mecanismos, montos y demás lineamientos para otorgar la indemnización individual por la vía administrativa a las víctimas. Este reglamento deberá determinar, mediante el establecimiento de criterios y objetivos y tablas de valoración, los rangos de montos que serán entregados a las víctimas como indemnización administrativa dependiendo del hecho victimizante, así como el procedimiento y los lineamientos necesarios para garantizar que la indemnización contribuya a superar el estado de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima y su núcleo familiar. De igual forma, deberá determinar la manera en que se deben articular las indemnizaciones otorgadas a las víctimas antes de la expedición de la presente ley.*

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

En el evento que la víctima acepte que la entrega y recepción de la indemnización administrativa se entienda realizada en el marco de un contrato de transacción, el monto de esta indemnización será superior al valor que le entregaría a la víctima por este mismo

concepto, según el reglamento que para el efecto expida el Gobierno nacional. Los funcionarios o personal encargado de asesorar a las víctimas deberán manifestarle, de forma clara, sencilla y explicativa, las implicaciones y diferencias de aceptar o no que la indemnización sea realizada en el marco de un contrato de transacción.

PARÁGRAFO 1o. El presente artículo surtirá efectos para las indemnizaciones administrativas que sean entregadas a partir de la fecha de expedición de la presente ley, así la solicitud fuese hecha con anterioridad. Así mismo, las víctimas que al momento de la expedición de la presente ley hubiesen recibido indemnización administrativa por parte del Estado, contarán con un (1) año contado a partir de la expedición de la presente ley para manifestarle por escrito, a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional o a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación a las Víctimas si ya estuviese en funcionamiento, si desean aceptar de forma expresa y voluntaria que la indemnización administrativa fue entregada en el marco de un contrato de transacción en los términos del presente artículo. En este evento, la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional o a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación a las Víctimas según sea el caso, deberá volver a examinar el monto de la indemnización entregado a la víctima y comunicarle el procedimiento que debe surtir, de conformidad con el reglamento que el Gobierno Nacional establezca para el efecto, para entregar las sumas adicionales a que haya lugar.

2. Normas que se alegan vulneradas

Los apartes de los artículos 79, 88 y 132 de la ley norma demandada violan el Preámbulo y los artículos 2, 6, 13, 29, 93 y 229 de la Constitución Política (la Constitución); el Preámbulo y los artículos 1, 8, 10 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); el Preámbulo y los artículos 1, 2, 8, 10, 11, 13, 25 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); los artículos 2, 3, 9, 10, 14, 15 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

3. Concepto

3.1. Síntesis

Tal como lo refieren los actores, los apartes de los artículos demandados violan los derechos de las víctimas del conflicto armado, en el sentido en que vulneran su derecho a la igualdad y sus derechos a la verdad, justicia y reparación. Los apartes resaltados del artículo 88 y del artículo 132 de la ley 1448 vulneran el derecho a la igualdad de las víctimas ya que establecen una diferenciación y un criterio discriminatorio entre éstas sin ninguna justificación que sustente la proporcionalidad de la medida. Así, el artículo 88 establece que en los procesos en los que las víctimas estén representadas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas el juez o magistrado debe dictar sentencia sólo con base en el acervo probatorio que presente la unidad, lo que implica un proceso más célere y sin dilaciones; sin embargo, esto no sucede en los procesos en los cuales no medie la representación de las víctimas por parte de tal Unidad, generando una medida discriminatoria hacia este grupo de víctimas. Por su parte, el artículo 132 de la misma ley impone un criterio discriminatorio frente a las víctimas que acepten de manera “expresa y voluntaria” la indemnización administrativa en el marco de un contrato de transacción frente a las que no lo

hagan, lo cual implicaría que con dicha aceptación se manifestaría que tal indemnización incluye todas las sumas que se le deben reconocer por concepto de victimización para evitar procesos judiciales o terminar un litigio pendiente; la norma establece adicionalmente que se le otorgará un privilegio mediante una suma superior a la que se le brindaría por el mismo concepto. El aparte de este artículo no sólo implica tal carácter discriminatorio debido al privilegio que se otorga a las víctimas que acepten tal contrato de transacción, sino que además significa un desconocimiento del estado de vulnerabilidad de las víctimas a las cuales se les está realizando el mencionado ofrecimiento.

Las normas anteriores son violatorias del derecho a la igualdad ya que establecen criterios discriminatorios que no cumplen de manera debida con el juicio de proporcionalidad ni el test de igualdad. La imposición de éste no responde a los criterios de adecuación, necesidad ni proporcionalidad en estricto sentido y desconoce el hecho de que estas víctimas del conflicto armado colombiano que fueron despojadas de sus tierras se configuran como población en condición de debilidad manifiesta.

Sumado a lo anterior, evidenciamos que el legislador desconoció el carácter integral de la reparación integral que merecen las víctimas de graves violaciones a derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Por un lado, el artículo 79 al consagrar que los procesos de restitución serán llevados a cabo en procesos de única instancia, desconoce el derecho a la justicia, que se traduce en un “recurso efectivo”, de especiales características, tratándose de casos en los que se tratan graves violaciones a DD.HH. e infracciones al D.I.H. y el cual se fundamenta en la Constitución así como en preceptos internacionales como el artículo 8 literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que configuran el *“derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*. Se presenta entonces una vulneración al debido proceso y a las garantías que deben brindarse en el mismo. De otro lado, el artículo 88 implica que las víctimas que no estuvieren representadas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas se verían sometidas a un proceso de mayor duración frente a las que sí lo estuvieren, en el cual, además, habría un entendimiento diferente del alcance del poder judicial, toda vez que se establece que, ante ausencia de opositores en la etapa judicial, el juez estaría constreñido a tomar en cuenta las pruebas allegadas por la Unidad de Restitución de Tierras, entidad administrativa a la que la ley confirió la facultad de representar casos, en tanto que, en los casos no representados por la Unidad, el juez trascendería el rol declarativo que se le pretende endilgar. Adicionalmente, el artículo 132 desconoce los derechos de las víctimas en el sentido en que no contempla el derecho a la verdad, tanto en su esfera individual como en su esfera colectiva, así como tampoco menciona el deber del Estado de recordar y de otorgar las garantías para hacer efectivo el derecho a la verdad. Tampoco desarrollará los elementos del derecho a la reparación, como la restitución de la situación a su estado original y la satisfacción o reparación moral, ya que sólo establece la indemnización administrativa como una indemnización económica o pecuniaria a cambio de la renuncia y negociabilidad por parte de las víctimas de su derecho a la verdad y a la justicia. Así las cosas, el legislador parece considerar el perjuicio y el daño sufrido con ocasión de la vulneración a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario como una pretensión negociable y renunciabile, desconociendo su naturaleza y su carácter de gravedad.

3.2. Cargos por los cuales los apartes de los artículos demandados son inconstitucionales y deben ser declarados inexecutable.

3.2.1. Vulneración del derecho a la igualdad al establecer criterios discriminatorios injustificados y desventajosos para las víctimas que no estén representadas por la Unidad Administrativa Especial para la Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y para las víctimas que no acepten la indemnización administrativa en el marco de un contrato de transacción.

Los apartes de los artículos 88 y 132 deben ser declarados inexecutable, pues al expedir la regulación normativa que se acusa, el Congreso no se ajustó a la Constitución. Esto en razón a que el legislador ha establecido tratos diferenciados que se evidencian injustificados y desproporcionados. Así, las víctimas representadas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas van a gozar con el privilegio de un proceso judicial de restitución de tierras mucho más expedito frente al de las víctimas que no poseen tal representación.

El derecho a la igualdad y no discriminación, es la base sobre la que descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional, constituyendo un presupuesto indispensable para el respeto y garantía de los DD.HH.¹ De esa manera, no sólo está reconocido como tal en el artículo 13 de la Constitución Política que establece que *“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*, sino que se le impone el deber al Estado de promover *“las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”* y de proteger especialmente *“a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*². Así mismo, está consagrado en el Art. 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos y se encuentra inexorablemente ligado a la dignidad humana, haciendo parte esta disposición del bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 de la Constitución Política.

La jurisprudencia de tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha distinguido entre distinciones y discriminaciones, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la CADH por ser razonables, proporcionales y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos³. Para que una distinción en el trato no sea discriminatoria, el Estado debe acreditar un interés particularmente importante o una necesidad social imperiosa, que justifiquen la distinción, y que la medida adoptada es la menos restrictiva del derecho en cuestión⁴. Es decir, la distinción en el trato se justifica bajo los

¹ Corte IDH, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica”, Opinión Consultiva OC- 4/8419 de enero de 1984, párr. 55

² Artículo 13. Constitución Política.

³ Corte IDH, Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos, 6 de Agosto de 2008, párrs. 210-211; Corte IDH, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica”, Opinión Consultiva OC- 4/8419 de enero de 1984, párr. 56; Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Opinión Consultiva, OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. párr. 46; Corte IDH, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Opinión Consultiva, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 89.

⁴ Corte IDH, Caso López Álvarez v. Honduras, 1 de febrero de 2006, párr. 157, No. B.

parámetros establecidos en el test de proporcionalidad y el test de igualdad que también ha reconocido la Honorable Corte Constitucional⁵.

La jurisprudencia de esta Corte ha establecido también que el derecho a la igualdad se concreta en cuatro mandatos: (1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)⁶

El aparte demandado del artículo 88 de la ley 1448 establece un trato diferenciado hacia las víctimas partiendo de la representación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. El criterio anteriormente mencionado implica la vulneración de otros principios como lo son el debido proceso y la independencia judicial. Así, algunos procesos de restitución no contarían con la celeridad requerida para la reparación del daño sufrido por las víctimas; sin embargo, los procesos que serían más expeditos en los que el juez fallaría con base en el acervo probatorio allegado por la Unidad en los casos en que no se presente oposición.

La norma cuestionada y que corresponde al artículo 132, por otro lado, también implica una vulneración al derecho a la igualdad pero a raíz del criterio discriminatorio de la aceptación o no de la indemnización administrativa en el marco de un contrato de transacción, ya que las víctimas que lo acepten así recibirán un incentivo de tipo económico a cambio de precaver futuros procesos judiciales o terminar un litigio pendiente. No obstante, esta transacción implica una vulneración, como será visto más adelante, a los derechos de las víctimas relativos a la verdad, justicia y reparación.

Cabe preguntarse por la razón constitucional que justifica este trato desventajoso para ciertas víctimas que se encuentran también en condición de debilidad manifiesta. Por un lado, podría aducirse la importancia de descongestionar el sistema judicial colombiano, al hacer más expeditos los procesos de restitución mediante la reducción de la etapa probatoria en los casos en que se vea involucrada la representación de la Unidad, mientras que por otro, implicaría el desincentivar potenciales procesos judiciales mediante la transacción por parte de las víctimas de su pretensión económica (representativa del perjuicio o daño sufrido por la vulneración a Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario) a cambio de una reparación expedita pero insatisfactoria de acuerdo a los principios internacionales de reparación de víctimas. Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente la desproporción de los criterios y de las medidas, ya que no sólo vulneran el derecho a la igualdad de las víctimas sino que trascienden a la vulneración de otros derechos como el debido proceso.

⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-539 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-913 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia C-093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-055 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

3.2.2. Vulneración al derecho de las víctimas a la justicia en razón al establecimiento de procesos de única instancia frente a violaciones a derechos humanos

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho al debido proceso dentro del ordenamiento colombiano manifestando que éste “*se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”, y estableciendo que “*toda persona (...) tiene derecho (...) a impugnar la sentencia condenatoria*”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho al debido proceso, a las garantías judiciales y a la protección judicial en los artículos 8 y 25 respectivamente, mientras que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a una protección judicial y a unas mínimas garantías judiciales imponen al Estado la obligación positiva de garantizar no solo la existencia de recursos judiciales sencillos, rápidos y efectivos que busquen proteger a toda persona ante actos violatorios de sus derechos fundamentales⁷, sino también que los mismos se sustancien con el pleno cumplimiento de las garantías mínimas del debido proceso legal⁸; lo anterior dentro de la obligación general de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre dentro de los límites de su jurisdicción. De la misma manera, ha resaltado que la mera consagración de los recursos en la Constitución o la ley, no es suficiente *per se* para garantizar una tutela judicial efectiva; se requiere además que estos recursos sean adecuados y efectivos. Este requisito de efectividad se materializa a través del pleno cumplimiento de las garantías judiciales del Art. 8. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues como lo ha reconocido la Corte *no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales de un país o, incluso, por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios*⁹. En relación con las garantías judiciales del Art. 8, la Corte ha manifestado que estas configuran el debido proceso legal y comprenden: (i) el derecho a ser oído, (ii) dentro de un plazo razonable, (iii) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, (iv) establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier proceso que implique la determinación de sus derechos y obligaciones.

El numeral 2 literal h del artículo 8 de la Convención Americana reconoce el “derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”. Se ha interpretado esta norma como la garantía que implica la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió. Es decir, el recurso o la posibilidad de recurrir la decisión debe estar dada a un órgano jurisdiccional distinto de aquél que emitió la decisión que se cuestiona, de manera que de forma subyacente a este principio se encuentra el deseo de hacer justicia a través de la posibilidad de recurrir el fallo ante autoridades de mayor rango y nivel de conocimiento, dada la eventualidad de un error en que puede incurrir el juez. Así las cosas, el ejercicio de este derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior supondría que toda persona tiene derecho a disponer, en un plazo razonable y por escrito, de los fallos dictados en la determinación de su responsabilidad, debidamente motivados, a efectos de su posible apelación.¹⁰

⁷ Corte IDH. Jose María Cantos vs. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Sentencia de Fondo Reparaciones y Costas. Párr. 52

⁸ Corte IDH. Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá. Sentencia del 2 de Febrero de 2001. Párrs. 125 y 237.

⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6/10/1987, párr. 24; Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, cit., párr. 141.

¹⁰ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto y AGUILAR CARDOZO, Luis Enrique. El Debido Proceso

El proceso judicial relativo a la restitución de tierras se configura como un proceso para reparar a las víctimas de violaciones a derechos humanos y derecho internacional humanitario cuyo daño se ve materializado en el despojo de sus tierras. Como ya fue mencionado, el acceso a un recurso judicial efectivo y a la posibilidad de recurrir una sentencia son considerados parámetros internacionales en materia de protección a los derechos humanos. Estamos hablando de procesos cuyas características, naturaleza, pretensión y el objeto mismo del litigio implica una protección que ha sido configurada en diferentes instrumentos internacionales así como dentro del ordenamiento nacional. Las posibilidades de error por parte de los magistrados son considerables en razón a su condición humana, pero cabe preguntarse si son tolerables ante la protección de las víctimas y la real optimización de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

3.2.3. El artículo 132 y la aceptación de la indemnización administrativa en el marco de un contrato de transacción desnaturaliza las pretensiones derivadas de vulneraciones a Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

El aparte demandado del artículo 132 de la ley 1448 que consagra el beneficio por la aceptación de la indemnización administrativa en el marco de un contrato de transacción desnaturaliza las pretensiones derivadas de vulneraciones a Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario al desconocer los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, así como la dimensión simbólica de esta última.

Los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (reconocidos en la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005) establecen que

“15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima.

16. Los Estados han de procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones.

(...)

18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

(...)

20. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:

- a) El daño físico o mental;*
- b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;*
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;*
- d) Los perjuicios morales;*
- e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.”*

Los apartes de la norma demandada vulneran los anteriores principios de las víctimas a obtener reparaciones en el sentido en que desconoce la integralidad de la reparación, la cual debe ser oportuna, adecuada y justa, en atención a la magnitud y la naturaleza del daño y la vulneración sufrida. En ese sentido, una norma que busque la real reparación de las víctimas debe propender por el estudio juicioso de la naturaleza especial de este tipo de violaciones así como de su característica de gravedad que revisten, para poder determinar que no pueden ser equiparables a derechos litigiosos transigibles o negociables.

Adicionalmente, como bien lo establece el mismo artículo 132 de la ley 1448, la indemnización debe contribuir “*a superar el estado de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima y su núcleo familiar*”. Sin embargo, esto no se presenta de manera efectiva cuando la voluntad libre de las víctimas para aceptar o no la indemnización administrativa en el marco de un contrato de transacción, se ve condicionada al recibir un incentivo de tipo económico que parece prevalecer sobre las otras medidas de reparación, como lo son la verdad o la justicia. La indemnización, entendida como una forma de reparación, debe brindarse de manera oportuna y proporcional al daño sufrido y no de manera condicionada al estado de vulnerabilidad de las víctimas.

Las directrices del Sr. L. Joinet, presentadas por éste de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, contemplan dentro del derecho de las víctimas a obtener reparación, medidas individuales y medidas de alcance general y colectivo. Manifiesta, entre otros principios, que el derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima. De conformidad con el Conjunto de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, establecido por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/1996/17), este derecho a obtener reparaciones de tipo individual comprende los tres tipos de medidas siguientes: a) medidas de restitución (cuyo objetivo debe ser lograr que la víctima recupere la situación en la que se encontraba antes); b) medidas de indemnización (que cubran los daños y perjuicios físicos y morales, así como la pérdida de oportunidades, los daños materiales, los ataques a la reputación y los gastos de asistencia

jurídica); y c) medidas de rehabilitación (atención médica y psicológica o psiquiátrica). Frente a las medidas de carácter colectivo se reconocen las medidas de carácter simbólico, en concepto de reparación moral, como el reconocimiento público y solemne por el Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los actos conmemorativos, los bautizos de vías públicas, y las erecciones de monumentos facilitan el deber de recordar.¹¹

Como se menciona anteriormente, es claro que el derecho a la reparación debe tener una dimensión simbólica en razón a la suma gravedad de las vulneraciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario a las cuales son sometidas las víctimas del conflicto armado y del despojo de tierras. No puede desconocerse esta dimensión simbólica y lo que representa por medio de la equiparación de las vulneraciones a derechos humanos con otras pretensiones litigiosas que sí son susceptibles de negociabilidad y transacción.

Cabe analizar las razones aparentemente constitucionales que sustentan la norma en cuestión. Reconocemos que el principio de la sostenibilidad fiscal se configura como un principio constitucional de acuerdo a la jurisprudencia de la Honorable Corte que entra a ser ponderado frente al derecho a la reparación de las víctimas¹². Sin embargo, consideramos que la aplicación de este principio no puede ir en contravía de la reparación de las víctimas de violaciones a derechos humanos y derecho internacional humanitario, cuya gravedad ha sido reconocida en diferentes instrumentos y principios de carácter internacional. Por otro lado, este privilegio derivado de la aceptación del contrato de transacción implica un desincentivo para dar inicio a un proceso judicial apropiado que garantice no sólo el derecho a la indemnización económico sino la concreción de los derechos a la verdad y a la justicia.

4. Conclusión

Con base en los argumentos anteriormente presentados consideramos que los apartes demandados de los artículos 79, 88 y 132 de la Ley 1448 de 2011 son inexecutable, al resultar contrarios a la Constitución Política de Colombia y el Bloque de Constitucionalidad.

De las Honorables Magistradas y de los Honorables Magistrados, con toda atención,

Gustavo Gallón Giraldo
Director
Comisión Colombiana de Juristas

Fátima Esparza Calderón
Coordinadora de Incidencia Nacional
Comisión Colombiana de Juristas

Marialejandra Moreno Mantilla
Auxiliar de Incidencia Nacional
Comisión Colombiana de Juristas

¹¹ GALLÓN GIRALDO, Gustavo y REED HURTADO, Michael. Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones. (Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas). Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá, enero de 2007.

¹² Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-250 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.