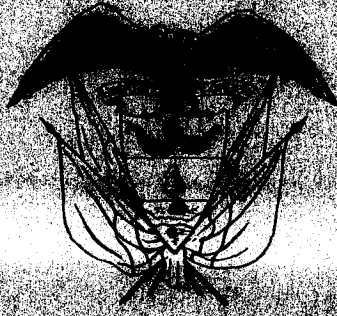


REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

CORTE CONSTITUCIONAL

ASUNTO DE CONSTITUCIONALIDAD

D- 9214

05 JULIO 2012

Radicación _____ Fecha _____

Magistrado _____

ACCIÓN PÚBLICA DE INCOSTITUCIONALIDAD

Asunto _____

**LEY 1448 DE 2011, ARTICULOS 79, 88 Y 132
(PARCIALES)**

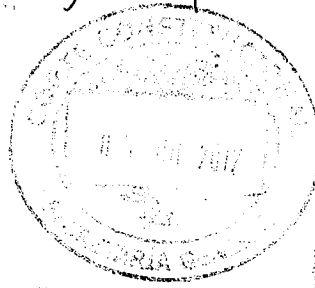
Norma acusada/o a revisar _____

Actor **PITO TOMBE ORLANDO Y OTROS**

Fecha de Reparto _____

**DRA. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
FECHA DE REPARTO: JULIO 18/12**

OK



3:40 pm
D-9214
OK
152. folios

Bogotá, 05 de julio de 2012

Honorables Magistrados y Magistrada
Corte Constitucional de Colombia
Sala Plena
Bogotá D.C.

Referencia: Demanda de inconstitucionalidad contra de los Art. 79, 88 y 132 de la Ley 1448 de 2011.

Nosotros, ORLANDO PITO TOMBE, representante legal de la Asociación Regional del Pueblo Nasa del Putumayo KWES'X KSXA'W, JANI RITA SILVA, representante legal de la Asociación de desarrollo integral sostenible Perla Amazónica, JENER JAVIER HOYOS ZUÑIGA, LEONAIRO ZUÑIGA ACOSTA, ANIBAL VEGA, CARLOS ANCIZAR CHILITO GIRON, miembros de la asociación campesina Bienandantes del municipio de Sucre, Cauca. LEIDY AMPARO GUZMAN MUÑOZ, YENI PAPAMIJA, CLEMENTE ALVARADO LOPEZ, RODOLFO MARTINEZ, ANY YOLIMA ZUÑIGA, BLANCA LUCIA BELTRAN MORENO, desplazados del municipio de Argelia, Cauca. MARÍA FIDELINA PILLIMUE y LUZ MARINA QUCHUMBE QUILINDO, habitantes del municipio de Inzá, Cauca. ORLANDO ARBOLEDA, habitante del municipio de Trujillo, Valle, ONEY HINESTROZA y GONZALO DELGADO, miembros del Consejo Comunitario de la Cuenca Baja del Río Calima, Comunidad del Crucero Kilometro 9, WILSON GARCIA, representante legal del Cabildo Indígena Guayacán, ISABELINO VALENCIA RODALLEGA, representante legal del Consejo Comunitario del Bajo Naya, LIGIA MARIA CHAVERRA, miembro del Consejo Comunitario de la Cuenca del río Curbaradó, Zona hamanitaria, Camelias, El tesoro. MARIA TRINIDAD GALLO GALLO y JAMES MANUEL RUIZ GALLO, integrantes de la comunidad Apartadocito, perteneciente al título colectivo del Curvaradó, Carmen del Darién, Choco, MARIA SANTOS MEDINA CUCHIMBA, representante legal de la Comunidad Civil de Vida y Paz -CIVIPAZ, JULIA ISABEL TORRES CANCIO, miembro de la empresa comunitaria la Alemania, San Onofre, Sucre y DANILO RUEDA RODRIGUEZ, representante legal de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz. Identificados como aparece al pie de nuestras firmas, mayores de edad, en nuestra condición de ciudadanos y ciudadanas en ejercicio y actuando en nombre propio y/o de las entidades que representamos, con fundamento en el artículo 40 de la Constitución Política, en el decreto reglamentario 2067 de 1991 y en el Acuerdo 05 de 1992 de la H. Corte Constitucional, presentamos ante este Despacho Judicial **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** de la referencia, presentada contra algunos apartes 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"*.



1. NORMA DEMANDADA

La presente demanda se dirige contra las expresiones subrayadas del artículo 79,88,132 y 147 de la Ley 1448 de 2011, apartados que se subrayan a continuación:

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"

TÍTULO IV REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

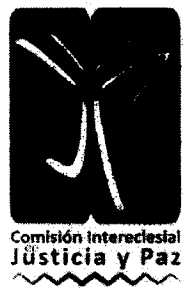
CAPÍTULO III Restitución de tierras. Disposiciones Generales

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 (...)"

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.

CAPÍTULO VII
Indemnización por vía administrativa

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 1°. 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.

(...)

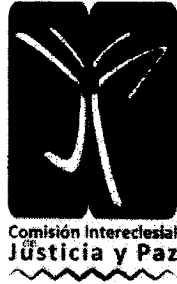
2. Normas Constitucionales violadas

Las expresiones demandadas de los artículos 79, 88 y 132 de la ley 1448 de 2011, vulneran el Preámbulo y los artículos 2, 6, 13, 29, 93 y 229 de la Constitución Política de Colombia.

Igualmente y de acuerdo con el bloque de constitucionalidad aceptado por la jurisprudencia de este alto tribunal, las normas demandadas vulneran los siguientes:

Declaración Universal de los Derechos Humanos: Preámbulo y los artículos 1, 8, 10 y 25.

Convención Americana de Derechos Humanos: Preámbulo y los artículos 1, 2, 8, 10, 11, 13, 25 y 63.



Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 2, 3, 9, 10, 14, 15 y 26.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 3

Desde esta misma perspectiva, y en aplicación del concepto de bloque de constitucionalidad en sentido lato, presentamos como marcos interpretativos que deben ser tenidos en cuenta en el análisis de la norma demandada, *los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas* y *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 el Sistema de Protección de Naciones Unidas respecto de la garantía y protección de los derechos de las víctimas.

3. Fundamentos de la demanda

Los argumentos de la presente demanda se desarrollaran con base en los fundamentos de la violación, es decir en relación a la (i) vulneración al derecho a la igualdad, respecto de los artículos 88 y 132 y de la (ii) vulneración a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación respecto de los artículos 79, 88 y 132. El análisis comenzará con la presentación de un contexto general de los antecedentes y la situación histórica del despojo de la tierra en Colombia, relevando la importancia de la norma en cuestión. Posteriormente se hará la argumentación de los cargos de acuerdo con la estructura enunciada.

3.1. Cuestiones preliminares

3.1.1. Sobre la forma

Consideramos de importancia, explicar a la honorable corte Constitucional, el proceso surtido por las comunidades firmantes a través tanto de sus miembros como de sus representantes legales. Esta demanda viene suscrita un número diverso de comunidades que se encuentran a lo largo y ancho del territorio nacional, en zonas rurales en donde el acceso y las comunicaciones son de gran dificultad. A causa de lo apartado de los territorios y con el fin de agilizar el proceso de firma, cada una de las comunidades desarrollo un formato en el que se encuentran los datos principales de la demanda en el sentido de que se entienda que la suscriben en su totalidad. Por esta causa al texto de la demanda se adjuntan los formatos firmados por los diferentes miembros de las



comunidades que actúan en este caso como demandantes y que han sido enunciados en el encabezado del presente documento.

3.1.2. Contexto

Tal como afirma el texto de la exposición de motivos de la ley en cuestión, el reto del Estado es *“reparar un enorme daño sufrido por casi medio millón de hogares campesinos, sumidos en la indigencia y la pobreza en tugurios urbanos, y con ello, saldar una deuda insoluble que la sociedad y el Estado tienen con las víctimas del despojo y un deber ineludible si el Estado colombiano quiere cumplir las normas del derecho internacional humanitario que forman parte del bloque de constitucionalidad.”*

Según el mismo texto, el despojo contiene varias formas de victimización. La ley asume la reparación por: las compras forzadas a menor valor y el destierro; la usurpación física de la posesión y la destrucción de las viviendas y cercas que delimitaban los predios; la legalización a través de transferencias forzadas, con la participación de notarios y registradores borrando el rastro de los despojadores a través de testaferros y múltiples trasposos a terceros de aparente buena fe; la afectación de derechos de tenencia y posesión, interrumpiendo el término de prescripción de forma que terceros obtuvieron títulos de adjudicación o titularon por vía judicial a su favor; las declaraciones del INCORA o del INCODER de caducidad sobre los títulos de beneficiarios de reforma agraria cuando se desplazaron y readjudicaron las parcelas a otras personas; la alteración del catastro por parte del IGAC desaparecer la cédula catastral de los despojados; y la representación parlamentaria de los despojadores, cuyos votos contribuyeron a la continuación de la presión armada.

Fuera de tal redacción quedan los intereses que rodean al despojo, de actores estatales y no estatales, que contribuyen a la continuación de la concentración de la tierra en Colombia y al resurgir de los grupos armados para asegurarla. Se legaliza así una restitución en la que no se motiva ni se dan garantías para el retorno a las tierras usurpadas, se formaliza la situación jurídica (a través, por ejemplo, de los contratos de transacción) para que la tierra sea un fácil objeto de negociación de estos grandes intereses y no el modo de vida de las víctimas a las que se las usurparon. En definitiva, se dan las herramientas para que no se modifique la estructura de la tenencia de la tierra en Colombia

Garantizar el goce efectivo de los derechos de la población desplazada, exige por ello la superación de las condiciones estructurales del propio desplazamiento forzado y el despojo. Entre ellas, i.) el fenómeno del “acaparamiento global de la tierra”, ii.) la concentración de la propiedad de la tierra en Colombia, y iii.) el resurgir paramilitar.



i.) el fenómeno del “acaparamiento global de la tierra”

La política pública del Gobierno colombiano en relación a la explotación de recursos naturales, responde al fenómeno global conocido como “acaparamiento mundial de tierras” que hunde sus raíces en: la creciente demanda de alimentos en el mundo; el afán de rentabilidad de los grandes inversionistas en plantaciones forestales; biocombustibles, alimentos y cultivos funcionales al sector agroindustrial¹. Para ello, se necesitan un alto volumen de capital, grandes extensiones de tierra y condiciones de seguridad jurídica.

La tierra se convierte así en un bien estratégico en el mundo y la política agraria nacional se incorpora a este modelo de desarrollo priorizando una economía del campo basada en los llamados “agronegocios” o en latifundios para la ganadería extensiva. Todo se lleva a cabo en áreas amplias del país donde históricamente se han asentado comunidades campesinas, indígenas, afrodescendientes y mestizas.

Es la Corte Constitucional quien confirma este proceso:

“durante algún tiempo, la atención ha estado más centrada en el conflicto armado como causa y en el desplazamiento como consecuencia, descuidándose la lectura del papel que han estado jugando la tierra y el territorio. En la actualidad no cabe duda de que el desplazamiento forzado se trata en sí mismo de una estrategia de guerra, que procura la desarticulación de las organizaciones sociales, el control de los poderes locales, el control de territorios estratégicos de recursos de diversa índole, el control de regiones beneficiarias de programas de desarrollo y megaproyectos, el control de los negocios lícitos e ilícitos y, el acaparamiento de la propiedad de la tierra, entre otras, para beneficio de determinados sectores que controlan la riqueza y definen el desarrollo”.

ii.) la concentración de la propiedad de la tierra en Colombia

Colombia es uno de los países con más alta desigualdad en la propiedad rural en América Latina y en el mundo. Las cifras son alarmantes:

¹ Le Monde Diplomatique/ el diópló 104/ septiembre 2011/ pág 9. “El acaparamiento masivo de tierras”, por Carlos Alberto Suascún Barón. Disponible en: <http://www.wilsonarias.com/images/Documentos/lemondiploomatic.pdf>

² Auto 237 de 2008 de la Corte Constitucional de Justicia en el marco del incumplimiento de las órdenes impartidas en el Auto 092 de 2008 para proteger los derechos fundamentales de las mujeres en desarrollo de la sentencia T-025 de 2004.



Comisión Interreligiosa
de
Justicia y Paz

- Para el año 2009, el índice de Gini de propietarios ascendió a 0,87 y el de tierras a 0,86³.
- En estudios de 2003⁴, el 62,6% estaba en manos del 0,4% de los propietarios y el 8,8% en manos del 86,3% y esta tendencia nunca ha dejado de ir en aumento.

La solución que el PNUD propuso en 2011 para combatir esta situación, fue la implementación de una *"reforma rural transformadora (que fuese) más allá de una reforma agraria y considera(se) cambios en la estructura de la tenencia de la tierra"*.

iii.) el resurgir paramilitar

*"La definición de los grupos herederos de los paramilitares y narco paramilitares desmovilizados como bandas de crimen organizado que no hacen parte del conflicto armado sino de agendas policiales, sigue pesando para subvalorar su incidencia en las estructuras de poder regional y local, sus conexiones con la política, los negocios de tierras y minería. También se subvalora el impacto de las actividades violentas de esos grupos en la violación de derechos de la población civil y la continuidad de entronques con autoridades y miembros de la fuerza pública".*⁵

La realidad tras los procesos de desmovilización es que la presencia de estos grupos en el país ha aumentado de 360 a 406 municipios, con un crecimiento muy visible de los conocidos como los Paisas (66%), Rastrojos (34%) y Urabeños (32%)⁶ llevando a cabo acciones tan contundentes como los decretos de paros armados en Urabá y Córdoba en enero de este año.

En un contexto con una problemática estructural aún no resuelta, la restitución de tierras a las víctimas del despojo compromete al Estado colombiano en el cumplimiento de los derechos establecidos por normativa nacional, internacional y por las resoluciones de la Corte Constitucional⁷ que incluye los derechos a: una información clara y concreta de entidades vinculadas a proyectos de asistencia y protección a población desplazada; al retorno, a la restitución como estabilización económica; a la protección de la vida e integridad de todos los miembros de las

³ PNUD 2011 "Colombia rural. Razones para la esperanza".

⁴ Revista de Economía Institucional. Vol. 13 n.º 24 Primer Semestre/2011/ pág. 341 y "Defensoras y defensores reclamantes de tierras en Colombia" Campaña Nacional e Internacional por el Derecho a Defender los Derechos Humanos en Colombia. Diciembre 2011. Pág. 5

⁵ Informe INDEPAZ "Consolidación territorial y resurgimiento de paras y guerrilla" Camilo González Posso. Febrero 2012. Disponible en: http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2012/03/732_CONSOLIDACION-TERRITORIAL-Y-RESURGIMIENTO-DE-PARAS-Y-GUERRILLA.pdf

⁶ Ibidem

⁷ Auto de 18 de mayo de 2010 para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las comunidades de Curvaradó y Juguamiandó en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004 y de los autos de seguimiento, en particular del Auto 005 de 2009.



comunidades implicadas; a la investigación de los hechos a fin de identificar responsables e imponer las sanciones correspondientes; a la adopción de medidas para garantizar que los beneficiarios de estos derechos puedan seguir viviendo sin coacciones ni amenazas en los lugares que habiten; a la protección especial a las zonas humanitarias de refugio; a mecanismos de supervisión continua y de comunicación permanente; a la participación efectiva y transparente de los beneficiarios de estas medidas en la planificación e implementación de las mismas; y a la aplicación de las presunciones de ilegalidad de las transacciones que se hayan realizado para la explotación, uso, o transferencia de la propiedad, de la posesión o la tenencia de los territorios colectivos, a que hace referencia el Auto 005 de 2009.

La Comisión de Justicia y Paz ha conocido los riesgos de una restitución reconocida judicialmente, pero no garantizada y con graves falencias en la protección de los derechos implicados. Durante su acompañamiento a las comunidades de Curvaradó y Jiguamiandó en el Atrato chocoano, ha conocido las grandes dificultades del proceso que se pretende llevar a cabo. Las comunidades que retornaron, se encontraron con que sus tierras habían sido invadidas por cultivos de palma aceitera. Además, denuncian amenazas constantes de los grupos paramilitares Los Rastrojos y Los Urabeños, de la presencia del narcotráfico, de los ganaderos y agricultores que no quieren devolver esas tierras e incluso han sido testigos del asesinato de uno de sus líderes, Manuel Ruiz, y su hijo el pasado 23 de marzo de este año por las llamadas Águilas Negras en una lógica de "grupos de antirestitución". Un día después, debía llegar la comisión del Incoder para marcar los linderos del mapa de Curvaradó y Jiguamiandó. Él se había comprometido a guiar a estos funcionarios para que pudiera empezar el proceso de desalojo de los poseedores de mala fe ordenado por el Tribunal Contencioso Administrativo desde 2009.

Por tanto, es claro que, de no atacar los problemas estructurales que atañe una verdadera restitución, no se contribuirá más que a perpetuar esa vulneración de derechos sistemática y generalizada contraviniendo lo estipulado por la Corte Constitucional en 2004, es decir, la obligación del Estado a *"adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades (...) en lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado "cláusula de erradicación de las injusticias presente (y), debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación"*



*que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos.*⁸

3.1.3. Sobre el contrato de transacción

Este contrato, es una figura típica del derecho privado, se refiere a una forma especial de extinguir las obligaciones por medio del cual las partes deciden por *mutuo acuerdo* resolver una situación jurídica determinada sobre la que hay disputa.

Se pretende con esta norma, la aplicación de este contrato para regular la relación entre el Estado y las víctimas de las graves vulneraciones a sus derechos como consecuencia de la acción de los grupos armados al margen de la ley y con responsabilidad del Estado ya sea por acción o por omisión al incumplir sus funciones generales garantía de los derechos de los ciudadanos de acuerdo con lo consagrado en la Constitución Política de Colombia y los tratados internacionales suscritos.

Sin embargo, resulta evidente que en esta pretensión se está dejando de lado las características especiales de los sujetos cuya relación se pretende regular, la división fundamental entre normas de derecho público y de derecho privado se fundamenta entre otras cosas en la asimetría que hay entre el sujeto público “el Estado” y los particulares.

La dicotomía entre derecho público y derecho privado se remonta al derecho romano, en donde por primera vez en las instituciones de Justiniano se dice, “*Dos son las posiciones que se ofrecen en el estudio del derecho: el derecho público y el privado: es derecho público el que contempla la condición del pueblo romano; privado, el que atiende a la utilidad de los particulares, pues algunas cosas son de utilidad pública y otras de utilidad privada (...)*”⁹

De esta forma aún en la actualidad se mantiene en algunos niveles esta separación, explicada mediante diferentes teorías, por ejemplo, según Eduardo García Máynez, la dicotomía atiende a la naturaleza de las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, de esta forma, si se presenta una relación de *coordinación*, ya sea entre particulares o de estos con el Estado, se estará frente a normas de derecho privado y serán de derecho público cuando regulen relaciones de subordinación¹⁰.

⁸ Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional. Declaración del estado de cosas inconstitucional de las víctimas del desplazamiento forzado. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

⁹ Ley, la Título I, *De justitia et jure*. Libro I del Digesto.

¹⁰ García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, 42ª. Ed., México, Porrúa, 1991, P. 134.



Desde esta perspectiva, es claro que un contrato con las características de la transacción pretende regular relaciones en donde las partes se encuentren en igualdad de condiciones para negociar sus pretensiones con el fin de conjurar un litigio en curso o futuro haciendo concesiones mutuas.

En este caso, es inconcebible considerar que las víctimas del conflicto armado se encuentran en igualdad de condiciones con el Estado con el fin de acordar extinguir las obligaciones de este en lo que se refiere a satisfacer su derecho a la reparación en los términos establecidos por la normatividad y la jurisprudencia tanto nacional como internacional.

En segundo lugar, de acuerdo con lo establecido en las normas vigentes, el contrato de transacción, se caracteriza por la (i) Existencia de una diferencia litigiosa, ya sea que se haya iniciado o no un proceso judicial (ii) La voluntad expresa de ambas partes de ponerle fin a dicha diferencia por este medio y (iii) La reciprocidad en las concesiones que realiza cada parte.

Entonces, cuando se trata de regular las relaciones Estado - víctimas, resulta también evidente que las características de este contrato no pueden materializarse, como lo explicaremos a continuación.

La existencia de una diferencia litigiosa. El Estado pretende mediante la consagración del contrato, conjurar un posible litigio en el cual las víctimas reclamen su responsabilidad ya sea por acción o por omisión en las vulneraciones a sus derechos. De acuerdo con la naturaleza de la indemnización administrativa, esta tiene como objetivo reconocer la calidad de víctimas por violaciones a los derechos humanos y derecho internacional humanitario a manos de grupos al margen de la ley, excluyendo cualquier tipo de reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, en ese sentido cuando se llega a la indemnización administrativa, la institucionalidad está reconociendo exclusivamente la calidad de víctimas de quien ante él reclama.

El litigio que quiere conjurarse en este caso es entonces el de la determinación de la responsabilidad que puede tener el Estado en las graves violaciones a los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado. En este sentido, es sencillo concluir que estaría incumpliendo con su deber de adelantar investigaciones diligentes con el fin de llegar a la verdad, la justicia y la reparación integral, en el sentido de excluir la posibilidad de que se adelante un juicio en el que se pueda establecer su responsabilidad, lo que cabe preguntarse es si puede aceptarse en el marco de un proceso de justicia transicional el uso de un contrato de carácter privado para extinguir la obligación de reparación integral del Estado y de esta forma sustituir los mecanismos



establecidos y reconocidos por la legislación y jurisprudencia nacional e internacional como válidos para cumplir con el objetivo de satisfacer los derechos de las víctimas, con el de la indemnización administrativa de la cual se ha dicho en repetidas ocasiones que aunque no deja de ser un mecanismo aceptable no puede ser el único y tampoco el principal para ese fin.

La voluntad expresa de ambas partes de ponerle fin a dicha diferencia por este medio. Como en cualquier contrato de carácter privado, la voluntad libre de todo vicio es un elemento esencial para su validez, en ese sentido se requiere igualdad en las condiciones de cada uno de los contratantes para que pueda predicar que su voluntad de contratación tiene esta característica. Sin embargo, en este caso varios factores inciden en que la voluntad de las víctimas no pueda considerarse libre, (i) la condición de vulnerabilidad especial en la que se encuentran, la cual en la actualidad debe considerarse un hecho notorio y que tiene implicaciones respecto de su propia posibilidad para satisfacer sus necesidades básicas (ii) como consecuencia de lo anterior, el privilegio que otorga la ley para aquellos que acepten que la recepción de la indemnización administrativa se haga en el marco de un contrato de transacción de recibir una suma mayor, incide directamente en la formación de su voluntad y afecta la libertad con la cual se supone se toma esta decisión.

La reciprocidad en las concesiones que realiza cada parte. El artículo 2469 del Código Civil, al regular el contrato de transacción establece “no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”, en este caso, resulta evidente cuáles son las concesiones realizadas por las víctimas, quienes al aceptar este contrato están renunciando a su derecho de acceder a la justicia, renuncian a acudir al aparato judicial del Estado para que este determine la responsabilidad de sus instituciones en las violaciones de las que han sido víctimas y en ese sentido a uno de los elementos esenciales de la reparación integral. Por el contrario cuando se trata de determinar cuáles son las concesiones realizadas por el Estado el panorama no es claro, ya que como se ha expresado el pago de la indemnización administrativa es el reconocimiento de la calidad de víctima, por tanto el pago de esta por parte de la institucionalidad no puede considerarse una concesión ya que esto no estaría en discusión y dado que en estos casos el Estado no estaría haciendo más que pagar estas sumas resulta claro que no hay de su parte ninguna concesión.

3.1.4. Sobre la libertad de configuración legislativa

El funcionamiento del Estado democrático de derecho, sólo es posible en un marco de respeto al principio de separación de poderes, en donde cada una de las ramas del poder público reconozca sus funciones y de forma equilibrada se relacione con las demás,



desde esa perspectiva se reconoce la existencia de un amplio margen de libertad de configuración legislativa, para esta rama. El punto de partida para esta determinación la da el texto constitucional como documento en el que se plasman los principios que rigen a las instituciones estatales y los derechos en cabeza de todos los ciudadanos, así se le otorga legitimidad a dicho mandato lo cuál irradia el desarrollo de la función legislativa.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en afirmar que en aspectos procedimentales la libertad de configuración legislativa que le asiste al legislador es amplia y que en ese sentido en la regulación de los procedimientos judiciales posee un amplio margen de discrecionalidad.¹¹ En la Sentencia C-046 de 2006¹² lo expresa en los siguientes términos: “(...) *con fundamento en sus atribuciones constitucionales (art. 150 C.P.), es el legislador el llamado a establecer en las diversas actuaciones judiciales los procedimientos que han de surtirse, las acciones, los términos, los recursos y en general todos los aspectos propios de cada proceso atendiendo su naturaleza, a fin de establecer las reglas que han de observarse (...)*”¹³

Sin embargo y teniendo como marco el principio democrático, también ha sido reiterativo el alto tribunal en afirmar que aunque el margen de discrecionalidad sea amplio, esto no quiere decir que sea absoluto y que como es lógico “(...) *encuentra sus límites en los principios y derechos constitucionales, cuyo núcleo esencial tiene el deber de salvaguardar y garantizar, y es esa la razón por la cual las normas procedimentales que éste expida deberán respetar los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad a fin de salvaguardar tales propósitos de categoría superior*”¹⁴ (...)

Tratándose de límites, la Corte ha señalado que las regulaciones y diferenciaciones impuestas por el legislador no pueden ser en ningún caso discriminatorias o arbitrarias, puesto que en todo caso deben respetar el derecho constitucional al debido proceso y el derecho de defensa.

Sobre el particular esta Corporación en la sentencia C-561 de 2004¹⁵ dijo lo siguiente:

“[P]or esta razón, la ausencia de consagración explícita en el texto constitucional de una garantía procesal en relación con un determinado tipo de procedimiento, no faculta al legislador para regular indiscriminadamente dicha garantía, ya que los principios de razonabilidad y proporcionalidad conducen a la obligación de velar

¹¹ Sobre el tema relativo a la potestad de configuración legislativa se pueden consultar entre otras, las sentencias C-788 de 2002, C-1091 de 2003, C-561 de 2004.

¹² Magistrado Ponente, Dr. Jaime Córdoba Triviño, Bogotá D.C., 14 de junio 2006.

¹³ Ver sentencia C- 1253/05 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁴ Sentencia C-1005 de 2005, M.P. Alvaro Tafur Galvis, Bogotá D. C., 3 de octubre de 2005.

¹⁵ Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, D. C., 1 de junio de 2004.



Comisión Interreligiosa
Justicia y Paz

por la vigencia del contenido material de los distintos bienes jurídicos previstos en la Carta Fundamental. Por ello, las exclusiones de las garantías idóneas y suficientes para la defensa de los derechos de los asociados en un determinado proceso, deben estar plenamente justificadas a partir de un principio de razón suficiente, vinculado al logro de un fin constitucional válido.

Una norma procesal resulta discriminatoria cuando las personas que deben tomar parte de una determinada actuación procesal, o se verán afectadas positiva o negativamente por ella, reciben un trato distinto a quienes se encuentran en una situación similar, sin que dicho tratamiento distinto encuentre una justificación constitucionalmente aceptable. En otras palabras: un trato legal discriminatorio no se configura frente a las actuaciones procesales en sí mismas, puesto que éstas, en tanto actos jurídicos sucesivos en el tiempo, son diferentes entre sí por naturaleza; un trato legal discriminatorio surge entre las personas relacionadas con dichas actuaciones procesales. Una determinada regulación legal del proceso resultará lesiva del principio constitucional de igualdad cuando las personas que se relacionan de una u otra forma con tal proceso son tratadas por la ley en forma diferente, a pesar de que deberían recibir un trato igual por mandato de la Constitución.”

En este caso, resulta imperioso tener en cuenta que la obligación de legislar en materia de graves violaciones a derechos humanos impuesta al Estado colombiano, se deriva del artículo 2 de la Convención Americana¹⁶, y que se constituye en una herramienta para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos contemplados en este instrumento internacional. De acuerdo con la Corte IDH, este deber “(...) incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas **para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas**¹⁷” (Negrilla fuera del texto)

Por lo cual, no puede perder de vista el legislador que su libertad de configuración legislativa encuentra también un límite en esta obligación de los Estados de garantizar mediante medidas de este tipo, que la organización del aparato gubernamental se

¹⁶ De acuerdo al artículo 2 de la Convención Americana: Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 79. En igual sentido, *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 122; *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, supra nota 21, párr. 57; y *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207



constituya para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁸.

Desde esa perspectiva, como criterio de interpretación, consideramos que el análisis de constitucionalidad que aquí se pretende, debe hacerse dentro de un marco de respeto por el ejercicio de la facultad constitucional otorgada al legislador de hacer leyes y expedir códigos en las distintas ramas del Derecho. Pero con un apego estricto a los límites que a esta se imponen teniendo en cuenta por un lado su carácter relativo en lo que se refiere a no poder ir en contra de los principios y valores establecidos por la Constitución Política y por el otro al tema que en este caso se pretende regular, esto es, los derechos de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos a causa del conflicto armado en Colombia, teniendo en cuenta la obligación que le corresponde al Estado de cumplir esta función en el marco anteriormente señalado.

3.2. Cargos de inconstitucionalidad contra la Ley 1448 de 2011 relativas al capítulo de restitución de tierras

3.2.1. Vulneración al derecho a la igualdad de las víctimas

3.2.1.1. Normas violadas

Los apartes subrayados de los artículos 88 y 132 de la ley 1448 de 2011, vulneran el derecho a la igualdad establecido en el preámbulo y en los artículos 1, 2 y 13 de la Constitución Política; 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

3.2.1.2. Concepto de la violación

El derecho a la igualdad¹⁹ se configura en esencia en la consideración de todas las personas, por el hecho de serlo, como titulares de la misma dignidad y valor, esto se materializa en la consagración normativa presente en los instrumentos internacionales de derechos humanos, según los cuáles todas las personas nacen libres e iguales ante la

¹⁸ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 166; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 92 y *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 110.

¹⁹ Artículo 24 de la Convención Americana: "Todas las personas son iguales ante la ley". En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, "a igual protección de la ley".

Artículo 7 de la Declaración Universal: "Todos son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación alguna a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra cualquier discriminación violatoria de esta Declaración y contra cualquier incitación a dicha discriminación".



ley.

Esta consagración de igualdad formal, que tiene su origen en el entendimiento de la ley como un ente general abstracto hizo crisis para dar paso a un concepto de igualdad que se traduce en el reconocimiento de las diferencias y del papel del Estado en el proceso de corregir las desigualdades sociales que puedan presentarse. Ante esta perspectiva se reconoce la necesidad de tratos diferenciados siempre y cuando estos deriven de razones justificadas. En todo caso, de acuerdo con la normatividad internacional, cualquier distinción basada en razones de sexo, raza, origen familiar o nacional, lengua, religión y opinión filosófica o política, siempre será ilegítima, desde esta perspectiva se configura el principio de *no discriminación* referido a la prohibición de tratos diferenciados basados en razones, arbitrarias o irrelevantes.

Desde esta perspectiva, el derecho a la igualdad no significa que las normas deban ser iguales para todos, sino que deben aplicarse sin discriminación alguna, es decir que lo que se busca es la equidad y no la identidad en el tratamiento²⁰.

La noción de igualdad, es incompatible entonces con acciones que tiendan a privilegiar a un determinado grupo por encima de otro, generando discriminación en el goce de los derechos del último, cuando dicha diferenciación no tenga su origen en una razón que pueda considerarse justificable, por esto se ha considerado que no toda diferencia de trata es en si misma ofensiva a la dignidad humana, de hecho, dado que existen desigualdades materiales, se ha concluido que es legítimo derivar de ellas desigualdades de tratamiento jurídico, sin que por ello se contraría la justicia.

El principio de igualdad emanado del artículo 13 de la Constitución de 1991, impone al Estado el deber de tratar a todos lo individuos de manera igualitaria, sin imponer cargas que propicien la desigualdad de algunos ciudadanos; este deber no puede ser ajeno a la formulación de normas, pues estas como imposición general en la sociedad establecen una mayor afectación a este derecho. Para determinar si una norma vulnera el derecho a la igualdad podríamos tomar la fórmula del Tribunal Constitucional Federal de Alemania²¹, según la cual:

“se vulnera el principio y el derecho a la igualdad, cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma”.

²⁰ Nota del texto del Proyecto del Pacto Internacional sobre Derechos Humanos, 10 UN, GOAR, Anexos (Tema 28 de la Agenda, punto II) 1, 61, UN.Doc. A/2929 (1955). Nota del texto del Proyecto del Pacto Internacional sobre Derechos Humanos, 10 UN, GOAR, Anexos (Tema 28 de la Agenda, punto II) 1, 61, UN.Doc. A/2929 (1955).

²¹ Sentencia del Primer Senado del Tribunal Constitucional Federal, 7 de Octubre de 1980.



En este sentido, ante las necesarias diferencias de trato derivadas de la noción actual de igualdad, corresponde analizarlas para determinar si estas se constituyen en vulneratorias de los derechos y por tanto no se pueden sostener dentro de un ordenamiento democrático, para este fin la jurisprudencia constitucional colombiana ha adoptado un test de igualdad dirigido a determinar si una medida resulta discriminatoria. En este caso, se trata de estudiar el trato diferenciado para las víctimas en dos contextos, pero que se expresa en ambos casos en un privilegio otorgado a un grupo de víctimas por encima de otras, por un lado, en el proceso judicial en donde aquellas que sean representadas por la UAEGRTD, enfrentarán un proceso más corto en la medida que los jueces podrán fallar con las pruebas presentadas con la solicitud. Por el otro lado, tratándose de la indemnización administrativa, la norma le otorga un privilegio a aquellas víctimas que acepten recibirla en el marco de un contrato de transacción, el cual se expresa en una suma de dinero.

Es así, como la jurisprudencia colombiana en numerosas ocasiones ha asegurado que el trato diferenciado puede ser aceptado siempre que su aplicación supere las etapas e implicaciones que deben seguir el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad, de esta forma es posible reconocer si una disposición normativa es o no violatoria del derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional señala al respecto²²:

*"lo primero que debe hacer el juez constitucional es definir si, verdaderamente, la norma procura un trato diferenciado a sujetos que se encuentran en condiciones aparentemente iguales. Para ello es necesario delimitar con claridad quiénes son los sujetos afectados por la norma y en qué consiste la diferencia de trato. Una vez determinada la existencia de un trato diferente, es necesario verificar si este se encuentra adecuadamente justificado. En general, puede afirmarse que la diferencia de trato se justifica cuando persigue una finalidad constitucionalmente admisible y cuando la diferenciación resulta útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de la finalidad perseguida."*²³

Además de establecer que la diferenciación se justifica si ésta es útil, necesaria y estrictamente proporcionada, en numerosas sentencias, la Corte Constitucional se ha referido a las etapas e implicaciones que deben seguir el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad, cuando se alega éste derecho como vulnerado. Tomamos como referencia la sentencia C-663 de veintidós (22) de septiembre de dos mil nueve (2009), con ponencia del Honorable Magistrado Jorge Pretelt, en donde se sintetizan y decantan

²² Ver también, Corte Constitucional, Sentencia C 913 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Sentencia C 055 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C- 539 de julio veintiocho (28) de mil novecientos noventa y nueve (1999) M.P. Eduardo Cifuentes.



Comisión Intergubernamental
Justicia y Paz

los parámetros que tras años de jurisprudencia, ha considerado la Corte los más adecuados:

Quando se trata de estudiar normas que han sido acusadas de desconocer el derecho a la igualdad, el juez debe estudiar en primer lugar si la disposición realmente otorga un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho. Si ello ocurre, entonces debe examinar (i) si la medida es o no adecuada, esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) examinar si el trato diferente es o no necesario o indispensable, para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto; (iii) finalmente el juez realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.

Es así, como la jurisprudencia colombiana en numerosas ocasiones ha asegurado que el trato diferenciado puede ser aceptado siempre que su aplicación supere las etapas e implicaciones que deben seguir el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad, de esta forma es posible reconocer si una disposición normativa es o no violatoria del derecho a la igualdad. Con base en la sentencia C-093 de 2001, podemos adelantar dicho análisis, iniciando por la determinación del tipo de escrutinio al que debe someterse la disposición, esto es, *de acuerdo a la naturaleza del caso el nivel con el cual se va a realizar el estudio de igualdad*, así cuando se esta frente a casos en donde el margen del legislador es amplio, se adelantará un *escrutinio débil*²⁴ y cuando se esta frente un restringido ámbito para el legislador deberá hacerse un *escrutinio estricto*²⁵.

Así mismo, ha dicho en que casos debe adelantarse este escrutinio estricto, en los siguientes términos, *"(...) Conforme a esa evolución jurisprudencial, el escrutinio judicial debe ser más intenso al menos en los siguientes casos: de un lado, cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas, puesto que la Carta indica que todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades (CP art. 13). De otro lado, cuando el Congreso utiliza como elemento de diferenciación un criterio prohibido o sospechoso, como la raza, pues la Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías (CP art. 13). En tercer término, cuando la Carta señala mandatos específicos de igualdad, como sucede con la*

²⁴ La constitucionalidad de un acto jurídico sólo requiere que el trato diferente que se enjuicia, sea una medida "potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico". Al respecto ver también Sentencia C-445 de 1995.MP. Alejandro Martínez Caballero.

²⁵ Este debe aplicarse en los casos en los que el trato diferenciado se base en los *criterios sospechosos*. Esto es aquellos que (i) *aparecen expresamente en los mandatos de igualdad de la Constitución Política (Artículos 13, 19, 42, 43 y 53-42)*; (ii) *restringen derechos fundamentales*, y (3) *aquellos que afectan de manera desfavorable a "minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta"*. Al respecto ver también Sentencia C-445 de 1995.MP. Alejandro Martínez Caballero.



*equiparación entre todas las confesiones religiosas (CP art. 19), pues en esos eventos, la libertad de configuración del Legislador se ve menguada. Y, finalmente, **cuando la regulación afecta a poblaciones que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta ya que éstas ameritan una especial protección del Estado (CP art. 13)***²⁶

De acuerdo a todo lo anterior, y vistos los casos que pretendemos analizar, es claro que nos encontramos ante situaciones que ameritan un escrutinio estricto de constitucionalidad, en la medida que se están afectando los derechos de la población desplazada, que es un grupo poblacional compuesto por sujetos a los que la Corte Constitucional ha señalado como de especial protección constitucional, por encontrarse en una situación de vulnerabilidad manifiesta. Con base en esto, para comprobar la inconstitucionalidad de las normas que aquí se demandan, se adelantará el test respecto de cada artículo de forma separada.

I. ARTÍCULO 88. OPOSICIONES.

El inciso 4° del artículo 88, establece una preferencia procesal para las víctimas que sean representadas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas - UAEGRTD- en cuanto señala que cuando la solicitud sea presentada por esta entidad, y no se presenten opositores, el Juez procederá a dictar sentencia con base en el acervo probatorio presentado, lo cual constituye un tratamiento desigual injustificado, respecto de las víctimas que acudan al proceso y realicen la solicitud sin la representación de la mencionada Unidad.

En efecto, para realizar la solicitud de restitución de tierras, los solicitantes podrán hacerlo a nombre propio o requerir a la UAEGRTD que ejerza la acción en su nombre y a su favor; por lo tanto, en estos procesos se podrán presentar solicitudes de particulares y de la UAEGRTD, las cuales, si se busca hacer prevalecer y materializar el derecho a la reparación y especialmente a la restitución de las víctimas, deberían ser tramitadas en igualdad de condiciones.

Sin embargo, el artículo 88 en su inciso cuarto establece una diferencia a favor de la parte representada por la UAEGRTD, sin justificar dicho trato desigual; contrariando la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la cual se advierte que:

"Para que la norma no resulte contraria al derecho fundamental de la igualdad, debe justificarse el trato diferente y para ello debe existir razonabilidad, objetividad, perseguir

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-093 de 2001.



un fin legítimo y la concurrencia de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.”²⁷

En el caso concreto el artículo 88 en su inciso 4, señala un trato diferente o distinto a las víctimas que soliciten la restitución de tierras a través de la UAEGRTD, en comparación con aquellas víctimas que realicen dicha solicitud sin la representación de dicha entidad; por lo tanto hay un grupo de destinatarios de la norma, es decir, las víctimas que no tienen acompañamiento de la UAEGRTD, las cuales son tratadas de manera diferente y discriminatoria, al dar especial trato a las representadas por la UAEGRTD, en cuanto a la posibilidad que tienen estas de una sentencia inmediata sino se presentan opositores a su solicitud de tierras.

La igualdad consagrada en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia debe extenderse a las actuaciones procesales, donde todos los intervinientes de un proceso tienen derecho a gozar de iguales oportunidades para ejercer sus derechos; cuando la Ley de Víctimas en su artículo 88 da prerrogativas a las solicitudes realizadas por la UAEGRTD, respecto a la eventualidad de la no oposición, pone en desigualdad a aquellos solicitantes que no cuentan con la representación de dicha entidad.

De la desprevenida lectura del artículo demandado se advierte que este contraviene las disposiciones constitucionales y los instrumentos internacionales mencionados: no se vislumbra cuál es el fin constitucionalmente válido que se busca al dar privilegios a un grupo de víctimas y discriminar a otras, solo por la entidad que lleve su proceso de reparación. De esta manera, la restitución de tierras no se haría de una forma igualitaria y equitativa a todas las víctimas del conflicto armado. Este trato diferenciado no es ni necesario, ni indispensable y por lo tanto hace nugatorio el derecho a la igualdad.

La norma acusada no soporta el escrutinio estricto por los motivos expresados anteriormente. Además, la medida diferenciada afecta de manera desfavorable a un grupo social que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta; a un grupo que históricamente ha estado sometido a prácticas discriminatorias, situación que llevó a la declaración del estado de cosas inconstitucional por parte de la Corte Constitucional, lo cual ha sido desarrollado a través de autos y es de amplio conocimiento, la especial situación de vulnerabilidad de las personas en situación de desplazamiento es un hecho notorio.

En efecto, el artículo 13 constitucional impone, para la realización del derecho a la igualdad, dos mandatos que se complementan dialécticamente: en el primer inciso, el

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-292 de veintitrés (23) de abril de dos mil dos (2002). M.P. Jaime Araújo Rentería.



mandato de *trato paritario*, que equivale a la prohibición de discriminación –correlativa a la prohibición de tratar de manera privilegiada a ciertos destinatarios del derecho-; y en el segundo, el mandato de *trato diferenciado*, encaminado a efectivizar el deber del Estado de promoción y protección de los grupos humanos que se hallen en un estado de debilidad manifiesta. Se trata entonces, de repartir las cargas y ventajas sociales de una manera equitativa²⁸.

De ahí surge el principio de la *Justa Igualdad*, cuyo alcance ha sido entendido por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

El derecho a la igualdad, que a la vez constituye un principio fundamental, se traduce en la garantía a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos. El principio de la justa igualdad exige precisamente el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas que en justicia, deben ser relevantes para el derecho²⁹.

Ahora bien, sobre la manera sustancial de efectivizar el derecho, ha sostenido la Corte que

La protección material del derecho a la igualdad alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho, las cuales se oponen al disfrute efectivo del derecho, lo que hace necesaria la configuración de medidas que puedan compensar y sean defensivas respecto de personas y grupos ubicados en condiciones de inferioridad mediante el ejercicio de acciones positivas por parte de las autoridades públicas³⁰.

No se atisba cuál es la desigualdad que deba ser subsanada para que una clase de víctimas, aquellas representadas por la UAEGRTD, gocen de privilegios procesales mientras que otras, igualmente destinatarias de la norma, que se encuentran en circunstancias idénticas, no puedan acceder al proceso con las mismas facilidades y garantías.

²⁸ Ha dicho la Corte que se trata de que “no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio o se restrinja el ejercicio de un derecho a una persona o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada” Sentencia T 591 de cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992) MP. Jaime Sanín.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-042 de veintiocho (28) de enero de dos mil tres (2003) MP. Jaime Córdoba Triviño.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1033 de veintisiete (27) de noviembre de dos mil dos (2002) MP. Jaime Córdoba.



Como manifestamos anteriormente, sobre la diferenciación en el trato jurídico, manifiesta la Corte que:

*"habrá de determinarse (1) si la diferenciación es útil - siquiera parcialmente - para alcanzar la finalidad perseguida; (2) si la diferenciación es necesaria, en el sentido de establecer que no existen medidas que incuestionablemente alcancen idéntico resultado a un menor costo; y (3) si la diferenciación es estrictamente proporcionada, es decir, si los costos que produce son inferiores al beneficio que alcanza."*³¹

En este caso la diferenciación propuesta por la norma **no es útil** para alcanzar la finalidad perseguida por la Ley 1448, pues esta busca "establecer un conjunto de medidas en beneficio de las víctimas que permitan hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantías de no repetición"³², y el acompañamiento o no de la UAEGRTD no puede determinar la celeridad en unos procesos y la demora en otros, en perjuicio de los derechos de algunas víctimas, pues lo que se busca con la Ley es una reparación a todas las víctimas, en igualdad de condiciones. En este sentido, la diferenciación establecida en el artículo 88 no es aceptable ya que la preferencia establecida frente a las solicitudes presentadas por la UAEGRTD, sobre las realizadas por los particulares o por medio de otras entidades, constituye una discriminación injustificada que contraviene no solo las normas constitucionales y los instrumentos internacionales citados, sino el propósito mismo de la ley.

En segundo lugar la medida **no es necesaria**, pues no debe sacrificarse el derecho a la igualdad por la búsqueda de prioridades en cuanto a la celeridad del proceso de unas víctimas sobre las otras, pues el tener el acompañamiento de la UAEGRTD no puede entenderse como una medida necesaria para la protección de unas víctimas sobre las demás. El principio de igualdad es un principio inviolable; desde el precepto constitucional, no puede someterse a discriminación a ningún ciudadano colombiano, de ahí que la llamada Ley de Víctimas deba comprender y dar un trato igualitario a todas las víctimas. En ese sentido, es inconstitucional la prerrogativa impuesta en el artículo 88, pues la celeridad en dichos procesos deberá extenderse a todas las víctimas, pues el derecho a la verdad, la justicia y la reparación es un derecho de universal de todas y cada una de ellas.

En tercer lugar, la diferencia propuesta por el artículo 88 en su inciso 4 **es desproporcionada**, por cuanto limita el derecho a la igualdad de unas víctimas sin producir un beneficio mayor a dicha limitación. Pues no puede entenderse como un beneficio el dictar sentencia con base en el acervo probatorio presentado en la solicitud

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-539 de julio veintiocho (28) de mil novecientos noventa y nueve (1999) M.P. Eduardo Cifuentes.

³² Artículo 1 Ley 1448 de 2011.



de restitución de tierras a las víctimas acompañadas por la UAEGRTD, y no a aquellas víctimas que no tienen dicho acompañamiento. No puede limitarse el derecho de unas víctimas sobre las otras por un mero capricho del legislador.

Finalmente, señala la Corte Constitucional que

*"Para que quien aplique el derecho justifique un trato diferenciado debe probar tres elementos: 1) empírico: que se trate de casos diferentes; 2) normativo: que exista un fin normativo que justifique racional y proporcionalmente la diferencia de trato y 3) valorativo: que la medida adoptada sea adecuada - razonable - a la luz de los principios y valores constitucionales"*³³.

De la somera lectura de tales requisitos, se reitera la falta de estos presupuestos en el artículo 88, inciso 4º, de la ley 1148 de 2011, pues no existen supuestos de hechos diversos, en cuanto se habla de víctimas solicitantes de restitución de tierras, ya sea representadas por la UAEGRTD, o por particulares; no se evidencia ni se justifica un trato diferenciado a favor de las víctimas representadas por la UAEGRTD, pues no se explica la razón de esta diferencia entre las partes procesales; en cuanto a la legitimidad o validez constitucional no se está protegiendo a comunidades específicas (como indígenas o afrodescendientes) con las cuales se probablemente se justificaría un trato diferenciado, pero en dicho artículo no se plantea esta situación.

II. Artículo 132. Indemnización Administrativa. Reglamentación.

De acuerdo con dicha disposición, se establecerán los montos de la indemnización administrativa de acuerdo con reglamentación que se hará con posterioridad, sin embargo a reglón seguido nos dice que *en el evento que la víctima acepte que la entrega y recepción de la indemnización administrativa se entiende 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*. Queda claro entonces, que se da un privilegio a aquellas víctimas que decidan aceptar este "ofrecimiento" hecho por el Estado, lo que constituye una diferenciación injustificada en el tratamiento para personas que se encuentran en la misma situación de hecho, esto es, la de víctimas del conflicto armado.

Tal y como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, lo que debe preguntarse es si tal diferenciación puede considerarse legítima o si por el contrario no se compecede con los mandatos constitucionales en materia de igualdad.

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-230 de trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



Juicio de adecuación. Tratándose de un escrutinio estricto como el que corresponde en este caso, este juicio se refiere a determinar si con esta medida se persigue un objetivo no sólo no prohibido sino que se considere imperioso para la realización de los fines del Estado. Es decir ¿Cuál es el fin constitucionalmente imperioso que se busca con la diferenciación que pretende la norma entre las víctimas que acepten la indemnización administrativa en el marco del contrato de transacción y las que no?

De acuerdo con lo expresado a lo largo de los debates de aprobación, el objeto de la norma era el de *implementar los mecanismos necesarios para materializar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, así como para garantizar que las violaciones de Derechos Humanos perpetradas en su contra no se vuelvan a repetir*, en un marco que propendiera por la igualdad real materializada en cabeza de las víctimas del conflicto.

En lo que se refiere a la indemnización administrativa, se reitera que su existencia se justifica en la necesidad de establecer una herramienta para que las víctimas que no han accedido a la reparación a través de otras normas jurídicas puedan hacerlo, pero se reitera que la existencia de tal indemnización se restringe a algunos casos y que debe aplicarse "(...) *sin menoscabo de la reparación por vía judicial y de las demás acciones que conlleven una reparación integral (...)*"³⁴

De acuerdo con los defensores de la figura del contrato de transacción respecto de la indemnización administrativa, su introducción se justifica en la consagración del principio de prohibición de doble indemnización, orientado a mantener la sostenibilidad fiscal, es decir que se mantiene como fundamento de la diferenciación un argumento de carácter económico, según el cual de no ponerse un límite a las demandas en contra del Estado, estas superarían su presupuesto y por tanto lo "quebrarían". La pregunta que se debe plantear entonces es si este objetivo se puede considerar constitucionalmente imperioso capaz de justificar un trato diferenciado para las víctimas en donde se privilegie a aquellas que accedan a recibirla en el marco de un contrato de transacción respondiendo a las pretensiones del Estado.

La sostenibilidad fiscal, no puede perderse de vista, ya que el adecuado uso del gasto público deriva en el cumplimiento de las obligaciones del Estado respecto de las garantías del ejercicio efectivo de los derechos de los ciudadanos y en este caso el de las víctimas del conflicto armado, sin embargo ha perdido la ley su horizonte cuando los argumentos económicos prevalecen sobre los que propenden por la realización de los fines del Estado Social de Derecho. Tal y como lo ha dicho la Corte Constitucional en

³⁴ Gaceta del Congreso 865. Informe ponencia primer debate proyecto Ley 107/2010. Cámara 4 de Noviembre de 2010. Pág. 16.



diferentes oportunidades la regla de sostenibilidad fiscal se considera un instrumento para el cumplimiento de estos fines y en ese sentido debe descartarse cualquier uso o interpretación de esta que conlleve al menoscabo de los derechos o al aplazamiento en su realización ya que estarían en contra del modelo de Estado fijado por la Constitución de 1991 el cual no puede ser subvertido por este tipo de disposiciones.

En ese orden de ideas y considerando que la regla de sostenibilidad fiscal no puede considerarse un fin en sí mismo, sino apenas una herramienta para la consecución de los fines esenciales del Estado, dentro de los que debe contarse la realización de los derechos de las víctimas del conflicto, es claro que no puede aceptarse la diferenciación impuesta por la norma en la medida que no responde a un **fin constitucionalmente imperioso** y por tanto no supera el test en lo que se refiere al juicio de adecuación.

Juicio de indispensabilidad. En el caso del escrutinio estricto, este juicio debe llevar a determinar que esta la medida que se estudia sea indispensable para conseguir el fin propuesto por la norma, es decir que se compruebe que no existen otras, que siendo menos restrictivas puedan llegar a conseguir el fin perseguido.

En este caso se persigue el fin de proteger el presupuesto del Estado que asegura que de no tener medidas que limiten el acceso a las víctimas a los estrados judiciales con el fin de buscar su restablecimiento la afectación a la regla de sostenibilidad fiscal sería dramática, estableciendo una medida que busca privilegiar a aquellas víctimas que aceptan recibir la indemnización administrativa en el marco de un contrato de transacción con el fin de que no acudan en búsqueda de reparación en otros ámbitos.

A pesar de que ha quedado claro que el fin buscado con esta norma que es el del mantenimiento de la regla de sostenibilidad fiscal, no puede considerarse como un fin en sí mismo sino que debe fijarse como una herramienta para la consecución de los fines constitucionales del Estado Social de Derecho, igualmente cabe preguntarse si para la salvaguarda del presupuesto estatal es indispensable discriminar a las víctimas del conflicto, con base en un criterio arbitrario que es el de aceptar o no el contrato de transacción y por tal motivo recibir un privilegio consistente en un mayor valor.

Resulta evidente que establecer una especie de “premio” en dinero para aquellos que renuncien a su derecho de acceder a la justicia, en perjuicio de aquellos que no acepten tal ofrecimiento, no sólo no es una medida indispensable sino que además es como mínimo cuestionable ya que toma ventaja de la situación de vulnerabilidad especial y manifiesta en la que se encuentran las víctimas del conflicto armado en Colombia, quienes carecen de las condiciones requeridas para satisfacer sus necesidades y podrían verse obligadas por su situación real a aceptar el contrato de transacción por ofrecer



Comisión Intereclesial
Justicia y Paz

para ellos una condición aparentemente favorable a pesar de ir en contra del ejercicio efectivo de sus derechos.

En ese mismo sentido, en los debates de aprobación de la norma, se discutió la necesidad de incluir esta distinción fundamentada en la aplicación del principio de prohibición de doble indemnización. En múltiples ocasiones se aclaró como este ya se encontraba garantizado con la consagración de la compensación, es decir que lo recibido por la víctima en razón de la indemnización administrativa sería descontado de un pago en el caso en donde en un estrado judicial condenará al Estado por su responsabilidad en los daños causados a las víctimas.

Finalmente no está demás anotar que si el Estado quiere precaver futuros procesos judiciales bien puede hacer uso de los mecanismos de conciliación extrajudicial que le asigna la normatividad vigente, los cuáles le permitirán salvaguardar los principios que enuncia sin que se atente contra el derecho a la igualdad de las víctimas como ocurre con esta previsión.

En conclusión, de acuerdo con estos análisis, la medida que establece un trato diferenciado para las víctimas que acepten recibir la indemnización administrativa en el marco de contrato de transacción en perjuicio de aquellas que no lo hagan al otorgarle a las primeras un beneficio en dinero, es inconstitucional ya que no soporta el juicio integrado de igualdad con base en el escrutinio estricto, por carecer de un fin constitucionalmente imperioso y además porque al analizar la medida, esta no resulta indispensable para el mantenimiento de la regla de sostenibilidad fiscal cuando esta es posible de salvaguardar por otros medios que no impliquen un trato discriminatorio injustificado para las víctimas.

3.2.2. Violación a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas.

3.2.2.1. Normas Vulneradas

Los apartes subrayados del artículo 79 de la ley 1448 de 2011, vulneran los artículos 29, 93 y 229 de la Constitución Política de Colombia, 1, 2, 8, 10 y 25 de la convención Americana de Derechos Humanos y 2, 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



3.2.2.2. Concepto de la violación

Este definido por el derecho internacional, que las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y de crímenes de guerra, son titulares de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

El derecho a la verdad, en su esfera tanto individual como colectiva, se concreta en el conocimiento certero de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se dieron los hechos que dieron lugar a la vulneración de los derechos de las víctimas, así como de las causas que dieron lugar a ello.

En ese sentido, tal derecho se constituye en un bien jurídico inalienable, el cual no puede ser sacrificado en ningún caso y por lo cual no es aceptable que su titular renuncie a él. Es así, como, de acuerdo con el *Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, al derecho a la verdad le son inherentes dos deberes en cabeza del Estado, (i) el deber de recordar³⁵ y (ii) El deber de otorgar las garantías para que se haga efectivo el derecho a saber.³⁶

El derecho a la justicia, se refiere a la garantía de que los hechos que vulneraron sus derechos no se quedarán en la impunidad, es decir que serán investigados y sus autores serán identificados, procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, además que dentro de los procesos se les garantizará el ejercicio de recursos eficaces sin dilaciones ni obstáculos para el desarrollo de sus derechos.

En el mismo sentido, la consagración del derecho a la justicia impone "(...) *al Estado una serie de obligaciones: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción. Si la iniciativa de investigar corresponde en primer lugar al Estado, las reglas complementarias de procedimiento deben prever que todas las víctimas puedan ser parte civil y, en caso de carencia de poderes públicos, tomar ella misma la iniciativa*³⁷."

³⁵ PRINCIPIO 3. EL DEBER DE RECORDAR El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.

³⁶ PRINCIPIO 5. GARANTÍAS PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO A SABER Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber. Las medidas apropiadas para asegurar ese derecho pueden incluir procesos no judiciales que complementen la función del poder judicial. Las sociedades que han experimentado crímenes odiosos perpetrados en forma masiva o sistemática pueden beneficiarse en particular con la creación de una comisión de la verdad u otra comisión de investigación con objeto de establecer los hechos relativos a esas violaciones de manera de cerciorarse de la verdad e impedir la desaparición de pruebas. Sea que un Estado establezca o no un órgano de ese tipo, debe garantizar la preservación de los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y la posibilidad de consultarlos.

³⁷ Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.



Finalmente, el derecho a la reparación se configura en la obtención por parte de las víctimas tanto individuales como colectivas de medidas que se orienten a la (i) restitución de la situación a su estado original (ii) La indemnización o reparación por equivalencia en dinero y (iii) La satisfacción o reparación moral.

Desde esa perspectiva, la jurisprudencia internacional ha hecho gran énfasis en la importancia del deber de investigación como elemento determinante del cumplimiento de las obligaciones estatales en relación con la garantía del goce efectivo de los derechos humanos, así como del cumplimiento de las obligaciones internacionales por estos adquiridas. Se le ha dado entonces, un lugar determinante a la investigación judicial sin por esto desconocer la importancia de la acción en otros ámbitos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció en el caso *Velásquez Rodríguez* la existencia de un deber estatal de *“prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”*. Por tanto, si el aparato del Estado actúa de un modo que permite la impunidad y que impide que se restablezcan los derechos de las víctimas estará incumpliendo su deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción.

Esta obligación de investigar tiene mayor relevancia en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, haciendo especial énfasis en los casos de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada o la tortura. La obligación que se impone al Estado es la de llevar a cabo una investigación seria, imparcial y efectiva, elemento determinante en la protección de los derechos humanos y la obtención de justicia, además de ser indispensable para la consolidación del Estado de Derecho.

En ese mismo sentido, la Convención Americana exige a los Estados que adecuen su normatividad a estas exigencias, en este caso, lo que se observa es que la disposición demandada no es una medida legislativa orientada a cumplir con las obligaciones antes mencionadas, sino que es totalmente contraria a estas. En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido que:

“La obligación de investigar no sólo se desprende de las normas convencionales de derecho internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna que haga referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas. Así, corresponde a los Estados Parte disponer, de acuerdo con los procedimientos y a través de los órganos establecidos en su Constitución y sus leyes, qué conductas ilícitas



serán investigadas de oficio y regular el régimen de la acción penal en el procedimiento interno, así como las normas que permitan que los ofendidos o perjudicados denuncien o ejerzan la acción penal y, en su caso, participen en la investigación y en el proceso. Para demostrar que es adecuado determinado recurso, como puede ser una investigación penal, será preciso verificar que es idóneo para proteger la situación jurídica que se supone infringida.”³⁸

Asimismo, la Corte IDH ha sido constante en el criterio de que, junto con la determinación de la verdad, el juzgamiento de los responsables de la violación de derechos humanos debe ser un elemento integrante de toda investigación. En palabras de la Corte, los Estados tienen “la obligación de remover todos los obstáculos fácticos y jurídicos que puedan dificultar el esclarecimiento judicial exhaustivo de las violaciones a la Convención Americana perpetradas en este caso, el juzgamiento de los responsables y la debida reparación de las víctimas.

De acuerdo con la Corte IDH, adelantar investigaciones judiciales en los casos de graves violaciones a los derechos humanos es una obligación primordial de los Estados para garantizar el ejercicio de derechos fundamentales, ya que es por este medio es posible llegar a la verdad que requieren la familia y la sociedad, así como a la determinación de los responsables y el establecimiento de medidas de reparación y de garantía de no repetición³⁹.

3.2.2.2.1. Artículo 79. Competencia para conocer de los procesos de restitución

En la sentencia C-228 del 2002, la Corte Constitucional define cada uno de estos tres elementos de la reparación de la siguiente manera:

“1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos

2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

³⁸ Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*, supra nota 7, párr. 284.

³⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 153; *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2005. Serie C No. 99, párr. 134, y *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párrs. 99 a 101 y 109.



3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito..."

En esta misma sentencia la Corte expresa claramente que las personas que han sido víctimas de un hecho punible por medio de acciones deben exigir a las autoridades el restablecimiento integral de todos sus derechos y de esta manera poder gozar realmente de estos, de la misma manera indica que la reparación a la víctimas no es algo exclusivamente económico y que a estas se debe garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación:

"... surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia-no restringida exclusivamente a una reparación económica-fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos..."

La Corte Constitucional en la sentencia T-025 de 2004 dijo que las personas desplazadas cuentan con una serie de derechos los cuales se tienen que proteger y garantizar y dentro de los cuales se encuentran los derechos a la verdad, justicia, reparación integral y de no repetición, respecto a la anterior la corte se expresó de la siguiente manera:

"10.1.4. Otra de las quejas frecuentes contra la política de atención a los desplazados y detectado por la Sala al examinar los expedientes objeto de revisión, consiste en que con frecuencia las autoridades encargadas de atenderlos no se aseguran que estas personas reciban un trato digno y respetuoso de sus derechos, lo cual resulta contrario al deber de protección constitucional de los derechos previsto en el artículo 2 de la Carta y a los principios que orientan la política de atención a la población desplazados plasmados en el artículo 2 de la Ley 387 de 1997. (...) A este problema contribuye el hecho que quien adquiere la condición de desplazado en razón de la violencia no conoce sus derechos derivados de dicha condición. De tal manera que se ordenará a la Red de Solidaridad Social que instruya a las personas encargadas de atender a los desplazados para que les informen de manera inmediata, clara y precisa cuáles son los derechos orientados a garantizarles un tratamiento digno por parte de las autoridades y verifique



que ello realmente suceda. Estos derechos han sido desarrollados por la ley y conforman una carta de derechos básicos de toda persona que ha sido víctima de desplazamiento forzado interno. Así, a cada desplazado se le informará que:

(...)

9. Como víctima de un delito, tiene todos los derechos que la Constitución y las leyes le reconocen por esa condición para asegurar que se haga justicia, se revele la verdad de los hechos y obtenga de los autores del delito una reparación." (Subrayado fuera del texto)

La condición de vulnerabilidad que tienen las personas desplazadas ha llevado a la Corte Constitucional a fijar una lista de Derechos mínimos, los cuales tienen que ser cumplidos para que las personas en esta puedan recibir una atención y ayuda por parte del Estado durante el desplazamiento y una vez que retornen a sus tierras.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintas ocasiones ha hecho referencia a garantizar los derechos de verdad, justicia y reparación que tienen las personas a las cuales se les han vulnerado sus derechos. En el caso Godínez Cruz contra Honduras la Corte estimó la pertinencia de garantizar estos derechos de la siguiente manera:

"175. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos."

Los organismos jurisdiccionales son los encargados de garantizar estos derechos en cualquier tipo de litigio, para que estos órganos puedan velar por las garantías de las víctimas del conflicto armado, el estado debe facilitar el acceso a la justicia y los recursos necesarios para poder encontrar la verdad de los hechos.

En el caso que nos atañe los jueces o tribunales que conozcan sobre los procesos de restitución de tierras son los encargados de velar para que las víctimas de



desplazamiento forzado puedan gozar de una reparación integral, pero el artículo demandando restringe a estos órganos de garantizar estos derechos, ya que el legislador al imponer procesos de única instancia en la restitución de tierras cierra cualquier posibilidad para que la parte interesada o un tercero interesado puedan interponer algún recurso que dé a conocer la verdad de los hechos.

En estos procesos donde no se haya clarificado la verdad y a pesar de esto exista una sentencia que no puede ser apelada por un superior jerárquico, violaría tajantemente el derecho a la justicia que tienen las víctimas del conflicto armado interno. Al no existir claridad sobre los hechos y verse violado el derecho a la verdad no podríamos hablar de una reparación integral de las víctimas que han sido despojados de sus tierras y a causa de esto la verdad nunca se esclarecería, la justicia se convertiría en impunidad y la reparación integral no existiría ya que las tierras que verdaderamente le pertenecen a las personas desplazadas podrían quedar a manos de terceros que utilizarían la justicia y en este caso el proceso de única instancia para sus propios intereses perjudicando a la verdaderas víctimas del conflicto.

El objetivo de lograr una reparación integral a las víctimas del conflicto armado se vería limitado en gran medida ya que se le estaría cerrando el acceso a justicia a personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, se hace necesario la adopción de un recurso judicial efectivo, para que en todos los procesos de restitución de tierras se pueda fallar con base en los principios generales del derecho y de esta manera acabar con la impunidad que agobia a nuestro país en el tema de restitución de tierras los desplazados por la violencia.

Derecho de acceso a la Justicia.

El derecho al acceso a la justicia está consagrado tanto consagrado constitucionalmente como en los diferentes tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, la importancia de esta derecho radica en la garantía que tienen las víctimas de cualquier acto punible de poder acceder a la justicia sin que sean discriminados por alguna condición, ya sea raza, sexo o religión.

En Colombia el acceso a la justicia es garantizado por la constitución política en su artículo 229 de la siguiente manera de la siguiente manera:

"Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de Justicia..."



La Corte Constitucional en la sentencia T-268 de 1996 se refiere al acceso a la justicia, dice que este derecho fundamental integra el núcleo esencia del debido proceso ya que su garantía asegura el cumplimiento de garantías sustanciales y de las formas procesales.

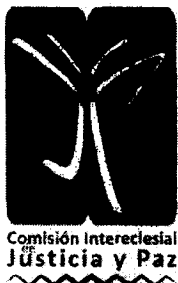
“...4.3. El acceso a la justicia se integra al núcleo esencial del debido proceso, por la circunstancia de que su garantía supone necesariamente la vigencia de aquél, si se tiene en cuenta que no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso, el cual consiste, como lo ha dicho esta Corte, no solamente en poner en movimiento el aparato jurisdiccional, a través de los actos de postulación requeridos por la ley procesal, sino en que se surtan los trámites propios del respectivo proceso, se dicte sentencia estimatoria o desestimatoria de las pretensiones de la demanda y que ésta sea efectivamente cumplida.”

El acceso a la justicia es esencial dentro de un Estado Social de Derecho, como lo es Colombia, el acceso a justicia involucra no solamente a las personas envueltas en la Litis si no a la sociedad en general, ya que si no se tienen las condiciones adecuadas para el acceso a la justicia se vería afectado el orden público ya que la comunidad entraría en un estado de incertidumbre y confusión, así lo hizo saber la Corte Constitucional en la sentencia C-561 de 1992 de la siguiente manera.

“...en un Estado social de derecho, de un lado, la persona tiene derecho a ser juzgada y, de otro lado, por la prevalencia del interés general, la sociedad civil tiene derecho a juzgar a los acusados de presuntos ilícitos. Por doble vía, pues, el artículo 29 de la Carta encuentra su fundamento en el artículo primero de la misma.

Y, finalmente, el debido proceso se articula a su vez con el artículo 229 constitucional, que establece el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia.

En efecto, es de la esencia del Estado social de derecho el permitirle a una persona la posibilidad de que su litis, cualquiera que fuese, pueda ser llevada ante un juez de la República y luego fallada de manera definitiva, con valor de cosa juzgada. Esta certeza judicial es indispensable para la tranquilidad no sólo de la persona involucrada sino también de la sociedad. Lo contrario, esto es, la incertidumbre de ver resuelta una situación de orden judicial, conlleva desasosiego, incertidumbre y confusión para todos. El orden público se vería de alguna manera alterado, pues la paz que proporciona la certeza se vería menoscabada.”



Como se ha podido notar en las sentencias anteriormente citadas el acceso a la justicia es un derecho fundamente que garantiza uno de los tres principios de la reparación integral, como es la justicia. Pero la Corte Constitucional ha sido clara y ha dicho que el derecho al acceso a la justicia no únicamente es el derecho que tienen las partes para confrontarse en una Litis si no también la adopción de procedimientos para poder llegar a la resolución de las controversias que hayan y lo ha expresado claramente en la sentencia C-228 del 2002 en la cual dice lo siguiente:

“...el artículo 229 de la Carta garantiza “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”. Ese derecho comprende, tal como lo ha reconocido esta Corte, contar, entre otras cosas, con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificada, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversia, que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia a los pobres y que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional. Y, aun cuando en relación con este tema el legislador tiene un amplio margen para regular los medios y procedimientos que garanticen dicho acceso, ese margen no comprende el poder para restringir los fines del acceso a la justicia que orientan a las partes hacia una protección judicial integral y plena de los derechos, para circunscribir dicho acceso, en el caso de las víctimas y perjudicados de un delito, a la obtención de una indemnización económica. Por lo cual, el derecho a acceder a la administración de justicia, puede comprender diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos.”

Uno de los puntos más importantes en la resolución de controversias es la doble instancia, ya que esta es una de las garantías que se encuentran dentro del acceso a la justicia. La apelación de una sentencia por parte de un juez o tribunal superior del que conoció el proceso en primera instancia otorga seguridad al ordenamiento jurídico interno ya que cuando dentro del fallo existen errores de hecho o de derecho se puedan corregir y de esa manera administrar correctamente justicia. La Corte Constitucional ha resaltado la importancia que tiene la apelación dentro de un litigio como lo indico en la sentencia C-153 de 1995, en la cual expresa lo siguiente:

“El recurso de apelación hace parte de la garantía general y universal de impugnación que se reconoce a quienes han intervenido o están legitimados para intervenir en la causa para obtener la tutela de un interés jurídico propio, con el fin de que el juez de



grado superior revise y corrija los defectos, vicios o errores jurídicos del procedimiento o de la sentencia en que hubiere podido incurrir el a-quo..."

La Corte en repetidas ocasiones ha indicado que se pueden consagrar excepciones a la doble instancia como lo indica el artículo 31 de la Constitución Política, pero estas excepciones no pueden ser discriminatorias ni arbitrarias y respecto a esto la Corte se ha pronunciado en la sentencia C-040 de 2002 en la que aduce lo siguiente:

"5- El análisis precedente es suficiente para concluir que el principio de la doble instancia (CP art. 31) no reviste un carácter absoluto, pues no hace parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, ya que la procedencia de la apelación puede ser determinada por el legislador de acuerdo con la naturaleza del proceso y la providencia, y la calidad o el monto del agravio referido a la respectiva parte. En ese orden de ideas, la ley puede consagrar excepciones a la doble instancia, salvo cuando se trata de sentencias penales condenatorias o de fallos de tutela...

(...)

6- Sin embargo, el hecho de que la doble instancia sólo haga parte del contenido esencial del debido proceso en las acciones de tutela y en materia penal, no significa que la ley pueda establecer excepciones a la doble instancia en cualquier tipo de proceso, por las siguientes tres razones: De un lado, el principio general establecido por el artículo 31 superior es que todos los procesos judiciales son de doble instancia. Por consiguiente, como los procesos de única instancia son una excepción a ese principio constitucional, es obvio que debe existir algún elemento que justifique esa limitación. Otra interpretación conduciría a convertir la regla (doble instancia) en excepción (única instancia).

De otro lado, la Constitución y los tratados de derechos humanos garantizan a toda persona el derecho al debido proceso, que tiene como componente esencial el derecho de defensa. Ahora bien, como ya se vio, la posibilidad de apelar tiene vínculos estrechos con el derecho de defensa. Por consiguiente, aunque el Legislador puede establecer excepciones a la doble instancia y tiene una amplia libertad de configuración para establecer los distintos procesos y recursos, sin embargo es claro que debe garantizar en todos los casos el derecho de defensa y la plenitud de las formas de cada juicio. Por ende, al consagrar un proceso de única instancia, el Legislador debe establecer suficientes oportunidades de controversia, que aseguren un adecuado derecho de defensa, según la naturaleza del caso. Esto significa que un proceso de única instancia no viola el debido proceso, siempre y cuando, a pesar de la eliminación de la posibilidad de impugnar la sentencia adversa, las partes cuenten con una regulación que les asegure un adecuado y oportuno derecho de



Comisión Intereclesial
Justicia y Paz

defensa. Así, en reciente oportunidad, esta Corte reiteró que "no es forzosa y obligatoria la garantía de la doble instancia en todos los asuntos que son materia de decisión judicial, puesto que la ley está habilitada para introducir excepciones, siempre y cuando se respeten las garantías del debido proceso, el derecho de defensa, la justicia, la equidad y no se niegue el acceso a la administración de justicia".

Finalmente, la Carta establece el principio de igualdad (CP art. 13), que obviamente se proyecta sobre la regulación de los procesos y recursos.

Por ende, aunque el legislativo cuenta con una amplia facultad discrecional para instituir las formas con base en las cuales se ventilarán las diferentes controversias jurídicas que surjan entre las persona, de acuerdo con el artículo 150, numerales 1o. y 2o., de la Constitución, es obvio que las excepciones a la doble instancia no pueden ser discriminatorias."

Es claro que no necesariamente todos los procesos de única instancia tienden a ser inconstitucionales, ya que como lo indica la propia corte el principio de doble instancia no reviste un carácter absoluto ni hace parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso. Pero para el caso que nos atañe consideramos la inconstitucionalidad de este artículo ya que el legislador no ofrece unas pautas claras por el cual fija la única instancia en los procesos de restitución de tierras en el marco de la ley 1448 del 2011.

En los procesos donde se aplica la única instancia el legislador debe establecer suficientes oportunidades de controversia para que no se viole el derecho de defensa, el derecho a la administración de justicia y el derecho al acceso a la administración de justicia. El proceso de restitución de tierras es un proceso corto como lo indica la ley ya que este no puede tardar más de 6 meses, y dando el poco tiempo que tienen los jueces para fallar estos pueden errar en su sentencia, ya que el corto tiempo no asegura que se tengan las pruebas necesarias para fallar a favor del verdadero despojado, por este motivo el legislador no brinda las suficientes oportunidades de controversia y se ve violado tanto el derecho de defensa como el de acceso a la justicia.

En los procesos de única instancia donde el juez tenga tan poco tiempo para fallar, el legislador debería optar por aceptar los procesos de doble instancia ya que el juez podría incurrir en un error tanto de hecho como de derecho y al no tener la posibilidad de apelar el fallo se ven atropellados los derechos de las partes ya que ninguno podría solicitar ante un juez o tribunal superior la apelación de una sentencia desfavorable.



El legislador tampoco establece razones claras por la cual fija la única instancia en procesos de restitución de tierras, dada la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las víctimas de desplazamiento forzado se debería contar con las oportunidades procesales necesarias para aclarar la verdad de los hechos y devolver la tierra a las personas que fueron obligadas a salir de sus respectivos territorios.

Derechos a un Recurso Judicial Efectivo.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha indicado que para que exista un verdadero derecho a la justicia se tienen que tener en cuenta ciertas garantías para que no haya impunidad. La Corte nos habla de estas garantías en la sentencia C-260 del 2011 y expresa lo siguiente:

"b. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

33. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso."(Subrayado fuera del texto)

Para que no haya impunidad es necesario que existan los recursos judiciales efectivos en la jurisdicción colombiana. Al indicar que los procesos de restitución de tierras serán de única instancia desconoce flagrantemente una de las garantías que la Corte Constitucional señala para que no haya impunidad el cual es un recurso judicial efectivo, si no se tiene la oportunidad procesal de llevar el fallo ante un tribunal superior se estaría violando el derecho al acceso de un recurso judicial efectivo.

Si no se puede apelar una decisión no solamente se estaría violando la garantía antes mencionada ya que si hay impunidad y no se pueden esclarecer los temas de un fallo defectuoso la administración de justicia no podrá investigar correctamente a los autores y partícipes de los delitos ya que el fallo solo llegaría hasta la primera instancia procesal.

Gozar de un recurso judicial efectivo tiene gran importancia dentro de las garantías judiciales en el momento en el cual se va a reparar el daño causa a una persona por un hecho ilícito. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 afirmó lo siguiente:



“La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial (...)

27. *El artículo 8 de la Convención en su párrafo 1 señala que:*

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención "Garantías Judiciales", lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.
(Subrayado fuera del texto)

Como lo expresa la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva anteriormente citada, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos contempla los requisitos para hablarse de verdaderas garantías judiciales. Este artículo 8 dice lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación



penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

h. Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

El inciso h. de la Convención dice claramente que una de las garantías judiciales mínimas que se deben tener es el derecho a recurrir ante un juez o tribunal superior. La situación se agrava por la condición de vulnerabilidad que tienen las víctimas de desplazamientos forzados, los cuales deberían gozar de todas las garantías que la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en su artículo octavo.

El legislador está desconociendo no solamente una de las garantías judiciales de la Convención sino que también desconoce la situación de indefensión y especial protección que tienen las víctimas de desplazamiento forzado en Colombia.

El desplazamiento en Colombia se sigue viviendo en las diferentes partes del territorio, en las grandes ciudades todavía se encuentran desplazados por culpa de la violencia. Estas personas que llevan muchos años sin vivir en su tierra desconocen el estado de esta, desconocen si terceros de mala fe han ocupado sus tierras o si se han adueñado de estas y lo que agrava aún más la situación es que la ley 1448 de 2011 no brinda las garantías judiciales suficientes para que estas personas que se encuentran lejos de su territorio y que deberían contar con una protección especial por parte del Estado no puedan ejercer el aparato jurisdiccional para apelar un fallo donde muy probablemente alguna otra persona se haya apoderado de la tierra que le pertenece al verdadero desplazado.

3.2.22.2. Artículo 132. Indemnización Administrativa. Reglamentación.

Los apartes subrayados del artículo 132 de la ley 1448 de 2011, vulneran los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas en el sentido de establecer obstáculos para su ejercicio al privilegiar la renuncia ofreciéndole a las víctimas un pago superior en el caso que acepten la indemnización administrativa en el marco de un contrato de transacción.



De acuerdo con la Corte IDH, adelantar investigaciones judiciales en los casos de graves violaciones a los derechos humanos es una obligación primordial de los Estados para garantizar el ejercicio de derechos fundamentales, ya que es por este medio es posible llegar a la verdad que requieren la familia y la sociedad, así como a la determinación de los responsables y el establecimiento de medidas de reparación y de garantía de no repetición⁴⁰.

En relación con el derecho a la verdad, es evidente que el deber de investigación y juzgamiento que le compete al Estado, adquiere su relevancia dadas las implicaciones que tiene en el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos especialmente a la verdad, la justicia y reparación, cuando se esta en frente a violaciones de los derechos humanos. Es por esto que la disposición demandada representa una vulneración a las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en la medida que al favorecer la renuncia al acceso a los estrados judiciales, esta comprometiendo el derecho a conocer la verdad, es decir conocer las condiciones en las que se cometieron los hechos, tanto de las víctima como de la sociedad y por tanto se imponen obstáculos a la construcción de la memoria como herramienta para impedir que tales violaciones se repitan.

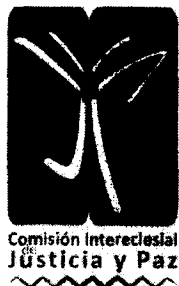
El derecho a la justicia surge de la obligación estatal de investigar⁴¹, la obligación de garantizar el acceso de las víctimas a la jurisdicción⁴², y la obligación de impartir una sanción a los responsables que sea proporcional a la gravedad de la conducta⁴³. Tal derecho no puede considerarse garantizado cuando prevalecen los argumentos económicos tal y como sucede en el caso de la norma demandada, en donde buscando favorecer la regla de sostenibilidad fiscal, el Estado pretende conjurar los procesos judiciales a los que pueda enfrentarse en el futuro y en los que pueda resultar responsable por la vulneración de derechos humanos a las víctimas del conflicto. Desde esa perspectiva evade las obligaciones que le corresponden en lo que se refiere a la realización de investigaciones judiciales, ya que aunque la jurisprudencia internacional ha reconocido el valor de que el Estado realice investigaciones no judiciales, como por

⁴⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 153; *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 134, y *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párrs. 99 a 101 y 109.

⁴¹ Los Estados deben investigar las violaciones a los derechos humanos de una manera seria, imparcial, efectiva y diligente, que abarque a todos los responsables. Las condiciones de orden público, no exoneran a los Estados de garantizar cumplir dichas obligaciones internacionales.

⁴² Ello se deriva de la necesidad de proporcionar a las víctimas todos los instrumentos necesarios para que puedan participar activamente en la defensa de sus derechos dentro de los procedimientos jurídicos. En el caso *Huilca Tecse*, (sentencia del 3 de marzo de 2005) que se tramitó ante la Corte IDH, se resaltó la facultad de los perjudicados de tener pleno acceso y plena capacidad de actuar en las diferentes etapas del procedimiento penal. En el caso de *La Masacre de Mapiripán vs. Colombia* dicha postura jurisprudencial fue reiterada.

⁴³ Dicha obligación debe ser cumplida de una manera seria, que conlleve a la materialización de la justicia, y no como una mera formalidad. Tal mandato trae consigo el deber de luchar contra la impunidad, y evitar la implementación de figuras jurídicas que impidan el adecuado castigo de los responsables, tales como la amnistía o el indulto, y se deriva del principio de proporcionalidad, recogido ampliamente en el derecho internacional de los derechos humanos, partiendo de la consideración sobre la gravedad del delito, y el grado de responsabilidad del implicado. Ver *Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas*.



ejemplo procesos administrativos, disciplinarios o investigaciones realizadas por comisiones de la verdad u otro tipo de mecanismos *ad hoc*, ha reiterado que estos pueden complementar pero no sustituir a cabalidad la función de la jurisdicción en casos de graves violaciones de derechos humanos⁴⁴.

La indemnización administrativa es un mecanismo importante en lo que se refiere al reconocimiento de la calidad de víctima del conflicto armado, en ese sentido la CIDH le ha manifestado al Estado colombiano cuáles son los requisitos que un programa de reparación por vía administrativa debe cumplir con el fin de enmarcarse en los estándares internacionales fijados sobre el tema, siendo muy enfática en afirmar que (i) El Estado debe asumir el rol principal en lo que se refiere a la garantía de acceso efectivo de las víctimas a reparaciones⁸, en ese sentido (ii) un programa de reparaciones administrativas, “(...) **no debería excluir el acceso a vías judiciales para las víctimas, permitiéndoseles así escoger la vía que consideren más adecuada para asegurar en definitiva la obtención de reparación** y (iii) para conseguir este fin el Estado esta facultado para “(...) **implementar mecanismos institucionales adecuados para respetar este derecho de las víctimas a acudir a diversas vías de reparación diferenciadas, sin riesgo para el erario público**⁴⁵ (...)” (Negrilla fuera del texto)

En este caso, lo que se presenta es una restricción para el objetivo de alcanzar justicia, cuando el Estado pretende ahorrarse el debate judicial para identificar a los responsables dentro de sus instituciones y descubrir la verdad de los hechos, con un argumento económico y aprovechándose de la condición de debilidad manifiesta en la que se encuentran las víctimas ofreciéndoles beneficios económicos a cambio de renunciar a ejercer su derecho a acceder a la jurisdicción, lo que tendrá como consecuencia que se perpetué la impunidad a falta de identificación de los responsables y de esclarecimiento de los hechos. Esquizofrenia

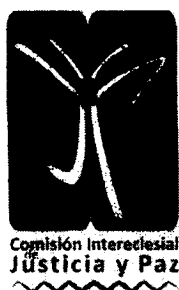
Por ultimo, el derecho a la reparación que se fundamenta en el principio según el cual cuando se presenta un daño, este debe ser reparado satisfactoriamente⁴⁶, y en el deber de cumplimiento de buena fe que tienen los Estados frente a sus obligaciones internacionales⁴⁷. La reparación, deberá en todo caso tender volver las cosas al estado en que estaban antes de que se causara el daño, pero en todos los casos, **su naturaleza y su monto** dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, supranota 22, párr. 203.

⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Lineamientos principales para una política integral de reparaciones*. Disponible en internet en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Lineamientos%20principales%20para%20una%20pol%20ADHca%20integral%20de%20reparaciones.pdf>

⁴⁶ Corte IDH. *Caso de las hermanas Serrano Cruz* y artículo 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 31



La Corte IDH, ha planteado en reiterados pronunciamientos que de conformidad con las obligaciones que adquieren los estados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, toda violación a dichas obligaciones impone al estado la carga de reparar integralmente a las víctimas:

“Este Tribunal ha establecido que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁴⁸. En sus decisiones a este respecto, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, según el cual: [c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

Desde esta perspectiva, la pretensión del Estado de conjurar procesos judiciales a través de un beneficio otorgado por medio de la indemnización administrativa, afecta directamente el derecho a la reparación de las víctimas ya que implica una sustitución de los mecanismos de reparación por vía judicial.

4. Solicitud

Con base en los argumentos anteriormente expuestos le solicitamos a la honorable Corte Constitucional:

4.1. Pretensión principal: Que se declare la inconstitucionalidad de las expresiones subrayadas en los artículo 79, 88 y 132 de la ley 1448 del 2011, en los siguientes términos:

1. Se declare la INCONSTITUCIONALIDAD de los apartes subrayados en los incisos 1 y 2 del artículo 79 de la ley 1448 de 2011, relativos a la fijación de competencia de única instancia en los procesos de restitución de tierras, y los procesos de formalización de títulos de despojados y de quienes abandonaron en forma forzosa sus predios, por constituirse en vulneraciones a los derechos al derecho a la igualdad y a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas.
2. Se declare la INCONSTITUCIONALIDAD de el aparte subrayado del inciso 4 del artículo 88 de la ley 1448 de 2011, por ser violatorio del derecho a la igualdad de las víctimas.

⁴⁸ Cfr. Caso Acosta Calderón, supra nota 3, párr. 145; Caso YATAMA, supra nota 3, párr. 250; y Caso Fermín Ramírez, supra nota 3, párr. 122.



3. Se declare la INCONSTITUCIONALIDAD de los incisos 2 y 3, así como el párrafo 1 del artículo 132 de la ley 1448 de 2011, por constituirse en vulneraciones a los derechos al derecho a la igualdad y a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas.

NOTIFICACIONES

Se recibirán en la Calle 61 A No. 17-26 de esta ciudad de Bogotá, o en la secretaría de la H. Corte.

De la Honorable Magistrada y de los Honorables Magistrados con toda atención,