



Oscar Huchimich

Análisis y debates de la Ley de Víctimas y el decreto ley para víctimas indígenas

El gobierno de Juan Manuel Santos promovió y aprobó el pasado 10 de junio de 2011 la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. La ley fue debatida y discutida por diferentes sectores sociales, especialmente por las organizaciones de víctimas que señalaban dificultades en varios de sus apartados por considerarlos insuficientes para garantizar los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. En su primer número, la Revista Señas presentó un balance sobre el proceso de discusión a través del cual fue acordado entre el Gobierno nacional y delegados de las organizaciones indígenas la formulación de un decreto-ley para pueblos indígenas que, entre otros aspectos, permitiera expedir la ley sin afectar a víctimas de otros sectores sociales. Sin embargo este procedimiento ponía en riesgo el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas al expedir una ley de carácter nacional que generaría hechos y situaciones que podrían afectar a los derechos de los propios pueblos indígenas, a pesar de expedir posteriormente el decreto-ley que regula los derechos de las víctimas indígenas (Houghton, 2011).

En esta edición, Señas presenta dos textos de utilidad para comprender el funcionamiento, los alcances y vacíos de la Ley de Víctimas 1448/2011 y el Decreto-Ley 4633/2011 sobre atención integral a víctimas y restitución de tierras para los pueblos indígenas.

22 PREGUNTAS Y RESPUESTAS PARA COMPRENDER LA LEY DE VÍCTIMAS 1448 DE 2011

Natalia Poveda Rodríguez, Nancy Prada Prada*

¿Qué es, cómo funciona y a quiénes beneficia la Ley de Víctimas 1448 de 2011?

Para su comprensión presentamos 22 preguntas y respuestas sobre la Ley 1448 de 2011, sancionada por el presidente Juan Manuel Santos el 10 de junio de 2011, que contempla una serie de medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno.

1. ¿Cómo se estructura la Ley y cómo está reglamentada?

El texto definitivo de la Ley de Víctimas consta de 208 artículos distribuidos en nueve Títulos que comprenden disposiciones generales sobre el marco y los principios en los que se debe entender la ley, derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales, medidas administrativas de asistencia, atención, ayuda humanitaria y reparación, así como un proceso con una fase administrativa y otra judicial para la restitución de tierras. La creación de entidades y la transformación de otras para establecer la institucionalidad encargada de la aplicación de la ley. La exigencia de adaptar las medidas y los programas integrales de protección para las víctimas. Medidas específicas de protección integral a niños, niñas y adolescentes y, finalmente, se instauran los mecanismos de participación de las víctimas en la aplicación de la ley. Por último, se establece que la ley tendrá una vigencia de diez años a partir de su promulgación (10 de junio de 2011).

Los contenidos de la Ley de Víctimas son posteriormente desarrollados por una serie de decretos reglamentarios, siendo fundamentales los siguientes:¹

Decreto 4800 de 2011: desarrolla el procedimiento de inscripción en el Registro Único de Víctimas, la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación a las Víctimas, las medidas de estabilización socioeconómica y cesación de la condición de vulnerabilidad manifiesta, gastos judiciales, medidas de asistencia y atención, reparación integral, las instancias de coordinación del Sistema de Atención y Reparación Integral a las víctimas, participación de las víctimas y de los bienes, y la articulación con el proceso de justicia y paz.

Decreto 4829 de 2011: suministra los parámetros del Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, y el procedimiento de la acción de restitución de tierras; desarrolla las medidas de compensaciones y alivio de pasivos establecidas en la ley, y la organización del Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

Decreto 4633 de 2011: establece medidas específicas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de derechos ter-

¹ En este artículo solo se resúmen los decretos que desarrollan contenidos sustanciales de la ley que es necesario que la población conozca para llevar a cabo ejercicios de exigibilidad de derechos. Existen otros decretos relativos al funcionamiento de la institucionalidad que no se exponen en este texto.

* Natalia Poveda Rodríguez, abogada, y Nancy Prada Prada, filóloga, son integrantes de la Corporación Humanas –Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género–, es un centro de estudios y acción política feminista cuya misión es la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres, el derecho internacional humanitario y la justicia de género en Colombia y Latinoamérica. Para más información ver: www.humanas.org.co

ritoriales para las comunidades y los grupos indígenas.

Decreto 4634 de 2011: dicta medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a pueblos Rom o gitanos.

Decreto 4635 de 2011: establece medidas específicas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

Decreto 0599 de 2012: instancia de coordinación local para la microfocalización e implementación gradual y progresiva del Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente.

2. ¿A quiénes considera víctimas la ley?

Para efectos de la ley son consideradas víctimas las personas que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 3°; estos son: Quien individual o colectivamente haya sufrido un daño, por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al derecho internacional humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

Son también víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviera desaparecida (inciso 2); a falta de estas los que se encuentren en segundo grado de consanguinidad (inciso 3) y quienes hayan sufrido un daño por intervenir para asistir a la víctima (inciso 4).

El inciso 2° de este artículo fue demandado ante la Corte Constitucional por considerar que restringir al primer grado de consanguinidad y primero civil el grupo de familiares de la víctima muerta o desaparecida

que también se considerarán víctimas carece de justificación y, por tanto, resulta discriminatorio y contrario al derecho a la igualdad. La sentencia C-052 extiende el carácter de víctima al determinar que las circunstancias del inciso 2° no pueden entenderse como excluyentes del concepto de víctima pues el término cubre a cualquier persona que haya sufrido un daño por hechos que reúnan los requisitos establecidos en la ley.

Vale destacar que la condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible, y de la relación familiar que pueda existir entre autor y víctima.

3. ¿Cómo se entiende la expresión “con ocasión del conflicto armado”?

El artículo 3° establece como uno de los elementos del concepto de víctima para los efectos de la ley la expresión “con ocasión del conflicto armado”. El párrafo 3° del referido artículo afirma que no serán consideradas víctimas, en los términos de la ley, quienes hayan sufrido un daño como consecuencia de actos de delincuencia común. La interpretación de estas expresiones resulta problemática al dejar un amplio margen de subjetividad en la determinación de qué hechos son conexos con el conflicto armado y qué casos son delincuencia común. Puede causar lo anterior, la exclusión de víctimas de hechos que no tienen relaciones tan fácilmente conexas con el conflicto armado, como por ejemplo víctimas de violencia sociopolítica, y la exclusión de víctimas del conflicto armado bajo la categoría de víctimas de delincuencia común.

Un parámetro para la interpretación está dado por la sentencia C-253 de 2012,² en la cual la Corte Constitucional precisó que da-

² En todo caso, el texto completo de la sentencia es el que podrá dar mayores sustento para la interpretación de estas expresiones, ya que a la fecha solo se ha emitido el comunicado de prensa del fallo.

ños originados en las infracciones al derecho internacional humanitario y violaciones del derecho internacional de los derechos humanos cometidas por actores armados con estructura militar o dominio territorial, como consecuencia de acciones que guarden una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado, podrían ser invocadas por sus víctimas para los fines de la ley.

Sin embargo, esta aclaración solo hace parte de las motivaciones y no de la decisión, razón por la cual tres magistrados y una magistrada salvaron parcialmente el voto al considerar que la Corte ha debido condicionar la exequibilidad de este párrafo bajo el entendido de que no constituyen delincuencia común las infracciones al derecho internacional humanitario y las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos cometidas por actores armados con estructura militar o dominio territorial, cuyas acciones guarden una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado. A su juicio, la precisión que se hace en la parte considerativa debía formar parte de la decisión.

4. ¿A que tiene derecho una persona que es víctima por hechos ocurridos antes del 1° de enero de 1985?

En el párrafo 3° del artículo analizado, la ley establece que cuando una persona sea víctima por hechos ocurridos antes del 1° de enero de 1985, solo tiene derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la ley como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas.

La fecha establecida en este párrafo es demandada ante la Corte Constitucional por ser considerada una distinción discriminatoria con las víctimas de hechos anteriores a esta fecha. En sentencia C-250 del 2012 la Corte determina que la fecha establecida como límite temporal para acceder a las me-

didias de índole económica resulta proporcional por haber sido producto de consenso y no una imposición arbitraria, haber tenido en cuenta estadísticas que dan cuenta del incremento a partir de esa fecha del número de víctimas por violaciones de derechos humanos infracciones al derecho internacional humanitario, y ser necesaria para garantizar la sostenibilidad fiscal de la Ley. Establece que el límite impuesto no resulta desproporcionado para las demás víctimas ya que pueden beneficiarse de las medidas que no tienen carácter económico como parte del conglomerado social.

Posteriormente, las expresiones “por hechos ocurridos”, “1° de enero de 1985”, “simbólica”, y “como parte del conglomerado social” sin necesidad de que sean individualizados” del referido párrafo son demandadas ante la Corte Constitucional. En sentencia C-253 de 2012, la Corte reitera lo establecido en el fallo anterior respecto a la fecha y frente a las demás expresiones determina que el propósito de la ley, y en particular del artículo 3°, no es el de definir o modificar el concepto de víctima, solo se delimita el universo de víctimas a quienes podrán acceder a las medidas especiales que allí se adoptan. De conformidad con su anterior pronunciamiento la Corte encuentra acorde con la Constitución que las víctimas anteriores a la fecha establecida solo puedan acceder como parte del conglomerado social a las medidas que no son de índole económico.

5. ¿Las y los integrantes de los grupos armados son consideradas víctimas por la ley?

El párrafo 1° del artículo 3° establece que los miembros de la fuerza pública que sean víctimas en los términos de la ley tendrán derecho a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición, pero respecto a la reparación económica se debe aplicar el régimen especial que les corresponda.

Por su parte, el párrafo 1° del artículo 3° manifiesta que integrantes de los grupos armados organizados al margen de la ley no se considerarán víctimas, salvo que se trate de menores de edad que se hubieran desvinculado del grupo antes de cumplir 18 años (inciso 1°). Frente a sus familiares solo podrán beneficiarse de la Ley por los daños que directamente hayan sufrido y no como víctimas indirectas de los daños sufridos por los miembros de dichos grupos (inciso 2°).

Al respecto, en la sentencia C-253 de 2012, la Corte Constitucional se inhibe de pronunciarse sobre el inciso segundo del párrafo y declara exequible el primer inciso que excluye de la aplicación de la ley a quienes sean actores armados al margen de la ley. Afirma el fallo que es justificable la distinción ya que estos no quedan excluidos de la definición de víctima establecida por otras leyes diferentes a la Ley de Víctimas o a la aplicación de las normas de derecho internacional Humanitario. La Corte encuentra que es razonable y proporcional que las medidas de la ley solo apliquen para las víctimas del conflicto armado que actuaron en la legalidad, y realiza algunas consideraciones especiales sobre los niños y las niñas reclutados a la fuerza por tales grupos, que demostrado tal constreñimiento, podrían llegar a tener la categoría de víctimas en las condiciones establecidas en la ley, el derecho internacional de los derechos humanos y en la forma que se ha establecido en la jurisprudencia constitucional.

6. ¿Qué debe hacer una persona que es víctima en los términos de la ley?

El artículo 16 del Decreto 4800 de 2011 establece que la condición de víctima es una situación fáctica que no está supeditada al reconocimiento oficial a través de la inscripción en el Registro, sin embargo, para acceder a los beneficios es necesario que la víctima cumpla con el procedimiento de inscripción en el Registro Único de Víctimas (RUV).

Lo primero que debe hacer es acudir a la oficina del Ministerio Público más cercana para que el funcionario encargado reciba la declaración y la remita a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (Unidad de Víctimas) quienes la valoran y determinan la inclusión en el RUV.

Quienes se hayan inscrito previamente en el Registro Único de Población Desplazada no deberán tramitar de nuevo una solicitud de registro a menos que deseen adicionar hechos a su declaración inicial.

7. ¿Qué tipos de medidas contempla la Ley?

Las víctimas incluidas en el RUV tienen derecho a recibir medidas de asistencia, atención y reparación integral aplicadas con enfoque humanitario, enfoque de desarrollo humano y seguridad humana, enfoque de derechos y enfoque transformador. Este último referente al cambio en las condiciones previas que permitieron las victimizaciones, buscando así contribuir a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que contribuyeron a la victimización (Decreto 4800 de 2011, art. 5).

Este mismo decreto prevé la aplicación de distintos tipos de medidas de asistencia, atención y reparación: a) *medidas de asistencia y atención*, entre ellas, ayuda humanitaria, asistencia en salud y educación y asistencia funeraria; b) *medidas de estabilización socioeconómica*, entre las que se hallan medidas de empleo urbano y rural, así como retornos y reubicaciones para las víctimas de

La Corte encuentra que es razonable y proporcional que las medidas de la ley solo apliquen para las víctimas del conflicto armado que actuaron en la legalidad.

desplazamiento forzado; c) *medidas de reparación integral*, entre ellas, restitución de tierras, restitución de vivienda, flexibilización de pasivos, acceso a créditos, indemnización por vía administrativa, medidas de rehabilitación, medidas de satisfacción, medidas de prevención y protección y garantías de no repetición.

8. ¿Cuáles son las medidas de reparación integral?

La Ley de Víctimas contempla siete tipos de medidas de reparación integral:

- Restitución de tierras
- Restitución de vivienda
- Créditos y pasivos
- Indemnización por vía administrativa
- Medidas de rehabilitación
- Medidas de satisfacción
- Medidas de prevención, protección y garantías de no repetición

9. ¿Qué es la restitución de tierras y a quiénes cobija?

Es la medida preferente de reparación integral que busca devolver jurídica y materialmente el derecho sobre la tierra de las víctimas de desplazamiento y despojo. En caso de no ser posible la restitución, debe entregarse otro terreno equivalente o una compensación monetaria.

La restitución de tierras cobija a quienes hayan perdido su derecho a la propiedad, posesión u ocupación a causa del despojo o abandono forzado de sus tierras. Por despojo se entiende “la acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de

violencia”. A su vez, se entiende por abandono forzado de tierras “la situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona forzada a desplazarse, razón por la cual se ve impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios que debió desatender en su desplazamiento durante el periodo establecido en el artículo 75”.

La ley exige que el despojo o abandono haya ocurrido después del 1° de enero de 1991 para que haya lugar a la restitución. La constitucionalidad de este límite temporal fue analizada por la Corte Constitucional en sentencia C-250 de 2012. Al respecto, esta Corporación señaló que la finalidad de la imposición de esta fecha es preservar la seguridad jurídica al delimitar la titularidad del derecho a la restitución e impedir que se pueda reabrir de manera indefinida el debate sobre los derechos adquiridos respecto de bienes inmuebles, además se sustenta en estudios y estadísticas que dan cuenta del incremento en el uso del despojo y expulsión de tierras a partir de 1990 y en los registros de estos casos existentes solamente a partir de esas fechas. Por lo anterior, encuentra que la fecha es ejecutable al no haber sido arbitrariamente expuesta y perseguir fines constitucionales como la seguridad jurídica.

10. ¿Cómo se realiza la restitución de tierras?

La ley crea un procedimiento único que busca la restitución de tierras posteriormente desarrollado por el Decreto 4829 de 2011. El procedimiento se compone de dos fases, una primera de carácter administrativo y otra posterior de carácter judicial. La primera parte exige que quien considere tener derecho de propiedad, posesión u ocupación sobre un bien despojado o abandonado forzosamente, acuda ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras (Unidad de Tierras) para tramitar la inscripción en el

Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente.

La Unidad de Tierras debe tramitar la solicitud dando prioridad a los sujetos de especial protección, y teniendo en cuenta que aplica el estudio del caso para las zonas geográficamente focalizadas. La solicitud ingresa a la etapa de análisis previo para determinar la legitimidad en la solicitud y las condiciones generales tanto jurídicas como físicas del bien. Posteriormente, la Unidad de Tierras debe decidir si estudia el caso o lo excluye del estudio por medio de Resolución. En esta fase administrativa se abre una etapa probatoria que busca comunicar a los terceros para que estos acrediten su buena fe. La decisión final de esta fase es en la inscripción o no en el Registro.

La fase judicial se lleva a cabo ante los jueces civiles del circuito y magistrados del Tribunal Superior. Sala Civil, especializados en restitución de tierras. Se puede interponer la demanda o solicitud directamente por parte de la víctima o por la Unidad de Tierras en su representación. En todos los casos se exige como requisito de procedibilidad que el bien esté inscrito en el Registro. Esta fase judicial busca la emisión de sentencia que decida de manera definitiva sobre el derecho reclamado frente al bien, la situación de los terceros, remisión de oficios a la Fiscalía en caso de percibir posible ocurrencia de un hecho punible, y las órdenes respectivas a las autoridades que garanticen y acompañen la efectiva entrega material del bien.

Cuando no es posible la restitución se debe entregar un bien inmueble de similares características. Esta medida aplica cuando el bien está ubicado en zona de alto riesgo, haya tenido despojos sucesivos y ya haya sido asignado a otra víctima o haya sido destruido parcial o totalmente.

En caso de que tampoco sea posible la entrega de un bien similar, la víctima recibirá una compensación, que debe ser pagada en

dinero y que en todo caso no podrá ser superior al valor del predio despojado o abandonado forzosamente. La norma establece que el derecho a obtener la restitución no será transferible por acto entre vivos, durante los dos años siguientes a la restitución.

Por otra parte, el artículo 99 de la ley establece que si en el predio que se va a restituir existen proyectos agroindustriales productivos se puede tramitar la celebración de contratos entre los beneficiarios de la restitución y quien esté desarrollando el proyecto, siempre y cuando “el opositor haya probado su buena fe exenta de culpa en el proceso”.

Luego de la sentencia, el juez o magistrado que tomó la decisión mantiene la competencia sobre el caso para dictar todas aquellas medidas que, según fuere el caso, garanticen el goce y la disposición de los bienes y la seguridad para la vida, integridad personal de la víctima y su familia.

El procedimiento administrativo no aplica para las comunidades y pueblos indígenas, porque los lineamientos están dados por el Decreto 4633 de 2011, lo mismo ocurre con las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras frente al Decreto 4635 de 2011.

11. ¿Qué medidas se establecen a favor de las víctimas en la restitución de tierras?

En primer lugar, la Ley crea unas presunciones de despojo a favor de las víctimas. Se presume de derecho (es decir, que no admite prueba en contrario) la inexistencia de los contratos celebrados después de la fecha establecida para restituir tierras (1° de enero de 1991) entre la víctima o sus familiares y alguna persona que haya sido condenada por pertenencia, colaboración o financiación de grupos armados al margen de la ley, por narcotráfico o delitos conexos.

De otro lado, se establecen presunciones legales (que admiten pruebas en contrario):



fue iniciado entre la época de las amenazas o hechos de violencia que originaron el desplazamiento y la sentencia de restitución de tierras del procedimiento creado por la Ley de Víctimas.

d. De inexistencia de posesión sobre el bien objeto de restitución durante el periodo del artículo 75 de la ley (1° de enero de 1991) y la sentencia que pone fin al proceso de qué trata la Ley de Víctimas.

De otro lado, se establece que la restitución se debe regir por los principios de independencia, progresividad, estabilización, seguridad jurídica, prevención, participación y prevalencia constitucional. Así como la preferencia de esta medida frente a la restitución por bien equivalente y compensación.

El artículo 78 de la Ley prevé que basta con la prueba sumaria del derecho sobre el bien o de despojo por parte de la víctima para que la carga de la prueba se traslade a quienes realicen oposiciones salvo que sean reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio.

12. ¿Cómo se solicita la indemnización por vía administrativa?

Tras la debida inscripción en el Registro Único de Víctimas es posible solicitar esta indemnización diligenciando el formulario diseñado para tal efecto por la Unidad de Víctimas. Esta Unidad es la encargada de la indemnización y debe determinar el monto por entregar, el cual se ajustará a los siguientes topes:

- Hasta cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales: por homicidio, desaparición forzada, secuestro, lesiones que produzcan incapacidad permanente.
- Hasta treinta (30) salarios mínimos mensuales legales: por lesiones que no causen incapacidad permanente, tortura o tratos inhumanos y degradantes, delitos

contra la libertad e integridad sexual y reclutamiento forzado de menores.

- Hasta diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales: por desplazamiento forzado.

La indemnización por desplazamiento forzado se entregará por núcleo familiar a través de subsidio integral de tierras, permuto de predios, adquisición y adjudicación de tierras, adjudicación y titulación de baldíos para población desplazada y subsidio de vivienda de interés social ya sea rural o urbano.

En el caso de que la misma víctima haya sufrido más de una de las situaciones antes enunciadas, su indemnización se acumulará hasta por un máximo de (40) salarios mínimos mensuales legales. Cuando una persona pueda solicitar indemnización por varias víctimas, tendrá derecho a la indemnización administrativa por cada una de ellas.

La ley también establece la forma en que deberá distribuirse el monto respectivo en caso de que concurren varias personas con derecho a la indemnización por la muerte o desaparición de una víctima (Decreto 4800, art. 150):

- 50% para la pareja y el otro 50% para los hijos.
 - A falta de pareja 50% entre los hijos y el otro 50% entre los padres.
 - A falta de hijos 50% entre la parja y el otro 50% entre los padres.
 - Si no hay padres se entrega todo el monto a la pareja o hijos según corresponda.
 - Si no hay pareja, hijos ni padres, será entregado el monto total a los abuelos.
 - A falta de todos los anteriores familiares la Unidad de Víctimas reconocerá indemnización de manera simbólica y pública.
- Una vez se diligencia el formato para solicitar una indemnización por vía admini-

- a. De inexistencia de contratos celebrados sobre bienes:
 - Ubicados en contextos de violencia por la época del despojo.
 - Respecto a los cuales existan solicitudes de medidas de protección individuales o colectivas.
 - Que hayan presentado posteriormente fenómenos de concentración de la propiedad de la tierra o alteración significativa de los usos de la misma.
 - Con personas que hayan sido extraditadas por narcotráfico o delitos conexos con ellos mismos o a través de terceros.
 - Cuyo valor consagrado en el contrato o el efectivamente pagado sea inferior al 50% del valor real de los derechos.
- Adjudicados a empresas comunitarias, asociaciones o cooperativas campesinas, cuando con posterioridad al desplazamiento forzados se haya dado una transformación de los socios integrantes.
- b. De la nulidad de actos administrativos posteriores al despojo o abandono y legalización de la situación jurídica que desconoce los derechos de la víctima. En este caso el juez podrá declarar la nulidad del acto y todos los posteriores que recaigan sobre la totalidad del bien o sobre parte del mismo.
- c. De la violación al debido proceso en las decisiones judiciales que hayan tomado decisiones contrarias al derecho de la víctima sobre el bien si el proceso judicial

nistrativa, se activa el Programa de Acompañamiento para la Inversión Adecuada de los Recursos, al cual pueden o no acogerse las víctimas, siempre de manera voluntaria. En el caso de que sean niños o niñas quienes reciben el beneficio de la indemnización, se constituirá un encargo fiduciario a su nombre, del cual podrán disponer cuando cumplan la mayoría de edad.

13. ¿En qué consisten las medidas de rehabilitación?

El Ministerio de Salud y de la Protección Social diseñará un programa de atención psicosocial y salud integral a víctimas cuyos lineamientos deberán ser adoptados por los entes territoriales y debe responder a las necesidades de aplicar el enfoque psicosocial desde una perspectiva de reparación integral a nivel individual y colectivo. El Ministerio debe además desarrollar herramientas de seguimiento y monitoreo del cumplimiento del Programa.

Además, se crearán Centros de Encuentro y Reconstrucción del Tejido Social, en donde se articularán los componentes del Programa, y capacitaciones progresivas al personal encargado de la atención a las víctimas.

Se deberán desarrollar estrategias de autocuidado y capacitación progresiva para el personal encargado de la atención y orientación de las víctimas en el marco de este Programa.

14. ¿Qué son las medidas de satisfacción?

Las medidas de satisfacción apuntan a la “reparación simbólica”, entendida como “la realización de actos u obras de alcance o repercusión pública dirigidas a la construcción y recuperación de la memoria histórica, el reconocimiento de la dignidad de las víctimas y la reconstrucción del tejido social”. Tales medidas deben ser concertadas previamente con las víctimas, tener carácter genérico y no individualizable, e incluirse en los planes

de acción territorial, para lo cual la Unidad de Víctimas brindará asistencia técnica a los Comités Territoriales de Justicia Transicional que son los encargados de elaborar los criterios para la ejecución de las medidas de satisfacción en cada población.

Se entienden como medidas de satisfacción la exención de la prestación del servicio militar teniendo un término de cinco años para solicitar la libreta militar. Al solicitar la inscripción en el RUV, la víctima tiene derecho a que se suspenda la obligación de prestar el servicio militar o el desacuarelamiento para quienes ya lo están prestando. Otras medidas son la realización de actos conmemorativos, la aceptación pública de los hechos y las solicitudes de perdón público, el día nacional de la memoria y solidaridad de las víctimas –el 9 de abril de cada año–, las acciones en materia de memoria histórica por parte del Centro de Memoria Histórica y el Museo Nacional de la Memoria.

Se ordena, además, crear el Programa de Derechos Humanos y Memoria Histórica por parte del Centro de Memoria Histórica que tiene como función reconstruir los casos que se refieren o documenten las violaciones contempladas en la definición de víctimas en el marco del artículo 3° de la Ley.

15. ¿Cuáles son las garantías de no repetición previstas por la Ley?

La Ley contiene una serie de medidas que buscan evitar que vuelvan a ocurrir violaciones de derechos humanos. Entre ellas se encuentra la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley; difusión de la verdad; sanciones a los responsables de las violaciones; medidas de prevención; fortalecimiento del Programa para la Atención Integral contra Minas Antipersonal; diseño de una estrategia general de comunicaciones, de capacitación y pedagogía social; fortalecimiento de la participación de las víctimas; difusión de derechos a las vícti-

mas en el exterior; fortalecimiento del Sistema de Alertas Tempranas; reintegración de niños, niñas y adolescentes que hayan participado en grupos armados; diseño de políticas de reconciliación; control efectivo por parte de las autoridades; campañas nacionales de prevención y reprobación de la violencia contra la mujer, los niños, las niñas y los adolescentes por los hechos ocurridos en el marco de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la Ley.

16. ¿Cuáles son las medidas de prevención y protección previstas por la Ley?

La Ley exige que el Estado adopte medidas especiales para personas, grupos o comunidades en situación de riesgo extraordinario o extremo, con especial atención hacia las víctimas del despojo para prevenir nuevas afectaciones en el proceso de restitución.

La Ley de Víctimas establece que el Estado debe crear un plan de contingencia que le permita prevenir o brindar una respuesta adecuada en casos de desplazamiento masivo; diseñar un mapa de riesgos que dé prioridad a sujetos de protección; crear la Red de Observatorios de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario que articulará los distintos Observatorios institucionales y sociales de carácter oficial; implementar un Sistema de Información del Sistema de Alertas Tempranas (SAT), cuyas recomendaciones deben ser atendidas de manera adecuada y oportuna; fortalecer el Programa de Defensores Comunitarios de la Defensoría del Pueblo; elaborar planes integrales de prevención a las violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario tanto a nivel local y departamental como regional, con enfoques diferencial y atendiendo a las recomendaciones específicas del Sistema de Alertas Tempranas; elaborar planes de contingencia para atender las emergencias producidas en el marco del conflicto armado interno.

Asimismo, obliga a capacitar a quienes ejercen funciones públicas por medio de la inclusión en el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos de elementos básicos sobre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, el enfoque diferencial, la reconciliación y la paz. El Ministerio de Justicia debe hacer la misma capacitación para quienes pertenecen a la fuerza pública; diseñar e implementar una estrategia nacional de lucha contra la impunidad; diseñar e implementar una estrategia de comunicación para las garantías de no repetición, y diseñar e implementar una pedagogía social para la reconciliación y la construcción de paz.

Específicamente, sobre las medidas de protección, el Decreto 4800 de 2011 establece que estas deben atender siempre a un enfoque diferencial, articularse con los programas de atención y producir informes semestrales de sus actividades.

Para garantizar la seguridad en los terrenos y las reubicaciones se establece el acompañamiento de la fuerza pública que debe haber cumplido previamente con la capacitación respectiva. Además, se deben establecer participativamente medidas de protección colectiva para mitigar el riesgo de comunidades indígenas y afrocolombianas, organizaciones de víctimas y organizaciones de mujeres.

17. ¿Cuáles son las medidas de reparación colectiva previstas por la Ley?

Se establecen medidas colectivas en el ámbito de la reparación (arts. 222-234 del Decreto

Se deben establecer participativamente medidas de protección colectiva para mitigar el riesgo de comunidades indígenas y afrocolombianas, organizaciones de víctimas y organizaciones de mujeres.

4800 de 2011) para los grupos y las organizaciones sociales, sindicales y políticas, y para las comunidades que hayan sufrido daños colectivos. Para ello, se crea el Programa de Reparación Colectiva, entre cuyos objetivos se encuentran la reconstrucción del proyecto de vida colectivo, la recuperación psicosocial de las poblaciones, y la recuperación de la institucionalidad propia del Estado social de derecho, pluriétnico y multicultural.

Para la ley, son sujetos de reparación colectiva los grupos y las organizaciones sociales y políticas y comunidades determinadas a partir de un reconocimiento jurídico, político o social que se haga del colectivo, o en razón de la cultura, la zona o el territorio en el que habitan, o un propósito común.

18. ¿Qué derechos contempla la Ley de Víctimas en el marco de procesos judiciales?

En los artículos 35 al 45 de la Ley de Víctimas se contempla un conjunto de disposiciones respecto a los procesos judiciales en los que en general comparezca una víctima en el marco del concepto que la Ley trae, entre ellas:

- Derecho a la información, asesoría y apoyo.
- Derecho a la comunicación sobre el estado de los procesos, la cual debe realizarse por escrito, en un término razonable.
- Derecho a la audición y presentación de pruebas.

"serán reconocidas sin distinción de género, respetando la libertad u orientación sexual, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica"

- Derechos relacionados con los principios de la prueba en casos de violencia sexual.
- Disposiciones sobre la posibilidad de que las víctimas o quienes ofrezcan testimonios rindan declaraciones a puerta cerrada, grabadas en audio o video, y sobre otras modalidades especiales de testimonio.
- Derecho a la presencia de personal de apoyo para las víctimas, en especial en situaciones traumáticas.
- Derecho de las víctimas a la asistencia judicial, siendo la Defensoría del Pueblo la instancia encargada de prestarla.
- Disposiciones sobre los gastos de la víctima en relación con el proceso judicial.

Asimismo, las víctimas que carezcan de los medios económicos para cubrir los gastos judiciales de sus procesos estarán exentas de gastos por este concepto. La Defensoría del Pueblo es la instancia encargada de prestar los servicios de representación judicial de las víctimas, para lo cual podrá suscribir convenios con las facultades de derecho de las universidades.

19. ¿Qué medidas específicas desarrolla la Ley para las mujeres?

La Ley de Víctimas incluye un subtítulo especial con una serie de normas para las mujeres en los procesos de restitución. Se exige el diseño de un programa especial que garantice el acceso de las mujeres al procedimiento de restitución, mediante ventanillas de atención preferencial, personal capacitado en género y acceso de organizaciones de mujeres a los procesos de reparación, así como áreas de atención a niños, niñas, adolescentes y discapacitados que conformen su grupo familiar, entre otras medidas que se consideren pertinentes.

Se ordena la priorización tanto en las solicitudes de restitución adelantadas por ma-

dres cabeza de familia y las mujeres víctimas de despojo o abandono forzado como en los beneficios en materia de créditos, adjudicación de tierras, garantías, seguridad social, educación, capacitación y recreación, subsidio familiar, planes y programas de reforestación y jornadas de cedulação.

Además, se establece que cuando se ordene la restitución de tierras a una mujer, las autoridades de policía o militares le prestarán especial colaboración, siempre que medie su consentimiento.

La restitución o compensación se debe efectuar a favor de los dos cónyuges o compañeros permanentes que al momento del despojo o abandono forzado cohabitaban, así al momento de la entrega no estén unidos o uno de ellos no hubiera comparecido al proceso.

20. ¿Qué consideraciones generales favorables a las mujeres plantea la Ley?

La Ley 1448 de 2001 contempla entre sus principios rectores la igualdad, especificando que las medidas contempladas "serán reconocidas sin distinción de género, respetando la libertad u orientación sexual, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica" (art. 6).

La Ley también incluye entre sus principios el enfoque diferencial (art. 13), según el cual reconoce que hay poblaciones con características particulares (entre ellas la categoría género), y que las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral deben atender a tales particularidades y responder a su grado de vulnerabilidad específico.

Entre la enumeración de los derechos de las víctimas se menciona el "derecho de las mujeres a vivir libres de violencia" (art. 28, num. 12). Además, la Ley garantiza la in-

clusión de las mujeres como colectivo en las Mesas de Participación de Víctimas, las cuales constituyen el espacio de participación de las víctimas en el diseño, la implementación, la ejecución y la evaluación de la política a nivel nacional, departamental, municipal y distrital (art. 193).

Respecto a la ayuda humanitaria, la Ley establece en su artículo 47 que "las víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, recibirán asistencia médica y psicológica especializada de emergencia". También, se hace mención específica a las medidas en materia de educación y salud. Sobre las primeras, concretamente en el tema de acceso a educación superior, se prevé la implementación de acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia (art. 51); en cuanto al segundo tipo de medidas, se incluye entre los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria (art. 54) que deben garantizarse a las víctimas el examen de VIH/SIDA y de ETS (en casos de acceso carnal violento), la interrupción voluntaria del embarazo en los casos en que la víctima lo desee y esté permitido por la ley o la jurisprudencia colombiana, y la atención para los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres víctimas (num. 7, 8 y 9).

La Ley establece que las víctimas del desplazamiento forzado tendrán prioridad y acceso preferente a programas de subsidios de vivienda, para cuyo uso el Gobierno nacional debe generar la oferta de vivienda respectiva. El parágrafo 1 del artículo 123, destaca entre los sectores prioritarios para acceder a los programas y proyectos diseñados por el Gobierno a las mujeres cabeza de familia desplazadas.

El programa de rehabilitación que contempla la Ley 1448 de 2011 plantea un acompañamiento psicosocial transversal a todo el proceso de reparación de las víctimas, el cual debe tener en cuenta la perspectiva de género. El artículo 136 afirma que dicho acompa-

namiento debe integrar a los familiares de la víctima, y “de ser posible promover acciones de discriminación positiva a favor de mujeres [...] debido a su alta vulnerabilidad”.

Por otra parte, el Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a Víctimas que ordena la Ley debe contar con un componente de atención psicosocial para atención de mujeres víctimas e incluir atención individual, familiar y comunitaria por parte de profesionales con formación técnica específica y experiencia relacionada para casos de violencia sexual (art. 137, num. 2).

La Ley de Víctimas contempla la creación de un Centro de Memoria Histórica, al que otorga una serie de funciones tendientes a rescatar la dignidad de las víctimas y difundir la verdad sobre lo sucedido. Al respecto, se establece explícitamente que “las actividades de memoria histórica [...] harán especial énfasis sobre las modalidades de violencia contra la mujer” (Ley 1448, art. 145, pará.).

Según establece la Ley 1448 de 2011, las medidas de protección a las víctimas, a cargo de las autoridades competentes, deberán para el caso de las mujeres tener en cuenta las modalidades de agresión, las características de los riesgos que enfrentan, las dificultades para protegerse de sus agresores y la vulnerabilidad ante ellos (art. 31, pará. 3).

Respecto a las garantías de no repetición, el artículo 149 de la Ley de Víctimas incluye la oferta de medidas especiales de prevención a los grupos expuestos a mayor riesgo, entre ellos las mujeres (literal d). Tales medidas deben propender por “superar estereotipos que favorecen la discriminación, en especial contra la mujer y la violencia contra ella en el marco del conflicto armado”. Más adelante, en el literal s. del mismo artículo se prevé como garantía de no repetición la formulación de campañas nacionales de prevención y reprobación de la violencia contra las mujeres. Ambas consideraciones atien-

den también a solicitudes expresas del movimiento de mujeres a las que tendrá que hacerse seguimiento en su efectiva aplicación.

En el tema de asesoría y apoyo dentro de los procesos judiciales la Ley es precisa cuando afirma que “las autoridades deben informar a las mujeres sobre su derecho a no ser confrontadas con el agresor o sus agresores” (art. 35, num. 4). Sobre el mismo asunto, se establece que frente a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual “las autoridades que intervienen en las diligencias iniciales deberán brindar garantías de información reforzadas, mediante personal especializado en atención psicosocial, sobre las instituciones a las que deben dirigirse para obtener asistencia médica y psicológica especializada, así como frente a sus derechos y la ruta jurídica que deben seguir” (art. 35, pará. 1). En el párrafo 2 del mismo artículo 35 la Ley ordena que exista “personal capacitado en atención de víctimas de violencia sexual y género” en todas las entidades públicas que brinden asistencia o atención a víctimas.

También en referencia a los procesos judiciales esta ley incluye un artículo sobre principios de la prueba en casos de violencia sexual que atiende a lo establecido en el Estatuto de Roma en el sentido de que no se puede inferir el consentimiento de la víctima, ni exponer como prueba su vida sexual (art. 38). Por otra parte, la Ley establece la posibilidad de modalidades especiales de testimonio en el marco de procesos judiciales para víctimas de violencia sexual. Tales modalidades podrán ser decretadas por juzgados y magistraturas, ya sea de oficio o por solicitud de la Fiscalía, de la defensa, del Ministerio Público o de la víctima. En estos casos la norma insta a controlar diligentemente la forma del interrogatorio “a fin de evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación” (art. 41). De igual forma, los testimonios podrán ser recibidos con acompañamiento de

personas expertas en situaciones traumáticas (profesionales en psicología, trabajo social o psiquiatría, entre otros) y la víctima tendrá siempre derecho a elegir el sexo de la persona ante la cual desea rendir declaración (art. 42).

Por otra parte, la ley establece que la Fiscalía General de la Nación debe crear un Protocolo para la investigación de delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales,

en el que se contemplen medidas jurídicas y psicosociales y aspectos como el fortalecimiento de las capacidades de los funcionarios para la investigación, el trato, la atención y la asistencia a las víctimas durante todas las etapas del procedimiento, y acciones específicas para la atención de las mujeres, niños, niñas y adolescentes víctimas.

Si bien este es un mandato importante, debe recordarse que en el país existen actualmente varios protocolos en el mismo sentido, sobre los cuales las críticas han recaído, no tanto en su diseño, como en su implementación, y en su capacidad de articularse entre sí. La Ley de Víctimas no incluye consideraciones en este sentido. Por lo mismo, resulta imperativo que estos procesos consulten a las organizaciones de mujeres especialistas en el tema de violencia sexual, e incorporen sus aprendizajes.

21. ¿Cómo pueden participar las víctimas en la ejecución de la Ley?

El Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas establece la participación activa de las víctimas a través de mesas municipales, distritales, subregionales y departamentales, que estarán integradas por organizaciones de víctimas y defensoras de derechos humanos. Estas mesas territoriales elegirán a sus representantes ante los Comités Territoriales de Justicia Transicional. La normativa establece que serán diseñados programas especiales de capacitación para las personas que integran estas mesas, con el

Esta ley incluye un artículo sobre principios de la prueba en casos de violencia sexual en el sentido de que no se puede inferir el consentimiento de la víctima, ni exponer como prueba su vida sexual (art. 38)

fin de fortalecer su capacidad de liderazgo y representación de las víctimas.

Además se conformará la Mesa Nacional de Participación de Víctimas integrada por los voceros de las mesas departamentales. En la Mesa Nacional se elegirán representantes de las víctimas a las siguientes instancias:

- Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión y Restitución de Tierras Despojadas.
- Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.
- Comisión de Seguimiento y Monitoreo.
- Consejo Directivo del Centro de Memoria Histórica.

Es importante a este respecto destacar que el Decreto 4800 de 2011 determina en su artículo 282 que este proceso de designación de vocerías y representaciones en las diferentes instancias de participación de las víctimas debe garantizar la equidad de género y demás implicaciones del enfoque diferencial.

22. ¿Qué medidas sancionatorias se establecen en la ley?

La Ley establece que quien se inscriba fraudulentamente en el registro de tierras despojadas tendrá prisión de 8 a 12 años, mientras que quien se desempeñe en un cargo público y participe en inscripciones fraudulentas tendrá prisión de 10 a 20 años. Por otra parte,



Donat Rivas

quienes en el proceso de restitución conlleven la ilegalidad de sus títulos de propiedad o del despojo que efectuaron, se harán beneficiarios del principio de oportunidad.

En el Capítulo V del Título V se encuentran varias normas que configuran el régimen disciplinario de los funcionarios públicos frente a las víctimas, partiendo de los deberes de respeto para los derechos de estas, incurrirá en faltas disciplinarias gravísimas el funcionario público que estando obligado se niegue a dar una declaración oficial o disculpa pública que busque restablecer la

dignidad, reputación y los derechos de la víctima o reconocer los hechos y la aceptación de responsabilidades que impida u obstaculice el acceso de las víctimas y sus representantes a la información sobre las causas y condiciones de la victimización, así como a la verdad de los hechos; que proporcione información falsa a las víctimas y que discrimine por razón de la victimización. Finalmente, la Ley establece que aquellos funcionarios que afecten derechos de las víctimas deben responder ante los tribunales y juzgados competentes por dichas infracciones.

COMENTARIOS A LA LEY DE VÍCTIMAS Y EL DECRETO-LEY PARA INDÍGENAS

LO QUE NO FUE Y SIGUE SIENDO UN PROBLEMA³

**Equipo de seguimiento y análisis de políticas públicas
de la Casa del Pensamiento - ACIN**

A continuación señalamos algunos elementos de análisis con relación a la expedición del Decreto-Ley 4633/2011 para pueblos indígenas en el marco de la Ley de Víctimas 1448/2011. Vale la pena poner en discusión no solo el contenido del decreto sino su propia forma de construcción. En este sentido podemos ver las implicaciones de adelantar procesos de consulta previa y no de Consentimiento Previo Libre e Informado como se inscribe esencialmente en la Declaración para Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (2007), reduciendo cada vez más el sentido de este derecho. Además, es procedente que las organizaciones indígenas empiecen a hacer un seguimiento a la implementación de la ley, con especial atención en las afectaciones en el ámbito territorial, que son el centro del siguiente análisis.

Riesgo de pérdida territorial

En las discusiones sobre la Ley de Víctimas y sobre el decreto-ley señalamos posibles conflictos en tres situaciones concretas: en primer lugar, que los jueces aprobaran titulaciones o reconocimiento de derechos a terceros (afros, campesinos, terratenientes) sobre territorios indígenas no titulados, sobre los que el propio Estado ha negado la titularidad indígena. En segundo lugar, que el procedimiento ordinario previsto en la Ley 1448 se adelantara sin tener en cuenta las reclamaciones indígenas que hicieramos por vía de un procedimiento especial (el que fue finalmente aprobado en el Decreto-Ley 4633), y los jueces terminarían por crear hechos cumplidos al reconocer (en la que se considera única instancia, y de forma sumaria) derechos a esos terceros, de forma que aunque

reclamáramos por otras vías y ganáramos los pleitos, se crearían conflictos por la tierra con sectores que considerarían tener derechos ciertos sobre los territorios reclamados, más aún luego de un fallo favorable del juez de tierras. El tercer punto era el relacionado con reclamaciones individuales indígenas que podrían chocar con las colectivas, y frente a las cuales unos jueces venales (no olvidemos que los jueces estarán en el Tribunal Superior del Cauca) pudieran querer inventar conflictos.

Al respecto hay que señalar que frente al primer punto el decreto-ley en cierta medida protegió nuestros derechos ancestrales.

Artículo 168. Efectos de otros procesos de restitución. En concordancia con la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los territorios indígenas, en los procesos de restitución de tierras que se adelanten en el marco de la Ley 1448 de 2011, el contenido del fallo no podrá recaer en ningún caso sobre los territorios de las comunidades indígenas, sin perjuicio del derecho a la compensación que pudiera corresponder a los terceros de buena fe.

Aunque para los pueblos indígenas es claro qué significa “territorio indígena” y al-

gunos decretos lo definen, no hay que olvidar que las interpretaciones del Gobierno acerca de este concepto en los casos de consulta previa no respetan lo previsto en la Ley 21/91 (Convenio 169 de OIT), y lo restringe a los resguardos constituidos, de los que excluye incluso a los de título colonial. De modo que esta sería una norma para hacer cumplir mediante incidencia y movilización.

En el artículo 141 del Decreto 4633, se señala también: “Los plazos y procedimientos establecidos en este Decreto no implican una renuncia a la reclamación y recuperación de los territorios por las demás vías y mecanismos legalmente establecidos.”.

Dicho lo anterior, en principio un juez de tierras no debería tocar, a favor de terceros no indígenas, ninguna parte de los territorios históricos indígenas. Pero eso no solo depende de que el juez o tribunal actúe en derecho, sino que sepan cuáles son dichos “territorios indígenas”. En este sentido se vuelve fundamental que las organizaciones indígenas elaboren el mapa de los territorios históricos y los hagan conocer de la Unidad de Restitución y de los jueces y tribunales (de tierras) para que no haya “margen de error”

³ Para la primera parte de este artículo ver Roughton (2011).

en los fallos correspondientes. A lo anterior hay que agregar lo que aparece en el artículo 141 (restitución de derechos territoriales)

De conformidad con lo establecido en la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT adoptado a través de la Ley 21 de 1991 y la jurisprudencia sobre la materia, son susceptibles de los procesos de restitución en el marco de este decreto, las tierras que se señalan a continuación y que no podrán ser objeto de titulación, adjudicación, compra o restitución en beneficio de personas ajenas a las comunidades indígenas:

1. Los resguardos indígenas constituidos o ampliados.
2. Las tierras sobre las cuales se adelantaron procedimientos administrativos de titulación o ampliación de resguardos indígenas.
3. Las tierras de los resguardos de origen colonial y las tierras de ocupación ancestral e histórica que los pueblos y comunidades indígenas ocupaban el 31 de diciembre de 1990.
4. Las tierras comunales de grupos étnicos.
5. Las tierras que deben ser objeto de titulación o ampliación de resguardos indígenas por decisión, en firme, judicial o administrativa nacional o internacional.
6. Las tierras adquiridas por Incora o Incoeder en beneficio de comunidades indígenas de las que es titular el Fondo Nacional Agrario.
7. Las tierras adquiridas a cualquier título con recursos propios por entidades públicas, privadas o con recursos de cooperación internacional en beneficio de comunidades indígenas que deben ser tituladas en calidad de constitución o ampliación de resguardos.

Estamos ante dos normas diferentes en relación con las reclamaciones históricas de los pueblos indígenas sobre los territorios ancestrales. Porque este numeral 3 del artículo 141 señala que no podrán ser objeto de titulación a terceros “las tierras de ocu-

pación ancestral e histórica que los pueblos y las comunidades indígenas ocupaban el 31 de diciembre de 1990”. Según una interpretación amañada a favor de los terratenientes, las tierras ancestrales no ocupadas por los indígenas en esa fecha –porque para entonces habían sido expropiadas ilegalmente en la colonia y la república–, y ocupadas por terceros, si podrían ser tituladas a estos o a los reclamantes en cualquier proceso de restitución. Mientras el artículo 168 dice exactamente lo contrario. En este sentido, hay que evitar que se creen contradicciones sociales por la propiedad de la tierra entre los pueblos indígenas y los otros posibles beneficiarios de una sentencia de un juez (sea terrateniente, afrodescendiente, campesino). Con los antecedentes regionales, en la lucha por la propiedad de la tierra hay sectores interesados en que se alimente de nuevo ese conflicto.

Dos anotaciones más sobre este artículo 168. En el numeral 1 se habla solamente de los resguardos constituidos o ampliados, siendo que con la figura de las reservas indígenas se reconocieron derechos ciertos de los pueblos. En el artículo 149 (trámites) si se incluyen las reservas, pero es muy probable que los jueces escamoteen este hecho.

Aunque señala que el derecho de restitución cobija a “las tierras de los resguardos de origen colonial”, en el citado artículo 149, agrega que esto será “previa clarificación”, y que requiere para su trámite inicial la copia de la escritura pública de protocolización notarial de los documentos que constituyen el título del resguardo de origen colonial, y copia del certificado de registro del título del resguardo respectivo. Aunque se trata de información básica que no determinará el fallo ni el inicio del proceso, es claro que puede convertirse en un obstáculo, y más para “la adopción de medidas de protección, cautelares y el inicio de la caracterización de afectaciones territoriales, pero de ninguna manera

sustituye dicha caracterización”, como señala el mismo artículo.

Afectaciones territoriales

El artículo 144 excluyó las referencias de las afectaciones territoriales que potencian el conflicto armado y la violencia política, tales como megaproyectos y explotación irracional de recursos que, aunque son legales, tienen impacto directo sobre los derechos territoriales; el decreto mantuvo estos elementos como “factores subyacentes”. Esta decisión del Gobierno retrocede frente a lo ordenado por la Corte Constitucional en el Auto 004, que planteó que en los Planes de Salvaguarda deben incluirse estos elementos “legales” de forma explícita.

En lo relacionado con la ruta de protección (art. 150) hay varias preocupaciones. En el numeral 2 dice:

2. En el caso de comunidades indígenas establecidas en los territorios considerados baldíos que constituyen su hábitat, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas solicitará al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) en conjunto con el Incoder, que dentro de los 30 días hábiles realice la determinación del área del territorio a titular, ampliar, sanear o si corresponde, clarificar de acuerdo a lo establecido en Capítulo 3 del Decreto 2663 de 1994; igualmente, al Incoder, que en un plazo de hasta doce (12) meses inicie y termine los trámites de titulación, ampliación, saneamiento o clarificación; y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del círculo, que en un plazo cinco (5) días realice la apertura de un folio de matrícula inmobiliaria a nombre de la Nación, y efectúe la inscripción de la medida de protección, indicando el trámite de titulación o seguridad jurídica a favor de la comunidad. Una vez culminado el trámite de titulación respectivo, el folio de matrícula se inscribirá a nombre de la comunidad.

Las tierras ocupadas ancestralmente por los pueblos indígenas no son baldíos, como ya lo determinó el Consejo de Estado en 1971. Luego no resulta procedente que una medida de protección sea justamente reconocer al Estado una propiedad que es indígena.

En el numeral 3 establece que la Unidad de Tierras puede solicitar la “clarificación de la vigencia legal de los títulos de origen colonial o republicano”. Esta medida no es de protección sino de despojo. La presunción debe ser la plena vigencia del derecho. Además, si se habla de que la carga de la prueba está en cabeza del posible despojador, es el Estado el que debe demostrar que el título colonial no es válido, y no las organizaciones indígenas demostrar su vigencia.

En el artículo 151 (medidas cautelares para ser adoptadas por el juez), se excluyeron la realización de obras de infraestructura y explotación de recursos naturales. De modo que las medidas de protección a afectaciones territoriales son solo declarativas.

Procedimiento de restitución judicial

Este era el tercer tema de preocupación. Lo que debíamos impedir es que en el procedimiento se pudieran poner en riesgo nuestros derechos o crear situaciones jurídicas que luego se conviertan en obstáculos para nuevas reclamaciones.

- a. En el artículo 158 (procedimiento judicial) se determina que solo se aplicarán algunas normas de la Ley 1441 (85, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 96 y 102; art. 79 excepto su par. 2 y únicamente los par. 1, 2 y 3 del art. 91). Pero luego señala que se aplicarán también normas del artículo 84 (documentos para proceder la reclamación) y 86 (sobre auto admisorio). Sin embargo, queda por aclararse cuál es el procedimiento que adelantará el juez cuando se acumulen casos de recla-

naciones indígenas y no indígenas (por ejemplo afrodescendientes, que tienen también un procedimiento especial). Es clave que el procedimiento más favorable a los indígenas sea el que se adopte en dichos casos.

- b. El párrafo del mismo artículo 158 señala que los jueces de tierras deberán tener conocimiento y experiencia en asuntos étnicos. Es obvio que se trataría de la totalidad de los jueces de tierras, pues todos son susceptibles de adelantar procesos indígenas o afros, en tanto en todos los departamentos hay población indígena. Veremos cómo el Estado resuelve este asunto. Por el lado indígena, existe la obligación de exigir este elemento del protocolo de selección.

- c. La presentación de la demanda aparece en el artículo 160:

Artículo 160. Presentación y contenido de la demanda. Una vez ingresada la solicitud en el registro y emitido el informe de caracterización, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y la Defensoría del Pueblo tendrán un plazo de sesenta (60) días prorrogables por un periodo igual para presentar la demanda. Las comunidades por sí mismas o a través de sus organizaciones representativas, si aquellas las delegan, podrán presentar la demanda en cualquier tiempo. La demanda de restitución contendrá:

1. La identificación del solicitante y comunidad o comunidades titulares del territorio.

Ya veremos al Gobierno promoviendo reclamaciones de la OPIIC o de afrodescendientes, enfrentadas a las de los cabildos, que de inmediato harían nulo el propósito de este artículo frente a los terratenientes.

2. La identificación del territorio con los siguientes datos: la ubicación, el departamento, municipio, corregimiento o vereda y cuando corresponda, la identificación registral, número de matrícula inmobiliaria e identificación catastral.

3. Narración de los hechos.
4. Las pretensiones.
5. La relación y solicitud de práctica de pruebas que se pretendan hacer valer. Se anexará el informe de caracterización y demás piezas que este contenga.
6. El domicilio o dirección para notificaciones.

También contendrá los elementos señalados en los literales b y c del artículo 84 de la ley 1448 de 2011, y d, e y f cuando corresponda. Adicionalmente, solicitará todas aquellas medidas necesarias y complementarias para garantizar a las víctimas de que trata el presente Decreto el goce efectivo de sus derechos territoriales colectivos.

Esos literales del artículo 84 de la Ley 1441 corresponden a identificación personal en caso de reclamaciones individuales, certificado de tradición y libertad, y certificado del avalúo, respectivamente. En el artículo citado de la Ley 1441 hay un párrafo que señala que cuando esos documentos no sean posibles de allegar se admiten otros medios de prueba, pero en el decreto-ley no se menciona dicha disposición. Por analogía debería incluirse esa aclaración, pero es tema de atención.

De todos modos, una exigencia como esta para reclamar territorios que nunca han sido titulados simplemente excluiría toda reclamación de los territorios ancestrales y violaría lo establecido en las sentencias de la Corte IDH que prevé que la propiedad indígena es intangible.

En el Artículo 146 (acumulación de trámites) se aborda el problema de acumulación de demandas presentadas en el procedimiento ordinario en estos términos:

En caso de presentarse más de una solicitud de restitución de varias comunidades o miembros de ellas sobre un mismo territorio, se concentrarán y se acumularán en un único proceso de restitución según lo establecido en el presente decreto; así mismo, aquellas que se presenten bajo el ámbito de la Ley 1448 de 2011. El juez o Tribunal de restitución mantendrá la competencia de los casos acumulados hasta la ejecución del fallo de restitución.

No se aclara cuál es el procedimiento que se adoptará a continuación de producirse la acumulación de procesos. Se presume que se aplicaría la norma específica, en este caso el procedimiento indígena; pero también el procedimiento afro es específico. Y de cualquier modo, es clave estar al tanto para impedir que se acumule la demanda indígena pero en los términos de la ordinaria, donde aplican otras normas (derogación de resoluciones administrativas de titulación, por ejemplo, y el hecho de que sería fallo definitivo en única instancia).

También puede ocurrir que la información pública de que hay una reclamación por el procedimiento ordinario no sea conocida por las organizaciones o autoridades indígenas; lo aprobado en el artículo 161 del decreto-ley es insuficiente. El colectivo indígena que haga seguimiento a estos procesos debe insistir ante el juez/magistrado de tierras para que presuma que toda reclamación particular en zonas o territorios afros-indígenas afecta o puede afectar derechos de estos; en consecuencia, deben incidir para que siempre que haya un interés manifiesto de las autoridades u organizaciones indígenas se adopte el procedimiento especial previsto en este decreto-ley (es decir, que se acumule lo ordinario a lo indígena, y no al revés), y se facilite la información prioritaria y prioritaria a los pueblos indígenas en los respectivos departamentos/

municipios sobre todas las reclamaciones de particulares que se hagan en el procedimiento ordinario.

La carga de la prueba

Uno de los puntos atractivos de la Ley 1448 era justamente que las víctimas estaban exentas de demostrar su derecho, y en cambio el demandado (eventualmente un expropiador) debía demostrar la adquisición del predio con los debidos procedimientos. Pues bien, la inversión de la carga de la prueba ha sido echada para atrás en el caso indígena. Dice el artículo 162:

Inversión de la carga de la prueba en favor de la víctima. En el procedimiento judicial, bastará con la prueba sumaria de la afectación territorial en los términos señalados en el presente Decreto, la cual podrá consistir en el relato de la autoridad indígena o el solicitante de restitución, para trasladar la carga de la prueba a quienes se opongan a la pretensión de restitución de la comunidad indígena afectada. Este artículo no aplica en el caso en que un mismo territorio sea reclamado en restitución por dos o más comunidades indígenas o de grupos étnicos. En caso de existir oposiciones, la parte demandante podrá solicitar o presentar nuevas pruebas relacionadas por los hechos aducidos por los opositores.

La parte en cursiva no es otra cosa que negar el espíritu del artículo y el de la Ley 1448. Ya veremos al Gobierno promoviendo reclamaciones de la OPIIC o de afrodescendientes, enfrentadas a las de los cabildos, que de inmediato harían nulo el propósito de este artículo frente a los terratenientes. Pero el solo hecho de que haya reclamaciones justas de otras comunidades anula la inversión de la carga de la prueba. Con solo un reclamo de otra comunidad la carga de la prueba caerá de nuevo en cabeza de las comunidades indígenas, que deberán demostrar el robo y no exigir al ladrón que demuestre la legalidad de su propiedad.

Sobre las presunciones legales y de derecho

En materia de resguardos constituidos, el decreto-ley, plantea:

Artículo 163. Presunciones de derecho en relación con los territorios colectivos. En relación con los territorios colectivos inscritos en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, se tendrá como presunción de derecho la *inexistencia de los actos jurídicos* enunciados en los numerales siguientes, cuando hubieren ocurrido a partir del primero de enero de 1991 sobre *resguardos indígenas constituidos*:

- a. La inexistencia de cualquier acto o negocio jurídico en virtud del cual se realizaron transferencias de dominio, constitución de derechos reales o afectaciones que recaigan total o parcialmente sobre resguardos, reservas indígenas o tierras colectivas.
- b. La inexistencia de actos administrativos o la invalidez de sentencias judiciales cuando reconozcan u otorguen derecho real u otro derecho a favor de terceros sobre *resguardos, reservas indígenas o tierras colectivas*.
- c. En caso de títulos individuales de miembros de grupos étnicos, se presume de derecho que los actos de transferencia de dominio en virtud de los cuales pierdan su derecho de propiedad o posesión, son inexistentes por ausencia de consentimiento cuando tales actos se celebraran con personas que *hayan sido condenadas por pertenencia, colaboración o financiación de grupos armados que actúan por fuera de la ley* cualquiera que sea su denominación o por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio o a través de terceros.

Nótese la contradicción entre la parte declarativa y los numerales a y b (las cursivas). En este caso es fundamental que se aplique la parte que incluye reservas y tierras comunales. Las “reservas indígenas” que no fue-

ron convertidas en resguardos no han desaparecido legalmente (caso Yarinal y otros), y por tanto hay derechos ya consagrados para los pueblos indígenas en dichos territorios. Debe tenerse cuidado con las reclamaciones individuales indígenas en materia de tierras. Con las reclamaciones de otras comunidades anularán la “inversión de la prueba” a favor de la víctima; con las reclamaciones individuales van a prestonar conflictos intracomunitarios. Por otro lado, hay que estar alertos a que quieran pasar como reclamaciones individuales las que son reclamaciones colectivas.

En el artículo 164, sobre territorios no constituidos como resguardos, aparecen elementos positivos que se deben aprovechar en favor de los intereses de las víctimas:

Artículo 164. Presunciones legales en relación con los territorios colectivos. En relación con los territorios inscritos en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, se tendrán en cuenta las siguientes presunciones legales cuando los hechos y actos jurídicos enunciados en el presente artículo hubieran ocurrido a partir del 1 de enero de 1991, sobre *territorios no constituidos como resguardos indígenas*:

1. Presunción de nulidad para ciertos actos administrativos en caso de comunidades sin título. Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución se *presume legalmente de que están viciados de nulidad absoluta los actos administrativos que hubieren titulado u otorgado otra clase de derechos a terceros en tierras consideradas baldíos ocupados o utilizadas culturalmente por pueblos indígenas*. La declaración de nulidad absoluta de tales actos *podrá ser decretada* por la autoridad judicial que esté conociendo de la demanda de restitución, y producirá el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad absoluta de todos los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del territorio o parte del mismo.

Ya se ha señalado que la definición común baldíos es problemática, pues en realidad esas tierras ancestrales no son baldíos ni lo han sido. Pero más allá de ello, la presunción legal de nulidad de cualquier reconocimiento o titulación a terceros sobre dichos predios es favorable a los pueblos indígenas. Sin embargo, habría que cuidar que la expresión “podrá ser decretada” no se interprete como una libre elección del juez.

Pero más adelante hay una larga lista de presunciones legales para los predios individualmente reclamados por indígenas. Es obvio que si un indígena individualmente reclama un predio y este no está en territorio indígena se presumirá que el trámite que corresponde es el ordinario; y si está en territorio indígena no cabría una reclamación individual, y cuando ello ocurra no debería haber problema en que la autoridad indígena la resuelva a favor de la comunidad. Pero no es eso lo que dice el decreto-ley. Veamos:

Artículo 169. Resolución de controversias territoriales intraétnicas. *Las controversias territoriales que se presenten al interior de las comunidades o entre comunidades del mismo pueblo* serán resueltas por sus autoridades de acuerdo con sus normas y procedimientos.

Artículo 170. Resolución de controversias intraétnicas e interétnicas ante el juez de restitución. El juez de restitución, una vez aceptada la demanda, abrirá un incidente de conciliación para que las partes resuelvan amigablemente sus diferencias en los siguientes casos:

1. Cuando se *hayan agotado o no sea posible adelantar los trámites internos para la solución de controversias al interior de una comunidad o de un mismo pueblo*.
2. Cuando se hayan agotado o no sea posible adelantar los trámites internos para la solución de controversias entre varias comunidades pertenecientes a diferentes pueblos o grupos étnicos.

3. Excepcionalmente, en caso de familias o integrantes de comunidades cuyo retorno o reubicación en su territorio no haya sido posible por impedimentos o decisiones de sus autoridades propias.

Y luego de agrega:

Artículo 171. Trámite incidental ante el juez de restitución. Para los casos previstos en el artículo anterior, se tramitará el incidente de conciliación que se resolverá en *una sola audiencia*, la cual se realizará bajo las siguientes reglas:

1. *Las partes interesadas y las autoridades de los resguardos o territorios colectivos correspondientes serán citadas en los domicilios o las direcciones aportadas en la presentación de la demanda*.
 2. Cada parte expone su versión de los hechos, sus pretensiones y presentará las pruebas que pretenda hacer valer.
 3. Se abrirá un espacio para que las partes intenten fórmulas de arreglo; el juez podrá proponer fórmulas alternativas que no son de obligatorio cumplimiento.
 4. La audiencia podrá ser suspendida a petición de una o ambas partes, por una sola vez, con el fin de estudiar fórmulas de acuerdo. La nueva fecha se definirá en la misma audiencia.
 5. Si las partes no llegan a un acuerdo o no se presentan a la audiencia, se dejará constancia de no comparecencia o no acuerdo en el acta que se levante sobre la misma.
 6. *En caso de no acuerdo o no comparecencia, el juez con el apoyo de un peritazgo jurídico-antropológico y las demás pruebas que estime conducentes, adoptará una decisión en el fallo de restitución*.
- Esta parte es totalmente inconstitucional en lo relacionado con conflictos intracomunitarios, pues niega el derecho de nuestras autoridades para resolver conflictos internos relacionados con la tierra. Simplemente rompe la justicia interna y la jurisdicción especial indígena.

Definición de víctima

El artículo 3, donde se define el carácter de víctima, tiene varios elementos para ser tenidos en cuenta, algunos de ellos confusos. El CRIC y la ACIN habían planteado incorporar el siguiente párrafo en el artículo 3:

Los crímenes de lesa humanidad cometidos contra los pueblos indígenas en cualquier época, en particular el genocidio y el etnocidio, no prescriben, y en consecuencia los pueblos indígenas tienen derecho a reclamar por estos hechos en los términos del presente decreto independiente de la fecha señalada (énfasis agregado).

El Decreto-ley incluye el siguiente párrafo en el artículo 3: "Parágrafo tercero. Este decreto se aplicará sin desmedro de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad".

Y en el artículo 2 aparece el siguiente párrafo: "Parágrafo. Lo regulado en el presente decreto no sustituye ni excluye el derecho a la reparación histórica de los pueblos indígenas".

Es importante que estos dos puntos hayan sido incluidos, pero es aún más impor-

tante que las organizaciones y autoridades de los pueblos indígenas lo entiendan como sugerimos, pues la llamada "reparación simbólica" de que habla este artículo efectivamente se ha incluido para escamotear el derecho a la reparación por crímenes de lesa humanidad, específicamente los ligados a los crímenes coloniales, como el etnocidio y el genocidio.

Sobre la reparación simbólica, a la cual nos opusimos por el carácter gaseoso de su formulación, en el segundo inciso se dice:

Los pueblos y comunidades indígenas y sus integrantes que hayan sido víctimas por hechos ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 1985 serán sujetos de medidas de *reparación simbólica* consistentes en la *eliminación de todas las formas de discriminación estructural*, de no repetición de los hechos victimizantes, de la aceptación pública de los hechos, del perdón público y del restablecimiento de la dignidad de las víctimas y de los pueblos y comunidades indígenas que promuevan la reparación histórica, sin perjuicio de lo contemplado en parágrafo del artículo 2 del presente decreto.

La redacción no es clara. Obviamente la "eliminación de todas las formas de discriminación estructural" no es propiamente una reparación simbólica; sería más bien la verdadera reparación. Pero también es obvio que el Gobierno no lo pensó así. Podríamos entender la reparación simbólica en este sentido amplio, y exigir en desarrollo de esta ley algunas medidas para eliminar esas formas de discriminación estructural. Por ejemplo: 1) revisión y modificación de los enfoques y relatos de los textos escolares que puedan resultar estereotipados o denigrantes, o que subvaloren el papel de los indígenas (por ejemplo, en la independencia de la monarquía española); 2) prohibición para el uso de términos denigrantes en medios de comunicación pública; 3) medios de comunicación

Archivo Caso del pensamiento



regionales y nacionales para los pueblos indígenas (radio y televisión), entre otros.

Carácter de víctima

El Gobierno alteró un tema central de la posición indígena, y es el relacionado con el carácter de víctima de la Madre Tierra. En este sentido dice el artículo 3

Para los pueblos indígenas *el territorio es víctima*, teniendo en cuenta su cosmovisión y el vínculo especial y colectivo que los une con la madre tierra. *Sin perjuicio de lo anterior, se entenderá que los titulares de derechos en el marco del presente decreto son los pueblos y comunidades indígenas* y sus integrantes individualmente considerados.

En realidad las organizaciones indígenas (por lo menos las del Cauca) no hablaron del territorio como víctima, sino de la Madre Tierra como víctima, en tanto esta es una más de los miembros de la comunidad, y en tanto tal recibe el impacto de la violencia política y las violaciones de los derechos humanos y las infracciones al DIH. El Gobierno no solo altera la demanda, sino que considera este hecho como una mera opinión de los indígenas, una especie de folclorismo menor que se puede zanjar con un breve reconocimiento paternalista, que luego niega; pero el problema es más de fondo, puesto que la concepción de la Madre Tierra no es un predicado de la cultura, sino un elemento constitutivo de la comunidad misma. La ACIN-CRIC habían sugerido:

La Madre Tierra, de acuerdo con las diferentes concepciones de los pueblos indígenas se considera víctima, en tanto sea afectada en su integridad espiritual o ambiental por los mismos hechos acaudados, y en consecuencia es *sujeto de todas las medidas de reparación previstas para los pueblos e individuos indígenas*.

En el artículo 45 se va un poco más allá: Artículo 45. Daño al territorio. El territorio, comprendido como integridad viviente y sustento de la identidad y armonía, de

acuerdo con la cosmovisión propia de los pueblos indígenas y en virtud del lazo especial y colectivo que sostienen con el mismo, sufre un daño cuando es violado o profanado por el conflicto armado interno y sus factores vinculados y subyacentes y vinculados. Son daños al territorio aquellos que vulneran *el equilibrio, la armonía, la salud y la soberanía alimentaria de los pueblos indígenas* y que puedan entenderse conexos con las causas a las que se refiere el artículo 3 del presente decreto.

Con lo dicho en el artículo 3 (negar el carácter de sujeto de derecho a la Madre Tierra) y lo que aparece subrayado del artículo 45, los daños directamente causados a la Madre Tierra (como deforestación, destrucción de cuencas, etc.) no serán considerados como tales, sino a lo sumo como daños en bienes civiles. En una acción de inconstitucionalidad podría incluirse que la interpretación del artículo 45 fuera más allá de lo dice el decreto-ley, de manera que pudieran incorporarse temas diferentes a la soberanía alimentaria.

Principios frente a expectativas indígenas

En el artículo 8 (reparación integral de derechos territoriales) el Gobierno no incluyó la indemnización, que es derecho reconocido, y redujo la reparación a la mera restitución. El artículo 9 (derecho al territorio) mantiene un supuesto derecho individual a que las tierras imprescriptibles colectivas les sean restituidas a personas individuales. Es un método seguro para que haya conflictos intracomunitarios, como arriba se anotó.

Podríamos entender la reparación simbólica en este sentido amplio, y exigir en desarrollo de esta ley algunas medidas para eliminar esas formas de discriminación estructural.

El artículo 10 (acceso al territorio) es problemático. Dice el decreto-ley:

Artículo 10. Acceso al territorio. En los casos en que por causas asociadas con el conflicto armado interno y sus factores subyacentes y vinculados el pueblo o la comunidad indígena hayan perdido o estén en riesgo de perder el acceso a los lugares sagrados y en general a su ámbito social, económico y cultural, el Estado tomando en cuenta las condiciones de seguridad imperantes, garantizará el pleno disfrute de los mismos, de conformidad con la Ley de Origen, la Ley Natural, el Derecho Mayor o Derecho Propio sin perjuicio de lo establecido de la legislación general de la República y la legislación indígena nacional.

Las partes en cursiva ni más ni menos son la conculcación de un derecho inalienable. El propósito de la norma en el borrador inicial (que desconocemos si fue propuesta

indígena o del Gobierno, y donde no se incluyen las partes en cursiva) era incluir una medida afirmativa, adicional al derecho ya reconocido a vivir en su propio territorio sin limitación alguna. Con la redacción aprobada se ha convertido en una extraña medida mediante la cual es la comunidad la que debe esperar que el Gobierno –luego de conocer las “condiciones de seguridad imperantes”– lo permita. En otras palabras, la idea inicial de “si hay limitación al acceso, el Gobierno está obligado a garantizarlo”, se convirtió en “si hay limitación al acceso, hay que esperar el permiso del Ejército”.

El artículo 11 (protección al territorio) es un saludo a la bandera. Dice: “El Estado garantizará la protección de los territorios de ocupación histórica o ancestral de los pueblos o comunidades en los términos establecidos en los artículos 13, 14 y 15 del Convenio 169 y del artículo 63 de la Constitución Política”.

En otras palabras, el decreto-ley dice que el Gobierno debe cumplir la ley y la Consti-

tución, lo que resulta una obviedad. Lo que nosotros habíamos propuesto, además de incluir tal reconocimiento era: “La posesión tradicional o ancestral de los pueblos indígenas sobre sus territorios tiene efectos equivalentes a un título de propiedad o pleno dominio otorgado por el Estado, reconociéndose su carácter imprescriptible, inembargable e inalienable”.

Esto es lo verdaderamente significativo, pues es la obligación del Estado expresada en las consecuencias jurídicas y materiales de lo ordenado en la Constitución y el bloque de constitucionalidad. La Corte IDH ya ha zanjado este tema en repetidas ocasiones. El artículo hubiera podido resolver esto si incluía que la protección se haría en los términos ya definidos por la Corte IDH.

El artículo 12 es otro saludo a la bandera. Se señala que: “Las autoridades indígenas, en su condición de autoridades públicas de carácter especial, tendrán acceso libre y permanente a los documentos y demás medios o fuentes de información que consideren necesarios para el esclarecimiento de la verdad de las violaciones, salvo que los documentos tengan carácter reservado”.

Justamente el carácter de autoridad pública es el que autorizaría superar esas reservas.

El artículo 19 (garantías para víctimas de violencia sexual) mantuvo los exámenes médico-forenses para casos de violaciones sexuales. Nosotros señalamos en su momento la inutilidad e improcedencia de tal medida, porque se trata de hechos ocurridos hace varios años que ya no admiten un procedimiento que debe hacerse en los días inmediatos a los hechos. Por otro lado, la “comprobación” de un hecho de violencia sexual por medio de prueba médico-legal ha sido superado hace mucho tiempo pues en primer lugar no se requiere como prueba para “demostrar”, pues esta supone un riesgo de victimización secundaria.

Las organizaciones de mujeres y la Defensoría del Pueblo (delegada para la mujer, la infancia y la adolescencia) han insistido en que existen valoraciones psicológicas y otras herramientas que permiten apoyar el proceso penal para la obtención de condena judicial del agresor sin recurrir al examen médico legal. En particular para las mujeres indígenas es difícil hablar de violencia sexual en castellano, a un funcionario en una institución del Estado. No tiene ningún sentido exigir para casos de violencia sexual en procesos administrativos una prueba que tiene especial carga sobre la víctima y puede desencadenar nuevos episodios de afectación, más si la ley no prevé medidas de rehabilitación. Además, si se va a tomar como fecha de vigencia 1985 con mayor razón no va a haber registro formal de los hechos, tanto por falta de denuncia como de registro, acceso y desconfianza en el sistema.

El artículo 22 es otro saludo a la bandera. Dice: “Artículo 22. Jurisdicción especial indígena. Para los efectos del presente Decreto, las autoridades de los pueblos indígenas desarrollan las funciones propias de su competencia en el marco de la jurisdicción especial indígena y la Ley de Origen, la Ley Natural, el Derecho Mayor o Derecho Propio”.

Lo sustantivo era que como consecuencia de la JEL, las acciones administrativas y judiciales de las autoridades indígenas que se hagan para restituir tierras, por lo menos en el ámbito interno, tengan plena validez y reconocimiento; en particular insistimos en que algunos procesos de saneamiento realizados mediante procedimientos propios fueran registrados por los notarios.

El artículo 27 (consulta previa) es una verdadera burla. Dice:

Artículo 27. Derecho fundamental a la consulta previa. En el marco del presente Decreto, el derecho fundamental a la consulta previa del *Plan Integral de Reparación Colectiva* de que trata el art 105 del presente

decreto se desarrollará de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento en los términos previstos por el Acuerdo 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que defina sus alcances.

En la propuesta discutida por los indígenas la parte en cursiva no existía. Con este agregado el propio Gobierno reconoce que solo en el caso referido cumplirá la Constitución. ¿Qué hará en los otros casos? ¿La consulta será entendida como un mero trámite inocuo?

Sobre las medidas de protección

a. El artículo 57 (protección de derechos territoriales) incluye la obligación de acordar un Plan de contingencia, en seis meses, para cumplir el objetivo de agilizar trámites de constitución, ampliación y saneamiento de resguardos, repitiendo lo que ya el Decreto 1397 de 1996 ordenaba; lo demás es la reiteración de obligaciones del Estado (como actuar con eficiencia, etc.). Luego no hay ningún avance.

En la práctica, lo que se ha hecho es aplazar los tiempos de dicha titulación, pues lo que debía incorporarse como medida real de protección es la fecha límite para terminar esos trámites que ya llevan decenas de años en Incora e Incoder. Aunque el decreto-ley habla de definir un cronograma acelerado de implementación, es obvio que en la Comisión de Territorios el Gobierno intentará alargar lo más que pueda los plazos; y en este caso ya no tendrá el imperativo de una fecha límite (como en el decreto-ley) y podrá burlar las expectativas indígenas, sin que tenga un costo legal o político. El problema de no definir plazos es que puede convertirse en una verdadera trampa.

Es positivo que se incluya la obligación de apropiarse los recursos financieros que

se requieren, que es la única medida que garantiza que tal plan se cumpla (art. 58).

- b. El artículo 59 (protección a autonomía en medio del conflicto armado) no sorprende, pues tiene todos los tópicos del Gobierno en la materia: derecho al control territorial propio y a otras medidas autónomas de protección, pero “sin perjuicio de las funciones de la fuerza pública”. Por ejemplo, una medida mínima como el no reclutamiento e involucramiento de indígenas, fue incluida en los siguientes términos: “En el marco del DIH la Fuerza Pública se compromete a respetar el derecho de las comunidades indígenas o sus integrantes individualmente considerados de no involucrarse en el conflicto armado”.

Es muy importante que las organizaciones y autoridades traduzcan este derecho propio en la *obligación* del Estado de no involucrarnos, y de respetar las acciones concretas de desmilitarización del territorio (desmonte de trincheras, campamentos y bases, etc.). Es dudoso que el Gobierno entienda así este artículo, pero debemos presionar que esta sea la interpretación que reconozcan las diferentes autoridades, sobre todo judiciales.

Por el contrario, en el artículo 60 (protección al territorio) lo que se hace es legitimar la militarización; dice ese artículo:

...2. La Fuerza Pública deberá adoptar todas las precauciones en el ataque y en la defensa a fin de minimizar poner en riesgo a los pueblos y comunidades indígenas y a sus territorios. [...] 4. Los pueblos indígenas gozarán de protección especial contra los riesgos derivados de operaciones militares, así como medidas diferenciales de prevención de violaciones de derechos humanos individuales y colectivos.

Es decir, no hay ninguna consideración por los territorios indígenas y las comunidades, que seguirán siendo atacadas

y utilizadas como teatro de operaciones militares. Y nada dice el decreto-ley sobre en qué consiste dicha protección especial, con lo que deberemos esperar la “leal” interpretación del propio ejército al respecto. Si se considera que los territorios son bienes civiles que no pueden ser afectados por acciones militares, el numeral sería inconstitucional.

- c. A lo anterior debemos sumar redacciones engañosas en materia de respeto de los “sistemas propios de protección” (art. 63), donde se habla de que “en concurso con las autoridades y organizaciones indígenas (el Mininterior) *adaptará sus medidas para que incorporen los sistemas de protección propia*”, entre los que están la comunicación interna o la guardia indígena. ¿Qué puede significar que nuestras estrategias se incorporen en las medidas del Gobierno?

- d. Por otra parte, el Gobierno excluyó conscientemente la exigencia que había desde las organizaciones en relación con los señalamientos hechos por funcionarios públicos y el rechazo a que la fuerza pública ejecute las medidas de reparación con métodos militares. Apenas señala que serán capacitados: “... 3. Se deberá fortalecer la *capacitación a los funcionarios públicos* sobre las normas nacionales e internacionales relacionadas con los derechos territoriales de los pueblos indígenas”.

- e. El decreto-ley mantuvo un artículo que insistimos en quitar, relacionado con el llamado “desminado humanitario” (art. 70), que resulta muy peligroso porque la formación sobre MAP-MUSE a la luz del derecho internacional no debe hacerse por parte de funcionarios distintos a personeros/as en zona de conflicto; en ese sentido el desminado humanitario no existe, solo hay desminado militar y ello

implica militarización de los territorios, lo cual aumenta el riesgo.

- f. En ese mismo artículo (70) el Gobierno escamoteó algunas demandas indígenas mininas como quitar los polígonos de tiro de cercanías indígenas (lo que cambió por “minimizar riesgos”).
- g. En materia de protección, hay que blindarse ante dos riesgos que aparecen en este título. Por ejemplo, en el artículo 54 (alcances de la protección) se ordena que todas las medidas de protección deben ser coordinadas, lo cual podría ser entendido como un factor positivo de control nuestro sobre acciones del Estado en asuntos como los CCAI y otras acciones civiles con investidura militar, por ejemplo: el problema es cuando estas son exclusivamente militares o de la fuerza pública y obligarían a tal coordinación, o podría prestarse para señalar a las autoridades indígenas de obstructoras de la acción militar si son renuentes a tal coordinación. O el artículo 55 que señala que “El Estado garantiza la protección de los pueblos indígenas en su dimensión colectiva e individual con el fin de detener los factores subyacentes y vinculados al conflicto armado”, lo cual es totalmente contrario a la lógica, pues se deben detener los factores subyacentes y vinculados, para proteger a los pueblos indígenas. O en otras palabras, “te protejo y con ello renuevo las causas del conflicto”.

Resulta preocupante que en el artículo 61 (protección a las comunidades) se incluyan como obligaciones del Estado “conformar misiones con presencia de organismos internacionales de derechos humanos y de la Cruz Roja Internacional para el acompañamiento y la verificación de procesos de retorno a territorios indígenas” y “Capacitar a los pueblos y comunidades indígenas sobre DDHH y DIH”, siendo que el Estado es el responsable de las violaciones. Este tipo de

medidas en general han resultado en acciones cívico-militares u otras modalidades de involucramiento.

Sobre medidas de atención

- a. En esta materia se han hecho múltiples cuestionamientos al Decreto-ley, porque reproduce lo que trae la ley madre (la 1441), la cual dejó como medidas de atención especial o humanitarias lo que ya es un derecho consagrado en otras normas.
- b. Muchos de los procedimientos siguen dependiendo de los trámites que realicen las alcaldías municipales, lo que niega las facultades de autoridad pública que ya tienen los cabildos.
- c. Es importante que aparezca “Ninguna víctima será atendida de acuerdo a la medicina occidental sin su consentimiento previo, libre e informado”. Nos corresponde que esto se haga real en todo el personal médico del país.
- d. Hay un artículo complicado que estaba desde el borrador inicial, el artículo 82 (asistencia por los mismos hechos), donde se sostiene que “las víctimas indígenas que hayan sido beneficiadas con alguna de las anteriores medidas, no serán asistidas nuevamente por el mismo hecho victimizante, salvo que se compruebe que es requerida la asistencia por un hecho sobreviniente”. Hace referencia a todas las medidas de atención médica (hospitalización, medicamentos). La redacción puede prestarse a que la atención resulte pun-

Es decir, no hay ninguna consideración por los territorios indígenas y las comunidades, que seguirán siendo atacadas y utilizadas como teatro de operaciones militares.

tual y no incluya el seguimiento médico a afectaciones de la salud que persistan.

- e. La atención para población desplazada solo se hará efectiva una vez se entregue el censo (que elaborarán la autoridad indígena y el alcalde) y se incluya en el Registro Único. ¿Qué pasa si el alcalde no hace el trámite? Esto puede resultar un retroceso y una vulneración del derecho de las comunidades desplazadas (art. 97).

- f. Puede resultar problemático el artículo 104 sobre verificación de las condiciones de seguridad para el retorno y la reubicación que serán certificadas por “los Comités de Justicia Transicional del territorio receptor a partir de los conceptos que emita la Fuerza Pública y las pruebas aportadas por las entidades del Ministerio Público”. Esto en realidad no solo es problemático sino que efectivamente es un mecanismo que niega el derecho de retorno.

Reparación

- a. Se mantiene un párrafo cuasi-colonial que prevé un comité administrador de recursos de indemnizaciones colectivas cuando un pueblo o una comunidad determine que no es capaz de administrarlo (art. 114, para. 1).

Párrafo primero. En aquellos casos en donde el pueblo o la comunidad no cuente con una organización política y organizativa que le permita administrar de manera adecuada los recursos que hacen parte de la indemnización colectiva como elemento integral de los PRI, se formará, si el pueblo o comunidad lo consiente, un Comité Ad hoc del cual harán parte un representante de las autoridades u organizaciones indígenas elegido por el pueblo o comunidad, *un representante del Ministerio Público* elegido de común acuerdo que tomará las medidas necesarias para la adecuada destinación de

los recursos de acuerdo con los objetivos de cada PRI

Cualquier pueblo puede concluir que tiene limitaciones administrativas. El problema es cuando la alternativa está preestablecida, y en ella aparece obligatoriamente el Gobierno nacional.

- b. El artículo 120 (medidas de satisfacción) fue recortado en lo referente a la disciplina pública de responsabilidad del Estado por el genocidio y la condición de riesgo al exterminio. Dicho enunciado venía en el borrador consensuado, que decía: “La presentación, por parte del Estado, de una disculpa pública oral y escrita que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades por el genocidio y el sometimiento al riesgo de exterminio físico y cultural de los pueblos indígenas”.

Se mantuvo, en cambio, una norma que puede resultar clave si incidimos en su implementación, referida a los currículos escolares: “La inclusión en el currículo escolar de programas de enseñanza en los cuales se narre la victimización que sufrieron las comunidades en el conflicto armado y la discriminación y vulnerabilidad a la que han estado sujetos históricamente”.

Verdad y garantías de no repetición

- a. En esta materia todos son lugares comunes (art. 126). Una larga declaración de intenciones y casi ninguna medida concreta para garantizar la no repetición de los hechos de violencia contra los pueblos indígenas. El CRIC y la ACIN habían insistido en varias medidas concretas que sí aportan a la garantía de no repetición. Esas propuestas se hicieron en los espacios donde se habló con los delegados indígenas de la Mesa de Concertación, en presencia de algunos miembros de bajo rango del Gobierno.

- b. La principal medida exigida para que no haya repetición fue la desmilitarización de los territorios indígenas y, consecuentemente, la prohibición de batallones –incluidos los de alta montaña– en territorios indígenas. Esta fue totalmente desestimada. En su lugar se incluyó una sosa referencia a la Directiva 016 de Mindefensa sobre cómo comportarse en comunidades indígenas, que ha probado de forma contundente ser totalmente inútil para proteger la vida de los indígenas.

- c. Las acciones contra la impunidad y para desmantelar los grupos paramilitares (que estaban en el borrador) fueron desestimadas olímpicamente por el Gobierno, que se limitó a incluir promesas de fortalecer la independencia judicial y sensibilizar a los funcionarios públicos. Fueron excluidas la derogación de normas que potencian el conflicto, el desminado por parte del Estado.

- d. Asimismo, todas las acciones autónomas de protección que debían ser reconocidas, respetadas y protegidas en el Decreto-ley, fueron excluidas (las que estaban en el borrador conciliado) o no tenidas en cuenta (las que se hicieron en el proceso de socialización de la propuesta).

- e. En la única parte donde apunta a la sustancia de la no repetición (literal), habla de:

Proteger de manera real y efectiva a las autoridades y organizaciones indígenas, atendiendo a la diversidad étnica y cultural de los pueblos, la Ley de Origen, la Ley Natural, el Derecho Mayor y el Derecho Propio, así como la posibilidad de ejercer los derechos territoriales. *Las medidas de protección deberán velar por el bienestar de las familias de las autoridades protegidas.*

¿Cuáles medidas? De nuevo el artículo no define, ni precisa, ni indica cuál es la acción o medida de protección concreta que se va a adoptar. ¡Para eso era el de-

creto-ley! No hay ninguna medida de no repetición seria. Pero la sentencia T-025 ordena adoptarlas

Reparación

- a. En el artículo 128 (reparación de la integridad cultural) el Gobierno se cuidó de no incluir ninguna obligación real. Dice el texto: “El Estado *buscará* reparar integralmente a los pueblos indígenas por los daños enunciados en el presente Decreto, así como proteger y prevenir futuras vulneraciones”, cuando el borrador hablaba de que “El Estado *deberá* reparar integralmente a los pueblos indígenas...”.

No puede ser más clara la intención gubernamental de burlar lo ordenado por la Constitución, y de no ser serio en sus obligaciones. Por cierto, este mismo artículo (128) es un listado de trampas cuando señala los objetivos de las medidas de reparación. Solo a título de ejemplo: acceso a sitios sagrados “siempre que las condiciones de seguridad lo permitan”; y un listado de obligaciones que ya están en otras normas.

- b. Este capítulo es un saludo a la bandera. Donde habla de medidas concretas no hay ninguna o son inanes. Por ejemplo, reforzar medidas cautelares de la CIDH, lo que es una tontería pues el Gobierno ya debe cumplirlas; o hacer públicas las estructuras que produjeron la violación, pero sin ninguna medida contra ellas, etc.

Las tomaderas de pelo (u ordenar en el decreto-ley lo que se ordenó en la ley que el decreto-ley hiciera, u ordenar lo que ya está ordenado)

- a. El decreto-ley debía adoptar las medidas concretas de protección. Pero en diversos artículos lo que aparece es que el Gobierno no deberá adoptar dichas medidas. ¿En



Óscar Fierabrada

un nuevo decreto que diga que el Gobierno debe hacerlo?

- b. Solo a título de ejemplo, estas redacciones aparecen en el artículo 65 (dice que el Estado garantizará medidas de protección a la infancia), artículo 66 (dice que habrá medidas para el trabajo espiritual), artículo 68 (dice que garantizará la protección diferencial a las mujeres), etc. El contenido de dichas medidas no se establece, de manera que será la interpretación del Gobierno la que se imponga, si es que hay una.

- c. La Fiscalía actuará de manera pronta y eficaz (art. 69), lo que es una orden de la Constitución; se priorizará la titulación de resguardos para pueblos no contactados (lo que ya aparecía en el Decreto 1396/96).

Elementos conflictivos

- a. Debe atenderse al hecho de que el Gobierno pretende presentar el decreto-ley como una medida adecuada para responder las exigencias de la Corte en relación con la sentencia T-025 y el Auto 004.

Dice el considerando:

Que la Corte Constitucional en los Autos de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 ha señalado que las condiciones históricas de violaciones graves y manifestadas de los derechos de los pueblos indígenas han facilitado que el conflicto armado produzca un impacto o afectación diferencial en estos grupos poblacionales de especial protección constitucional, de manera que es obligación del Estado atender de manera prioritaria “el mayor riesgo que se cieme sobre los pueblos indígenas, en especial, el del exterminio de algunos pueblos, sea desde el punto de vista cultural en razón al desplazamiento y dispersión de sus integrantes como desde el punto de vista físico debido a la muerte natural o violenta de sus integrantes”.

En principio eso no debería ser problemático, pero debería evaluarse a la luz de los diferentes Planes de Salvaguarda y del Programa de Garantías si en efecto esta medida converge con ellos o, por el contrario, los imposibilita, en particular en lo referente a medidas de no repetición.

- b. También en el considerando el Gobierno condena, a nombre de los indígenas o

con la anuencia de la Mesa de Concertación, a quienes se han opuesto al “extraordinario” procedimiento de consulta, o al contenido de la ley, o a la ausencia de consulta previa, etc. Resulta chocante que en el decreto-ley aparezcan las organizaciones (sobre todo la ACIN y el CRIC, y también el Movice) como promotoras de medidas de dilación y obstrucción al derecho de las víctimas. Dice el considerando:

Que los pueblos indígenas, en su condición de víctimas permanentes de las graves y manifestadas violaciones de sus derechos ancestrales, humanos y fundamentales y a las infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en el marco del conflicto armado colombiano, expresaron su solidaridad con todas las demás víctimas y, consecuentemente, expresaron su rechazo a iniciativas que dilataran, obstaculizaran e impedirían la expedición de una ley que dictara medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado.(énfasis agregado).

Esto por lo menos es una agresión a las organizaciones que han manifestado críticas al procedimiento y contenido de la ley y el decreto-ley; según este apartado toda crítica ha sido un ataque a las víctimas.

Según esto –a menos que la Mesa de Concertación desdiga lo que afirma el decreto-ley–, fuimos los indígenas quienes propusimos a *motu proprio* la consulta en modalidad extraordinaria, y no el Gobierno, que fue el que violó la ley y la Constitución al presentar el proyecto de ley sin consulta previa, y estaba en una situación legal insostenible. Dice el considerando:

Que dado el interés de los pueblos indígenas en la expedición de una normatividad que beneficie a todas las víctimas de la nación, indígenas y no indígenas, pero de manera respetuosa del derecho fundamental a la consulta previa, propusieron al Gobierno Nacional, en el marco de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, una alternativa única y excepcional que permitiera la continuación del trámite legislativo de dicho proyecto, pero garantizando simultáneamente la efectiva, pronta y consultada expedición de una normatividad diferenciada para pueblos indígenas. (énfasis agregado).

Elementos positivos

Finalmente, como anotamos, lo más relevante es que parcialmente fue protegido el derecho a los territorios ancestrales, que no deberían ser tocados por los jueces frente a reclamaciones de terceros no indígenas, pero que exigen nuestra intervención activa y diligente para que ningún juez ni la Unidad de Restitución puedan actuar arguyendo desconocer dichos territorios indígenas ancestrales. Los principales elementos al respecto se encuentran en los artículos: 1, 29, 34, 57, 62, 64, 69 y 86.

Indudablemente, la implementación de este decreto implica la creación de mecanismos de monitoreo por parte de las organizaciones indígenas que puedan dar cuenta de sus efectos en aras de sugerir propuestas de reparación y restitución más acordes con los derechos colectivos que les asisten a los pueblos indígenas.

Referencias

Houghton, J. (2011). Problemas de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. En *Revista Señas*, 1, junio, Cauca, Colombia.