

**Algunas observaciones sobre la ley 1448 de 2011
“por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del
conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”¹**

La ley de víctimas constituye una herramienta valiosa y un reto para que las organizaciones de víctimas y de defensa de los derechos humanos nos valgamos de ella para tratar de convertir en realidad el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Constituye una iniciativa sin duda importante en el camino que Colombia deberá recorrer para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y la no repetición de los atroces crímenes que se han perpetrado contra millones de personas por varias décadas y que se continúan perpetrando en el marco de la violencia sociopolítica.

Reconocemos en la ley un avance hacia el reconocimiento por parte del Estado de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y hacia el establecimiento de normas internas dirigidas a dotar de un marco normativo la exigibilidad del derecho a la reparación. Teniendo como base esta apreciación de la ley, vale mencionar que existen algunos aspectos puntuales de la ley frente a los cuales tenemos observaciones; algunas de ellas son preocupaciones frente a eventuales riesgos que de consumarse puedan afectar la efectividad de la ley, y otras, son consideraciones sobre la constitucionalidad de algunas medidas específicas de la norma. Insistiendo en el reconocimiento a la oportunidad que esta ley reviste, consideramos que vale la pena detenerse sobre estas observaciones.

En primer lugar está la exclusión que la ley hace de determinadas víctimas en función del momento de ocurrencia de la violación, del tipo de violación e incluso de la condición de combatiente de la víctima, en determinados casos. Si bien la ley reconoce la titularidad de medidas no patrimoniales para la generalidad de las víctimas, en la ley se insiste en que solo se reparará patrimonialmente a las víctimas por hechos posteriores al 1° de enero de 1985; incluso se establece que cuando la violación consista en el despojo de tierras tal reparación solo podrá exigirse por hechos posteriores al 1° de enero de 1991; y sumado a esto se determina que no serán reparadas las víctimas (salvo niñas y niños reclutados forzosamente siempre y cuando su desvinculación se dé siendo aún menores de edad), incluidos familiares, cuando se trate de hechos de graves infracciones al derecho internacional humanitario cometidas contra miembros de grupos armados al margen de la ley.

En segundo lugar, ya sobre las reglas concretas referidas a los diferentes elementos de la reparación:

Sobre la restitución, esta se concentra en el tema de la restitución de tierras. La ley no incluye medidas de restitución del patrimonio, reconstrucción de vivienda, ni restitución del empleo perdido. Se arriesgan con esta fórmula las posibilidades de efectividad de la restitución en la

¹ Consideraciones presentadas ante la Mesa de Género de la Cooperación Internacional el 16 de junio de 2011, con base en las siguientes preguntas orientadoras, planteadas por la Mesa: “1. ¿Qué implicaciones tiene la aprobación de esta ley frente al marco jurídico existente en materia de derechos a la verdad, la justicia y la reparación (ley 975 de 2005, decreto 1290 de 2008, entre otros)?; 2. ¿Qué implicaciones tiene la aprobación de esta ley, para los derechos de las mujeres víctimas en Colombia?; y 3. ¿Después de la aprobación de la ley, cuáles son los principales retos del gobierno en materia de reglamentación y aplicación?”

medida en que no se rodea de garantías suficientes de estabilidad social y económica la restitución de los predios. De otro lado, la ley acepta que en casos en que en la tierra despojada se esté adelantando un proyecto agroindustrial productivo, se restituya solo formalmente la propiedad al despojado y se autorice que el uso de dicha tierra quede en manos o bien del opositor de la víctima en el proceso de restitución de la tierra, cuando este último sea un tercero de buena fe exenta de culpa, o bien del Estado, que lo entregaría a otras personas que recibirían una retribución económica y quienes entregarían un producido de las actividades para ser destinado a inversiones en las vecindades del mismo predio, a título de reparación colectiva.

En tercer lugar, en cuanto a la indemnización se observa con preocupación la definición dentro de la ley del contrato de transacción, como parte del procedimiento de indemnización por vía administrativa. Esta transacción consiste en ofrecer, a quien recurra a la vía administrativa, la opción de renunciar a la reclamación por vía judicial de la reparación económica que exceda los montos de la indemnización por vía administrativa, a cambio de obtener una suma de indemnización superior a la establecida normalmente para la reparación por vía administrativa. De un lado, cabe observar que esta medida puede desincentivar la acción judicial en casos de graves violaciones a derechos humanos, en tanto la renuncia a la vía judicial para la reparación económica indirectamente apareja la renuncia a la vía judicial para el establecimiento de la responsabilidad en el daño o la violación causada. De otro lado, aun obviando el riesgo ya señalado, es necesario mencionar que en la ley no se establecen normas ni criterios de proporcionalidad para determinar el nivel del incremento en la indemnización. Creemos importante alentar al Gobierno para que en la definición del programa de reparaciones administrativas adopte criterios razonables respecto a los montos de la indemnización que obedezcan a la naturaleza del hecho de violencia que originó el daño que se pretende reparar.

Por último, dado que la mayoría de los aspectos sustantivos de la ley fueron delegados al Gobierno para que los regulara mediante programas y reglamentos, resulta clave que en la adopción de dichas medidas se garantice la efectiva participación de las víctimas, sus organizaciones, y organizaciones sociales (con enfoque diferencial) y que las mismas consideren como criterios orientadores los principios internacionales sobre reparaciones a víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario. En este último sentido resulta crucial la revisión absoluta del enfoque de reparación administrativa que se adoptó al dictar el decreto 1290 de 2008, norma por la cual se creó el programa de reparaciones administrativas en el marco de la ley 975 de 2005 y que estableció como montos de la indemnización cifras que no superaban el 4% del monto de indemnización promedio otorgado por la misma violación en los tribunales nacionales e internacionales.

Teniendo en cuenta estas observaciones, consideramos que lo que sigue ahora es incidir para que sean tenidas en cuenta en las facultades reglamentarias concedidas al Gobierno, en otros casos para que se asuma la importancia de convertirlas en realidad en una legislación futura y, por último, en algunos casos más, para que se den pronunciamientos del juez constitucional que permitan avances por la vía jurisprudencial.

Implicaciones frente a otros marcos normativos

Referimos como algunas de ellas las siguientes:

Frente a la ley 975 de 2005

- Es importante que las normas sobre participación de las víctimas en los procesos judiciales, contenidas en la ley de víctimas, empiecen a tener aplicación inmediata y directa en los procesos penales ordinarios y en los procesos especiales de beneficios penales que se siguen bajo el procedimiento de la ley 975. Rescatamos como muy valiosas estas normas sobre participación de las víctimas, en especial las que se refieren a los contenidos de medidas específicas para las mujeres, que atienden al impacto diferenciado que las violaciones a derechos humanos tienen sobre ellas.
- Resulta necesario regular de manera clara la forma en que se manejará el Fondo de Reparaciones a las Víctimas, en la medida en que en la ley de víctimas se modifica la ley 975. Se hace necesario establecer la diferenciación de los bienes que ingresen al Fondo o de los que han ingresado en aplicación de lo establecido en dicha ley (especialmente de las tierras u otros bienes específicos que deban ser objeto de restitución).
- Se hace necesario posicionar el hecho de que en el marco de los incidentes de reparación se observen las normas y la interpretación que sean más favorables a las víctimas. En este sentido preocupa que en el último debate del proyecto de ley se adicionara la expresión “en los procesos de reparación administrativa” en el artículo que se refiere al principio “pro homine” (artículo 191) pues esto podría significar interpretaciones, a nuestro juicio inconstitucionales, en el sentido de que dicho principio no tendría aplicación en decisiones adoptadas por los jueces en el marco de la ley 975.

Frente al decreto 1290 de 2008

- El proyecto de ley implica la inclusión como destinatarias de medidas de reparación administrativa a las víctimas de agentes del Estado. Estas víctimas entran a hacer parte del universo de destinatarios de medidas de indemnización administrativa individual, de las que hasta ahora estaban excluidas.
- Se espera una norma específica de regulación sobre indemnizaciones administrativas. Hay muchos temas inciertos y sobre los cuales solo se podrá tener claridad en el escenario de la reglamentación; sin embargo es clave aludir al menos a algunos temas:
 - * Los montos de la reparación administrativa deben revisarse, de tal manera que se garantice su carácter reparador. En igual sentido es necesario, en relación con los tiempos previstos para el pago de las indemnizaciones, que se tome en cuenta dentro de las normas que definan el programa de indemnización administrativa que las medidas reparadoras deben ser no solo adecuadas sino oportunas para garantizar efectivamente los derechos de las víctimas.
 - * La ley habla de la articulación con indemnizaciones ya otorgadas o ya solicitadas. Es importante que el reglamento precise medidas que no dejen por fuera a víctimas que encuadraban como posibles postulantes a la indemnización del decreto 1290 pero que no se registraron.

* Es importante que la regulación sobre la indemnización administrativa resuelva asuntos que en la práctica se mostraron problemáticos en la aplicación del decreto 1290, como el caso de hechos posteriores a 2005 y que las víctimas reporten como cometidos por grupos paramilitares.

Frente a la ley 387 de 1997

- Consideramos que las normas de medidas definidas en la ley sobre las fases de ayuda humanitaria y la autorización al ejecutivo para definir los criterios específicos para la superación del estado de vulnerabilidad de las víctimas de desplazamiento forzado deben ser interpretadas en conjunto con lo establecido en la ley 387 de 1997 y la jurisprudencia constitucional establecida por la Corte Constitucional como integrante a esta ley en el marco de la declaratoria de estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte en relación con las víctimas de desplazamiento forzado.
- En este sentido, las Subreglas jurisprudenciales de la Corte en relación con el contenido de los derechos de las víctimas de la población desplazada deben tener cabal aplicación en la interpretación de las normas sobre ayuda humanitaria y sobre reparación contempladas en la ley de víctimas.

Frente a la ley 418 de 1997

- Medidas de ayuda humanitaria establecidas para víctimas de violaciones cometidas por actores al margen de la ley, definidas en la ley 418 de 1997, deberían entenderse extendidas no solo a las víctimas ya referidas por la Corte Constitucional (es el caso de las víctimas de desaparición forzada) a través de jurisprudencia, sino al universo de víctimas al que se refiere la ley de víctimas.
- Estas medidas no podrían confundirse con o pretender reemplazar medidas de reparación que tanto por su fundamento, como por su naturaleza, así como por sus características (en el caso de la indemnización: el monto) deberán diferenciarse de la ayuda humanitaria. En este sentido el parágrafo 4° del artículo 132 de la ley sería inconstitucional.

Frente a normativas específicas en materia de derechos, económicos, sociales y culturales

Hay otro tipo de intersecciones entre normativas específicas y la ley de víctimas. Dentro de todas ellas, y solo para ejemplificar este hecho, mencionaremos la legislación sobre subsidios de vivienda, que es parte de la legislación de política social del Estado colombiano. Es clave en esta intersección la diferenciación entre medidas adoptadas por el Estado en cumplimiento de su deber de garantizar el derecho a la vivienda digna como DESC y medidas de restitución de vivienda en el marco de un proceso de reparación.

Frente a otros marcos normativos

Consideramos que además de los marcos mencionados hay uno en particular que, por el contexto en el que se da la implementación de la ley, que es la continuidad de violaciones a derechos, es clave. Se trata de las normativas sobre los programas de protección. Con fundamento en el artículo 32 de la ley es necesario armonizar esta normativa atendiendo los

criterios establecidos en dicho artículo. Este tema es de especial importancia en la protección y garantía de las mujeres víctimas.

Implicaciones para los derechos de las mujeres

En relación con este tema algunas consideraciones:

- Reconocemos como valiosas dentro del proyecto de ley las medidas diferenciadas para mujeres en los espacios de participación en procesos judiciales. Entre otras, las medidas especiales en los casos de violencia sexual, la definición de la necesidad de establecer un protocolo especial para la participación de las víctimas de violencia sexual en estos procesos.
- El trabajo de incidencia articulado entre varias organizaciones y acompañado por ONUMujer permitió la inclusión de modificaciones en la ley que se dirigen a promover un enfoque diferencial.
- Se reconoce como avance en la ley el que en el capítulo de restitución se establezcan medidas que permitirán a las mujeres ser reconocidas como titulares de derechos respecto a la tierra. El que no solo se reconozca al varón como titular de los derechos a la tierra y como titular por tanto de la restitución sino que se reconozca a las mujeres cónyuges o compañeras esa titularidad es un aspecto positivo. Será importante evaluar miradas y argumentaciones futuras en defensa del derecho al acceso a la tierra de las mujeres, más allá de su condición de compañeras o cónyuges, como medida reparadora.
- En el caso de la restitución de tierras, la ley en su fase de proyecto establecía el acompañamiento por parte de la fuerza pública a víctimas mujeres, para garantizar los procesos. El texto definitivo de la ley incorporó un elemento clave si se tiene en cuenta la situación de continuidad de violaciones en el marco del conflicto: se trata de la necesidad de atender la voluntad de la víctima respecto a este acompañamiento. Consideramos que este desarrollo debe fortalecerse con una aplicación muy estricta de este tipo de medidas contenidas en la ley, de tal suerte que se tome suficientemente en consideración el riesgo al que se puede estar exponiendo a una víctima si no se adoptan las previsiones necesarias para respetar el principio de distinción de la población civil.
- En los desarrollos reglamentarios que se autorizan al Gobierno, la ley se refiere insistentemente a la necesidad de garantizar el enfoque diferencial, en algunos casos refiriendo concretamente los derechos de las mujeres. Este es un reconocimiento importante en la ley, que brinda la oportunidad para la exigibilidad de la aplicación de este criterio, tanto en la reglamentación como en las diversas expresiones de implementación y aplicación.
- Consideramos importante que en el marco de las medidas de satisfacción, donde se establecen acciones para promover la memoria, se insista en la necesidad de promover acciones específicas de memoria respecto a los hechos de violencia de los que han sido y son víctimas las mujeres.
- Es urgente que el Gobierno revise el marco de los programas de protección a víctimas para asegurar que estos o medidas nuevas o complementarias que se adopten en esta materia se adecúen a los criterios que sobre la materia ha definido la propia Corte Constitucional, en especial desde el enfoque de derechos de las mujeres.

Retos para el Gobierno en materia de reglamentación y aplicación

Hechas las anteriores consideraciones a continuación presentamos algunos planteamientos generales sobre los desafíos que en materia de ejercicio de facultades extraordinarias, facultades reglamentarias, y más ampliamente que en materia de aplicación tendría el Gobierno nacional:

- El principal y más importante es garantizar la participación de las víctimas y de sus organizaciones, garantizando en especial la participación de las mujeres y organizaciones de mujeres en los procesos de reglamentación.
- Garantizar que el proceso tenga un carácter efectivamente participativo y no meramente informativo. En este sentido, la definición de una metodología previa, también consultada con las organizaciones sociales, es muy importante, de tal suerte que estas puedan hacer observaciones sobre el mismo diseño del proceso de participación, el cual en todo caso debe considerar mecanismos que permitan a las víctimas conocer cuáles de sus observaciones son consideradas y cuáles no, y las justificaciones o razones que son la base para estas decisiones.
- Lograr que en el proceso de participación se consideren adecuadamente las voces de las regiones.
- Hay un tema muy importante que si bien no tiene que ver con reglamentación si deviene de la ley, sino con el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso al Gobierno. Se trata de los decretos con fuerza de ley para la reparación a pueblos afrodescendientes e indígenas, que deberán ser dictados por el Gobierno, y los cuales deben ser consultados previamente atendiendo el mandato del Convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia. En estos procesos es absolutamente importante promover la participación de las mujeres de estos pueblos.
- Ya en cuanto a los decretos reglamentarios, los retos están en promover la participación de las víctimas en los procesos de definición de los programas que la ley ordena crear, aun cuando el tiempo dado por la ley para implementar las mesas de participación de víctimas son los mismos seis (6) meses que da la ley para la definición de los programas.

Así, siendo los programas el desarrollo crucial y concreto de la ley, el Gobierno debe promover la participación, ya sea regulando primero y con prioridad el tema de las mesas de participación de víctimas, opción que ofrecería mayores garantías, o promoviendo mecanismos públicos y en sí mismos consultados sobre la manera en que durante estos seis meses las víctimas participarían en la definición de los programas.

- Es clave el tema de las reparaciones colectivas, donde colectivos de diferente naturaleza, políticos, los sindicalistas y las mujeres deben tener participación en su calidad de sujetos colectivos en la definición del programa que la ley autoriza implementar.
- En el caso del programa de reparaciones administrativas es importante que el Gobierno redefina los criterios que se establecieron en otro momento en el decreto 1290. Es importante revisar la definición de los montos aplicando lo establecido en la ley de víctimas sobre reparación integral,

en el sentido de la diferenciación entre lo recibido por las víctimas a título de ayuda humanitaria y de DESC y lo que se otorgaría como medida reparadora.

- En el caso del programa de rehabilitación es clave tomar en cuenta los avances jurisprudenciales sobre la materia, en especial los contenidos en la sentencia estructurada T-045 de 2010 en la cual la Corte, evidenciando el incumplimiento del deber de atención en salud integral con perspectiva de atención psicosocial para víctimas de la violencia sociopolítica, sus familias y comunidades, impartió órdenes complejas al Ministerio de la Protección Social en relación con la definición de políticas, planes y programas en la materia. La Corte definió los criterios de razonabilidad constitucional sobre el tema, los cuales deberían ofrecer una base para la reglamentación.
- Es también clave promover fórmulas de comunicación al interior de las instituciones que aplicarán la ley y sus funcionarios, de tal suerte que se propenda por un cambio en las prácticas institucionales de atención a las víctimas en el sentido de reconocer que en el ejercicio mismo de la interrelación para la atención debe haber un componente reparador y no actitudes revictimizantes o asistencialistas. En relación con la función pública es importante también dar efectividad a las sanciones establecidas en la ley por incumplimiento de las funciones en relación con los derechos de las víctimas y a las sanciones relacionadas con actos de corrupción.
- Finalmente, garantizar la publicidad de los programas, de las rutas y la información clara, completa y oportuna a las víctimas respecto a sus derechos y la manera de exigirlos es el elemento que permitiría, en buen parte, si se atiende adecuadamente, el acceso efectivo a la realización de los derechos reconocidos por la ley.

*Comisión Colombiana de Juristas
Junio 16 de 2011*