

Bogotá, 16 de octubre de 2018

Señores y señoras Congresistas,
Comisión Primera del Congreso de la República de Colombia.

La ciudad.

Ref. Resumen de intervención presentada por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, frente al *“Proyecto 131 de 2018, por medio del cual se reforma la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones.” (en lo que sigue, PL 131/2018)*

Señores y señoras Congresistas,

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia expondrá, unas observaciones sobre las propuestas del PL 131/2018. Nuestro análisis se fundamenta tanto en los estándares internacionales en materia de restitución de tierras, viviendas y patrimonio de la población desplazada, como en los estándares nacionales desarrollados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, así como el marco conceptual y la naturaleza del sistema de reparaciones de la justicia transicional colombiana.

La tesis que sostiene Dejusticia, es que luego de una lectura sistemática de las reformas propuestas, es decir, entendiéndolas como un todo y no exclusivamente analizando su impacto puntual, hay una radical transformación y desnaturalización de un mecanismo de reparación a víctimas del conflicto armado, que ha sido concebido en el marco de la justicia transicional y por lo tanto se nutre de sus principios y objetivos.

Una transformación de las características y dimensión que observamos, trae consigo como consecuencia, serios límites a la materialización de los derechos de las víctimas tanto dentro del proceso de reclamación, como en los aspectos sustanciales que se resuelven dentro de los fallos de restitución de tierras. Dichos límites surgen porque las modificaciones propuestas, en algunos casos desatienden estándares aceptados en materia de restitución y en otros desconocen las barreras de acceso a la justicia que enfrenta la población víctima, y que fueron aminoradas a través del diseño institucional que se encuentra en vigencia. Así, el proyecto modificadoro complejiza injustificadamente el derecho de acceso a la justicia y desconoce el estatus de sujetos de especial protección constitucional de quienes han padecido las consecuencias más adversas de la guerra, por las razones que se exponen en los siguientes minutos.

La intervención se dividirá en tres partes, dentro de las cuales se procurará incluir las observaciones globales sobre la reforma, sin perjuicio de la posibilidad de ofrecer discusiones de mayor detalle. La primera parte presenta las razones por las cuales la reforma sí involucra un impacto fiscal relevante, contrario a lo que se manifiesta en la exposición de motivos. La segunda parte demuestra el impacto procesal de la reforma y cómo este afecta de manera trascendental la naturaleza y objetivos de un programa de reparación, en la justicia transicional. La tercera y última parte señala algunos de los impactos sustanciales de la reforma y la forma en que éstos desmontan las garantías y acciones afirmativas en favor de las víctimas, que se encuentran en los principios internacionales que regulan la materia, en la jurisprudencia constitucional y en la misma Ley 1448 de 2011 y la jurisprudencia constitucional, y que de ninguna manera pueden ser consideradas - prerrogativas o privilegios.

Sobre el impacto fiscal de la reforma

La propuesta de reforma involucra tres cambios que tendrán un impacto fiscal considerable, contrario a lo manifestado en la exposición de motivos. En primer lugar, las reformas tendientes a alterar los estándares probatorios para opositores amplían el espectro de casos en los cuales el Estado se vería obligado a ofrecer compensaciones, bien sea que estas recaigan sobre las víctimas reclamantes o sobre los opositores.¹ Dichas compensaciones implican, en la mayoría de los casos, la gestión institucional y el dinero necesario para comprar predios equivalentes a los que se solicitan en restitución o, al menos, el valor en dinero de los mismos para ofrecer una indemnización monetaria. Es importante tener en cuenta que se habla de gestión institucional, además de los recursos monetarios en estricto sentido, porque estas actuaciones son adelantadas por el Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras, cuyos funcionarios están encargados de buscar los predios, realizar el avalúo y la calificación de los mismos, determinar su equivalencia y definir a quién debe ser destinado. En suma, toda esta operación involucra una serie de costos que no pueden ser desatendidos.

En segundo lugar, las modificaciones relacionadas con la introducción de una segunda instancia² tienen impactos en el número de funcionarios judiciales requeridos para la gestión de casos, dado que la primera instancia estaría encargada de decidir solicitudes con y sin oposición, mientras que los tribunales deberán atender todas las apelaciones de los fallos de primera instancia. La distribución y asignación de funcionarios judiciales, vigente en la actualidad, es el resultado del modelo sin que opere la doble instancia, por lo que una modificación de esta naturaleza requerirá de un mayor número de funcionarios para evitar la congestión de juzgados y tribunales.

En tercer lugar, todas aquellas modificaciones tendientes a hacer más extenso el proceso de restitución tanto en la fase administrativa como en la judicial, y en particular aquellas tendientes a

¹ Ver al respecto las modificaciones que recaen sobre los artículos 71 (y los respectivos párrafos adicionados), 72, 75, 82, 88 (en lo que respecta a la definición de buena fe exenta de culpa), 93 y 98.

² Ver al respecto las modificaciones introducidas los artículos 73 (en particular, la incorporación de la doble instancia como principio y el numeral 10), y 79.

ampliar el número de sujetos que debe ser notificado del proceso,³ involucrará gastos de la operación judicial que deberán ser asumidos por el Estado, dada la existencia de la prerrogativa de gratuidad de la solicitud.⁴

Sobre el impacto procesal de la reforma

La propuesta de modificación contiene una gran cantidad de disposiciones que introducen cambios procesales, tanto en la fase administrativa como judicial. De acuerdo con las modificaciones al artículo 76, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras (en adelante UAEGRT) deberá ajustar su proceso para que los terceros puedan adelantar una serie de actuaciones⁵ que, en la actualidad, están reservadas para la etapa judicial. Adicionalmente, como ya señalamos, la reforma introduce la posibilidad de apelar las decisiones mediante la incorporación del principio de la segunda instancia⁶. Si bien no se conocen los lineamientos específicos de operación (tiempos de decisión y número de etapas procesales), las remisiones al Código General del Proceso permiten intuir la extensión de los tiempos procesales por esta causa. Finalmente, la reforma elimina la posibilidad de que el juez especializado deniegue la práctica de pruebas cuando haya llegado a un convencimiento sustentado y suficiente del caso, que le permita tomar una decisión.⁷

La suma de las modificaciones reseñadas concreta lo que podría denominarse una “*ordinarización*” del modelo de restitución de tierras existente, el cual tiene un carácter transicional. Dicha *ordinarización* consiste en tomar un diseño que logró el balance adecuado entre el mayor grado de celeridad y eficacia con el mayor grado de realización de derechos de los involucrados, así como las garantías procesales establecidas en los estándares internacionales, para convertirlo en un proceso de características idénticas a las de los procesos civiles de la jurisdicción ordinaria. El efecto evidente de este cambio es que la reclamación por vía de la jurisdicción civil o por vía del proceso de restitución sería equivalente y no reconocería las necesidades específicas de un mecanismo de reparación a víctimas, pues reduce todo a un litigio de derechos patrimoniales. La jurisdicción especializada en restitución de tierras no está pensada para determinar derechos de propiedad o la definición sobre “quién tiene un mejor derecho”. Por supuesto, estas son discusiones incidentales dentro de algunos procesos de restitución. No obstante, el núcleo que se define en los procesos de restitución es si determinado reclamante fue víctima de despojo o abandono forzado de tierras con posterioridad al año 1991 y, en su momento, tenía una relación jurídica válida con el predio. Es por esto que se trata de un mecanismo de reparación concentrado

³ Ver al respecto, modificaciones a los artículos 76, 86 y 87.

⁴ Ley 1448 de 2011, artículo 84, parágrafo 1.

⁵ De acuerdo con la redacción de la modificación, los terceros podrán: “*conocer la solicitud, formular alegaciones, contradecir pruebas, desvirtuar la pretensión de inclusión del predio reclamado en el registro y todas las demás actuaciones que garanticen el debido proceso administrativo, debiéndose notificar todas las actuaciones.*”

⁶ Es necesario tener en cuenta que el principio de segunda instancia cuenta con excepciones constitucionalmente validadas, como es el caso de los procesos de única instancia en materia civil, laboral y de familia.

⁷ Modificación introducida al actual artículo 89 de la Ley 1448 de 2011.

en la determinación del impacto del conflicto armado y la modalidad en que ciertos tipos de victimización pueden ser reparados.

Sobre el impacto de la reforma en asuntos sustanciales

Las reformas sustanciales que introduce el proyecto de modificación son múltiples y su impacto debe ser interpretado de manera armónica y complementaria con los comentarios referentes al impacto procesal. Con todo, nuestra intervención se concentra en los riesgos de cuatro de ellas, que consideramos tienen la mayor trascendencia. En primer lugar, el proyecto de reforma es insistente en la posibilidad de ofrecer a las víctimas *“reubicación en predio equivalente”*, lo cual desconoce que la medida prevalente para reparar los efectos del despojo y abandono forzado de tierras es la efectiva restitución de la tierra que perdieron. La reubicación en predio equivalente es una forma de indemnización, pero no una forma de restitución en estricto sentido. El énfasis propuesto en la reubicación conllevaría aceptar dos situaciones problemáticas. Por un lado, la legalización y legitimación de las distorsiones que el conflicto armado introdujo en la apropiación campesina de los territorios. Por otro lado, el desinterés del Estado en restituir plenamente los derechos de las víctimas de despojo y abandono forzado de tierras, por medio de reubicaciones que, de acuerdo con los estándares internacionales, pueden ser consideradas soluciones duraderas, pero no necesariamente reparaciones.

En segundo lugar, el PL 131/2018 introduce el concepto de *“venta forzada”*, lo cual discrimina un conjunto de casos en los cuales, según lo propuesto, no se configuró despojo. Para Dejusticia, se trata de una distinción injustificada, dado que la venta forzada fue y es una modalidad de despojo. En cualquier caso y bajo cualquier designación, el hecho es que el negocio jurídico se realizó en afectación o ausencia de voluntad del contratante dada la ocurrencia del conflicto armado.

En tercer lugar y estrechamente ligado con el concepto de venta forzada, el PL 131/2018 introduce una serie de disposiciones que terminan distorsionando y desconociendo tanto el concepto de buena fe exenta de culpa (en adelante BFEC) como su propósito dentro del proceso de restitución. Lo primero, por cuanto la definición propuesta del BFEC no captura los lineamientos que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado al respecto. Por ejemplo, esa modificación desconoce el concepto de error común creador de derecho y replica el elemento subjetivo en la definición que plantea del elemento objetivo de la BFEC, pues interpreta cualquier indagación como constitutiva de aquel que corresponde al objetivo. Lo segundo, ya que la reforma no tiene en cuenta que la BFEC fue el dispositivo que estableció el legislador para evitar la legitimación del aprovechamiento del conflicto. Como es evidente, la Ley 1448 de 2011 no dispone un sistema de sanciones penales ni disciplinarias frente a conductas relacionadas con despojo. Por tanto, el estándar de BFEC tiene la función de evitar que quienes hayan despojado directamente, o se hayan aprovechado de las consecuencias del conflicto, soporten la pérdida patrimonial por su negligencia u omisión. Flexibilizar el estándar significaría dejar de *“castigar”*, de alguna manera, un comportamiento que no debe tener aceptación alguna en un proyecto de sociedad que transita de la guerra a la paz.

Lo anterior es aun más grave si se tiene en cuenta que, al desligar la venta forzada del despojo, se permite que en este conjunto de casos los opositores no estén obligados a demostrar que actuaron con buena fe exenta de culpa al momento de negociar y que opere con mayor facilidad la *“reubicación en predio equivalente”*, en lugar de la restitución de predios.⁸

Finalmente, nos preocupa la eliminación de varias de las presunciones contenidas en la versión original de la Ley 1448 de 2011 y que han sido herramienta fundamental en la labor desempeñada por los jueces especializados. En particular, el PL 131/2018 elimina (i) la presunción de despojo cuando la composición de los miembros de una asociación de propietarios hubiera cambiado notoriamente, después del desplazamiento forzado; (ii) la nulidad de los actos administrativos que legalizaron la situación de los predios considerados despojados; (iii) la imposibilidad de negar la restitución por existir un fallo judicial que consolidó la situación jurídica del mismo, con posterioridad al despojo; y (iv) la potestad de los jueces de restitución para revocar las decisiones judiciales mencionadas en el punto iii.

Duchas presunciones, como es evidente, afectan gravemente la realización de los derechos de las víctimas, pues para ejecutar los fallos haría falta recurrir a la jurisdicción ordinaria para decretar la nulidad o la revocatoria de dichas decisiones, lo que hace aun más engorroso el trámite.

Cordialmente,

Irina Alejandra Junieles
C.C. 45.483.429
Directora Justicia Transicional

Laura Gabriela Gutierrez Baquero
CC 1026264669
Investigadora Justicia Transicional

⁸ Ver al respecto las modificaciones a los artículos 72, 74 y 75 de la Ley 1448 de 2011.