

RELATORÍA CONFERENCIA INAUGURAL

Retos y lecciones aprendidas en el proceso de restitución en contextos internacionales

| |
|---|
| Fecha: 16 de junio de 2016 |
| Moderador: Rubén Revelo, Director Jurídico UAEGRT |
| Conferencista: Barbara McCallin, Consultora, Especialista en Desplazamiento Interno |
| Relator: Felipe León, Dirección Social, UAEGRT Revisión y aportes: Esmeralda Rodríguez – María Paula Tostón Equipo ASD - Universidad Nacional de Colombia |

ÉNFASIS EN LOS TEMAS ABORDADOS

- 1) ¿Cuáles fueron los temas abordados por los expositores/as con relación a las preguntas orientadoras del espacio (Conferencia/panel/mesa)?

Las preguntas orientadoras de esta conferencia fueron:

- ✓ ¿Qué desafíos normativos, institucionales, políticos y sociales tuvo la implementación del proceso de restitución en el contexto internacional?
- ✓ ¿Qué lecciones aprendidas o buenas prácticas aportó la experiencia de restitución de tierras para construcción de paz en dichos contextos. Cuáles de estas lecciones pueden aplicarse al caso colombiano?

La conferencista menciona que la tierra como causa del conflicto de desplazamiento puede estar ligada a diferentes factores: una distribución inequitativa de la tierra que puede escalar a la violencia. Puede estar vinculado a la colonización y a procesos donde ciertos grupos poblacionales han sido movidos de su territorio. Puede estar enlazado a problemas históricos como resultado de la colonización o de varios tipos de desplazamiento en el que ciertos grupos han sido movidos de su territorio. Puede ser la intención de algún grupo de individuos poderosos para controlar la tierra por los recursos valiosos que pueden encontrarse en ella como minerales preciosos, industrias de aceite de palma, o drogas que pueden ser un incentivo para desposeer y desplazar a las personas, y el uso de estos recursos puede darle más combustible al conflicto usándose la violencia para mantener el control. Esta situación de despojo persiste, lo que genera pobreza y disputas.

Es necesario partir del reconocimiento que si no puede acceder a la tierra, a su tierra, los desplazados no pueden tener una vida normal. Esto puede contribuir a la injusticia y a mantener

tensiones en el país, perpetuando el conflicto. En procesos de paz puede amenazar la integridad del proceso.

¿Por qué iniciar un proceso de restitución?

A veces la restitución es un medio para lograr o facilitar el retorno por ej. en Bosnia y en Suráfrica, para enmarcar esas soluciones, la idea era que volver fuera una manera de deshacer la limpieza étnica y en el caso de Suráfrica devolverle la tierra a los campesinos negros. La justicia está detrás, pero el marco era apoyarlo.

El objetivo era la superación de la situación de vulnerabilidad, cuando ya no necesiten de asistencia o protección, llevarlos a un estado en que puedan ejercer y disfrutar los derechos humanos.

También puede verse como una solución política. por ej. en Bosnia la restitución fue incluida dentro del acuerdo de paz, como un paso histórico.

Por otra parte, puede ser un fin como tal, un derecho *per se*. Un remedio a la violación de la cual fue víctima, restauración de los derechos de las personas a la situación previa, lo que conlleva un reconocimiento de la violación y de la responsabilidad. La restitución es un remedio al desplazamiento y de la violación del derecho de tierra.

En lo que respecta a las bases normativas, se tienen múltiples instrumentos de derecho internacional que tienen algún grado de relación con los procesos de restitución entre los que se enlistan los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos sociales y culturales, el convenio 169 de la OIT, la convención CEDAW y la convención derechos de los niños.

De igual manera se incluyen los principios Deng sobre desplazamientos internos que incluyen elementos subrayados en la responsabilidad de las autoridades con los derechos territoriales y la propiedad. Insiste en la protección de los desplazados, sobre todo de quienes están ligados a su tierra como es el caso de los pueblos indígenas y otros grupos, contiene medidas para la protección durante el desplazamiento proporcionando casas adecuadas y protección de la propiedad, así como en la búsqueda de soluciones entre las que incluyen la restitución de tierras y las compensaciones.

Sobre los principios Pinheiro tienen la misma idea de los Deng, no crean principios nuevos, recogen los principios necesarios que se han usado en diferentes contextos, son lineamientos de la experiencia. Lo nuevo de estos principios es que amplían el alcance la restitución. no solo al derecho a la tierra, sumando el derecho a la vivienda, y no solo los derechos formales, sino relaciones diferentes a la propiedad.

El derecho a la tierra, en los instrumentos internacionales, solo se presenta de forma directa con las poblaciones étnicas, pero se liga en otros casos al derecho a la alimentación, vivienda adecuada, el derecho al estándar de vida adecuado, lo cual puede estar unido a la tierra, el

derecho a la privacidad, al hogar, a una posesión pacífica, todo no está solo unido a la propiedad formal, por lo que los derechos son vivienda, tierra y propiedad y no solo tierra.

La Restitución es preferente. Tiene una jerarquía especial, es el remedio preferido en el desplazamiento y la desposesión. No se obliga al retorno, puesto que el restituido puede vender o arrendar la tierra, lo que puede ayudar a sobrellevar el desplazamiento o a lograr una solución durable. Es el remedio preferido puesto que es lo más cerca que se puede estar a remover la violación. La compensación solo se contempla cuando no se pueda la restitución.

Aspectos normativos, institucionales sociales a considerar en los procesos de restitución:

a. Aspectos normativos y legales

Hay que definir si se trata de un proceso de justicia transicional, para poder decidir cómo diseñarlo e implementarlo. En algunos casos, en la mayoría, los procesos de restitución no han sido procesos de justicia transicional exitosos. Casi siempre han tenido que ver con el retorno o con necesidades de asistencia humanitaria. Así, se ha optado, en cambio, por un apoyo al proceso de retorno, no es una metodología que ataca lo más importante, pero en algunos casos en la única forma de lograrlo. En Turquía se reconocía el desplazamiento, pero no la responsabilidad del Estado, lo que era criticable a pesar de que las víctimas recibían una compensación que les podría ayudar a seguir o reiniciar con sus vidas. En ese contexto, la comunidad internacional y las víctimas podrían haber querido otro esquema, de justicia transicional y reconocimiento, pero posiblemente no habría sido efectivo.

Se debe determinar política, social e históricamente qué es importante para las personas. Depende siempre del contexto, siendo siempre una reflexión que se debe tener desde un comienzo, algo que se debe definir.

Cuando se piensa en restitución hay que pensar si también se van a tener en cuenta medidas de restitución y en qué manera eso se va a articular con otras políticas de reparación. Si la restitución contribuye a la paz, no es suficiente con decir qué fue lo que ocurrió sino que habría que hacer una reforma agraria. Se debe tener en cuenta que en lo que respecta a la tierra, a veces es necesario hacer una reforma estructural más amplia. Si una de la causa del conflicto es la distribución inequitativa de tierra, la restitución es insuficiente.

Los principios y normas que ha referido provienen de los principios Pinherio, pero también de un Manual Internacional sobre principios relativos a la restitución que es oportuno revisar. Estos se refieren a la no discriminación, la aplicación de estándares internacionales, el derecho a un recurso, la consulta (participación) de los solicitantes, y los derechos de los segundos ocupantes.

- *No discriminación:* aunque es usual invocarlos, es útil mirar lo que ocurrió en Bosnia y Suráfrica, el proceso estaba orientado por el interés de hacer que la población retornara, aunque muchos no querían. Diez años después del conflicto la comunidad internacional afirmó que solo se podía dar apoyo humanitario a quienes quisieran retornar, muchos tenían muy buenas razones para no querer retornar, sus familias habían sido asesinadas y los responsables seguían en la tierra, por ejemplo. Llevó mucho tiempo para reconocer que no se podía obligar a retornar a quienes no querían. De esta experiencia se confirma que las consultas con las comunidades son muy importantes.

El derecho de los ocupantes: Cuando se diseñan los mecanismos hay que mirar cuál va a ser la base para los reclamos, si son admisibles, si es el derecho consuetudinario, solo la tierra o también negocios o casas. En Bosnia por ejemplo había un programa para restitución de hogares y otro para los negocios. Era tonto porque había algunos casos en que las personas volvían a sus hogares pero no podían trabajar porque ese tema se regía por un proceso paralelo. Respecto al tema Se necesita una fecha límite para la aplicación. El tiempo se tiene que diseñar cuidadosamente, se debe tener un tiempo límite, porque se necesita avanzar y determinar desde qué momento ya no va a haber más reclamos, lo que va a tener un impacto importante sobre la economía, porque da certeza a quienes quieren invertir en la tierra de que esta no va a tener un proceso de restitución (En Sudáfrica, por ejemplo, se estableció como fecha límite 1913 existiendo otro tipo de asignaciones para casos previos). Esto no puede sin embargo dejar de lado los derechos de las víctimas. Hay que mirar también el costo y asegurarse de que las personas son conscientes, saben a dónde dirigirse y que lo puedan pagar. Puede tratarse de casos de propiedad formal o en casos en que han perdido su documentación puede haber flexibilidad probatoria, por ejemplo que baste con llevar una factura de servicios.

Se pueden permitir procesos y reclamaciones colectivas, en los casos en que existen comunidades que tienen relaciones específicas con la tierra o un territorio.

Se hace necesario garantizar la accesibilidad, gratuidad y flexibilidad probatoria para establecer los vínculos con los predios. Inversión de la carga de la prueba, la cual tiene sentido en casos de violaciones masivas de derechos humanos, por lo que se presume la violación del derecho. Otro aspecto son las medidas de aplicación: si va a ser un oficial público el que va a asistir, si esta persona va a ir acompañado de un notario u oficial de policía, esto es clave para el éxito del proceso.

Ahora bien, se deben tener unos elementos esenciales: reconocimiento de derechos de los solicitantes, medidas contra la destrucción de los predios, medidas que faciliten y agilicen la restitución de derechos, o en su defecto, la formalización de los mismos, mediante la flexibilización de las pruebas y procesos expeditos.

- *Sobre la participación o consulta de los solicitantes.* En el caso de Bosnia por su objetivo de retorno dejaron fuera de las políticas a quienes no querían retornar, quienes también vivían en condiciones lamentables, pero que por la impunidad generalizada en las zonas, el temor y el dolor por la pérdida de seres queridos preferían no volver. Si bien el fin y justificación eran razonables y loables, que era revertir los efectos del apartheid y de la limpieza étnica, estas posturas excluyeron a parte de la población y solo después de ver sus límites fue posible entender la necesidad de incluir a estas víctimas además de formas de compensación. Esto solo se pudo dar con el tiempo, puesto que al haber admitido de entrada la compensación se habría leído como una legitimación y consolidación del despojo.

Otros aspectos a considerar es que es importante prevenir la transferencia en las zonas de desplazamiento, de igual manera se deben suspender las adjudicaciones de bienes públicos. En el caso de Bosnia, el Estado adjudicó tierras públicas para garantizar la recomposición étnica y política de los territorios donde se había presentado desplazamiento. Se deben regular las formas de ocupación permitidas en zonas en que se

presentaron desplazamientos. En Kosovo se permitió la ocupación temporal con el pago de un canon que posteriormente se entregaría al propietario, lo que permitía el aprovechamiento de la tierra y el reconocimiento del derecho.

Frente a la dificultad para probar la propiedad se puede recurrir al mapeo comunal (cartografía social). reconstrucción de lo que ocurrió y la composición del territorio.

Asegurarse que haya coherencia entre legislación de tierra y la de restitución. En el caso de Filipinas a pesar de una muy buena legislación de los territorios indígenas, está no se aplicaba en beneficio de las concesiones mineras.

b. aspectos institucionales

El análisis del contexto es necesario para determinar el alcance del despojo, de la remoción de propiedad, así como la capacidad institucional. Balancear lo que es justo y lo que es posible. Se deben identificar retos, actores y temas para anticipar los efectos.

Se debe balancear garantías procesales y celeridad. Los procesos judiciales brindan más garantías, pero son más lentos sobre todo en casos de procesos masivos, siendo posible que se acumulen y no se resuelvan.

Para la implementación territorial se debe tener cuidado de verificar la existencia intereses ocultos por parte de autoridades que pueden tener relaciones con quienes sacaron provecho del despojo y que por ello no tienen interés en la aplicación y éxito de la política.

c. Aspectos políticos, sociales y económicos.

Se debe determinar quiénes sacaron provecho de la situación y quienes perdieron la tierra. En el análisis de contexto se debe mirar la dinámica de poder, quien puede bloquear las cosas, para generar alternativas que mitiguen su impacto en el proceso escogiendo entre estrategias duras de persecución penal o buscando formas de acuerdo en las que el poderoso se interese en la solución.

En Somalia, por ejemplo, algunos dueños de tierra aceptaron parte, a cambio de integración y planificación urbana, lo que permitió la adecuación en servicios y el incremento en el valor.

Profundizando sobre el tema de segundos ocupantes

El principio es que los ocupantes también tienen derechos, el hecho que entreguen la tierra a los propietarios no debe dejar como consecuencia que no tenga donde vivir. Balancear el derecho del ocupante y el dueño. En casos de desplazamientos largos ocupantes de buena fe, han invertido en la tierra, no se deben generar nuevos daños

En la jurisprudencia europea, donde han prevalecido posturas instrumentales en los procesos de restitución, recientemente en 2010 y 2015 protegiendo los derechos de los ocupantes secundarios, en un caso la Corte obligó a uno de los Estados que había dado vivienda alternativa a un ocupante a que le dieran la propiedad a esa persona; en otro caso en contra de Turquía la Corte aclaró que cuando han pasado 35 años no se puede

tratar a quienes están el predio como ocupantes, entendiendo que en tales casos aplicar una restitución puede generar nuevos males desproporcionados. Por esto, Turquía generó un sistema de compensaciones que sacó 1500 casos de la competencia de las Cortes.

En lo que respecta al acaparamiento de tierras. Se deben seguir unos protocolos para sacar a las personas de propiedades, teniendo cuidado de seguir los lineamientos relacionados con la ocupación y desalojo, en los que se defienden los derechos de los granjeros.

Más allá de la restitución...

El proceso de restitución no se puede ocupar de todos los asuntos relacionados con la tenencia de la tierra, dado que sin tierra no se restituye. Por esto debe haber políticas integrales que traten el problema del acceso a la tierra y la vivienda de las otras poblaciones rurales.

Se deben considerar mecanismos especiales para los casos en que no se puede probar la forma en que se fue desposeído.

Respecto a la compensación, debe tomarse en cuenta las nuevas posturas que ha asumido la Corte Europea de Derechos Humanos.

Lecciones aprendidas.

Es muy difícil implementar la restitución en medio de un conflicto que continúa.

En segundo lugar, la restitución se debe complementar con medidas de desarrollo social y económico.

Se requiere un equipo multidisciplinario, de humanidades, personas que sepan de negocios. Para escoger medidas de restitución, compensación, se debe a veces optar por medidas más ágiles aunque sean imperfectas, lo que ayude a iniciar a las víctimas de nuevo su vida y por lo menos dar un paso adelante.

Se deben escoger las medidas de reparación más convenientes, no viendo solo pasado, es decir respecto a la justicia y reconocimiento del daño causado, sino también tomando en cuenta la viabilidad de las mismas. En ciertos casos conviene medidas de reparación que permitan a las víctimas acceder lo más pronto posible a una unidad de tierra o una vivienda para reiniciar su vida.

Debe haber una voluntad política constante. Estos esfuerzos no deben terminar una vez se diseña una ley.

INTERACCIÓN CON EL AUDITORIO

1. ¿Cuáles fueron las preguntas que hicieron las y los participantes a los expositores/as?
 - a. La medida de restitución, de acuerdo a los estándares internacionales, es una medida preferente, sin embargo, hay casos en que la gente no quiere volver, considera que se debería acudir a mecanismos compensatorios

- b. El desplazamiento ha afectado indiscriminadamente y con mayor ahínco a grupos vulnerables, cual enfoque diferencial que se ha aplicado en temas de restitución.
 - c. En el caso de los ocupantes secundarios, cuál es su definición, tendría que ser exclusivamente vulnerable, si no lo es tendría la obligación jurídica de soportar la carga del proceso y eventualmente perder el derecho
 - d. Cómo se han articulado la política de restitución con otras políticas de Estado. Como, por ejemplo, minería, petrolera o las políticas de formalización de tierras.
2. ¿Qué respondieron los expositores a las inquietudes del auditorio?
- a. Creo que sí, les he dado ejemplo de políticas diseñadas con las mejores intenciones para asegurar el retorno, esto se debe estudiar de acuerdo con el tiempo del desplazamiento porque puede afectar el deseo de retornar, es posible que quieran ser nuevamente los dueños de la tierra para arrendarla o venderla sin volver; si las personas prefieren compensación a restitución que los solicitantes decidan.
 - b. En el caso de mujeres, la recomendación es asegurarse que se dé la titulación conjunta debido a que a menudo ellas no tienen el título sobre la tierra para proteger su derecho, cuando existe legislación que se contrapone se debe ver el derecho civil colombiano para adecuarlo a la nueva legislación. En el caso de los pueblos indígenas debe garantizarse por la consulta previa y el consentimiento informado; se les debe informar sobre la naturaleza de los proyectos, de los impactos y beneficios, así como garantizando que los acuerdos se den en la lengua del pueblo afectado.
 - c. El concepto de secundarios está unido a la vivienda adecuada, si el ocupante tiene sus propios medios, no hay razón para que tenga derecho a vivienda, no sería justo; la igualdad no tiene que ver con darle lo mismo a quienes tienen diferentes condiciones. Se tiene que mirar la situación del ocupante, en base en esto se determina si tiene derecho. En Bosnia se miraba el ingreso mensual y la canasta familiar, con base en esto se le decía si tenía derecho a la vivienda.
 - d. No tengo un buen ejemplo de articulación, de lo que hablaba de documentos sobre la situación de los indígenas, voluntad política, cuando llega la implementación se habla de un ministerio diferente, no hay supervisión, sobre cómo se ha hecho exitosamente

CONCLUSIONES – CONSIDERACIONES

Al finalizar el espacio (Conferencia/panel/mesa) ¿cuáles fueron las conclusiones u observaciones de los expositores/as y el moderador/a con relación a las preguntas orientadoras?

Rubén Revelo. Director Jurídico UT, cierra la conferencia señalando los siguientes puntos:

La política de restitución se ha dado en medio del conflicto armado, siendo necesario trabajar con la Fuerza Pública para determinar las zonas donde es posible trabajar.

Uno de los grandes retos es que se hacen en contexto de impunidad. Con contadas excepciones se tienen investigaciones, los registros prediales no son confiables, identificación predial no es precisa.

El ocupante secundario, no estaba contemplado en la Ley. paulatinamente la jurisprudencia ha ido reconociendo esta calidad, y mediante la expedición del decreto 440 ya se dispone de un mecanismo que estableció una competencia para atender este fenómeno, siempre que haya un reconocimiento del juez y ordene medidas de atención.

Uno de los grandes retos fue generar un recurso judicial efectivo en materia de reparación integral, en concordancia con lo dispuesto por la Corte Interamericana en relación con el estándar de reparación integral. En ese orden se ha establecido un mecanismo mixto, en el caso colombiano sustanciado bajo la guía de la justicia transicional, bajo la garantía del debido proceso. En las experiencias internacionales se aconseja hacer uso de mecanismos administrativos, no obstante, en Colombia se escogió un mecanismo judicial en el marco de la justicia transicional para dar respuesta al expolio masivo de tierras, permitiendo flexibilizar los rígidos derechos civiles y agrarios, para lo cual existen medidas como la inversión de la carga de la prueba y la acumulación procesal.

En relación con el enfoque diferencial, se establecieron mecanismos excepcionales como lo son los decretos ley para la restitución de comunidades negras e indígenas, hay una mesa de concertación para definir las solicitudes colectivas a trabajar contemplan presunciones diferentes, reconocimiento de derechos colectivos y no aplica la exigencia de seguridad (macro y microfocalización) para su estudio.

El tema de la articulación y armonización, con las políticas mineras, emergentica o petrolera, porque en las diferentes intervenciones se han encontrado este tipo de zonas y concesiones. Frente a esto la jurisprudencia y la URT ha logrado armonizar las politicas al distinguir los casos en que este tipo de concesiones tienen relación con el despojo, en los que se pueden suspender y levantar, de aquellos en los que no guardan relación, eventos en los que se conservan.