

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA MEMORIA HISTÓRICA*



Jheison Torres Ávila

Manuel Enrique Bautista Avellaneda

Introducción

El punto de partida al reflexionar sobre el Estado social de derecho en Colombia y los derechos de las víctimas estriba en los dos elementos o componentes necesarios para satisfacer sus presupuestos mínimos, a saber: el componente cuantitativo y el componente cualitativo. El primero se refiere a la cantidad de nuevos recursos disponibles que permiten que el Estado social de derecho atienda de manera adecuada la satisfacción de derechos como mínimos de sus asociados. El segundo se refiere a las cualidades propias del Estado social de derecho; es decir, que se trate de un Estado democrático participativo.

La relación entre estos dos elementos del Estado social de derecho puede apreciarse desde una visión horizontal y desde una visión circular, al entender que no solo operan los dos componentes como columnas en las que se apoya el Estado social de derecho, sino, también, en una relación cíclica o circular en la que la ausencia de alguno de los elementos desequilibra la totalidad del modelo de Estado.

.....
* Este capítulo es resultado de investigación de dos proyectos: "Grandes transformaciones del derecho público en la actualidad. Fase I" del grupo Derecho Público y TIC, y "La convencionalización del Derecho", del grupo Personas, instituciones y exigencias de justicia. En conjunto con el proyecto de investigación Análisis de la justicia transicional en el marco jurídico colombiano. Los dos grupos hacen parte de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Así las cosas, resulta pertinente mencionar que el derecho a saber, el cual es el objeto de reflexión del presente artículo, hace parte de ese componente cuantitativo, y en particular hace parte de una de aquellas garantías propias del modelo de Estado que propone nuestra Constitución. Así, es necesario retomar las reflexiones propuestas en la Sentencia T-406 de 1992, en especial cuando se indicó que uno de los rasgos propios del Estado social de derecho consiste en garantizar derechos como mínimos y no como simple caridad, de tal suerte que el derecho a saber podría incorporarse a dicha categoría de derechos.

Corpus iuris aplicable

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), contienen claras obligaciones para los Estados parte frente a la protección de los derechos de las personas bajo su jurisdicción, en casos de violaciones graves a los derechos humanos. Ejemplo de esto son los artículos 8 y 25 de la CADH, y los artículos 2,3 (literal a), 14 y 26 del PIDCP, que consagran los derechos a las garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva¹; si bien no contienen expresas obligaciones referidas al derecho a la verdad o el derecho a saber, estos han sido reconocidos por los organismos encargados de la interpretación y aplicación de dichos instrumentos.

A partir de los principios contenidos expresamente en los tratados internacionales, como la obligación de prevenir, investigar y castigar a los responsables de graves violaciones a derechos humanos, se han derivado una serie de derechos, organizados en torno a tres categorías: el derecho a saber (el derecho a la verdad), el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparaciones. Así, los principios que codifican las interpretaciones sobre las obligaciones convencionales: “no enuncian normas nuevas ni generan obligaciones que no hayan sido preexistentes; sencillamente, organizan o sistematizan los derechos y las obligaciones existentes”².

Aunque si bien los dos tratados mencionados no contienen los derechos de las víctimas de manera expresa, instrumentos más recientes sí lo han hecho;

1 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006, Fundamento Jurídico No. 4.3. p. 200.

2 Comisión Colombiana de Juristas (CCJ). Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de Documentos de las Naciones Unidas. Bogotá: CCJ, 2007. p. 16.

•Marco normativo internacional de la memoria histórica•

ejemplo de esto es la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que en su artículo 14 reza:

Todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización; nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.³

La Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada, por ejemplo, desarrolla una disposición equivalente frente a la obligación de reparación y rehabilitación. En conclusión, se habla de la organización y sistematización hecha por organismos internacionales de las obligaciones contenidas, implícitamente, en el derecho convencional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del proceso de desmovilización de los grupos paramilitares en Colombia, ha explicado cómo esta serie de principios sobre verdad, justicia, reparación integral y garantías de no repetición —del que se ocupa en este momento “el derecho a la verdad individual y colectiva”—, hace parte del derecho internacional exigible al Estado, debido a que se encuentra contenido de manera implícita en los tratados internacionales y en las decisiones de los órganos autorizados; también, cómo el *corpus jurídico* aplicable se integra a las normas convencionales y los principios rectores determinados en espacios supranacionales:

24. La comunidad internacional ha identificado una serie de lineamientos en materia de verdad, justicia y reparación que se nutren tanto de las experiencias vividas en distintas sociedades como en los principios de derecho reflejados en la obligación de los Estados de administrar justicia conforme al derecho internacional.

25. Las normas del sistema interamericano que obligan a los Estados miembros de la OEA hacen parte de este cuerpo normativo. Las experiencias hemisféricas en el contexto de esfuerzos de pacificación han llevado tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a interpretar, entre otras, la obligación de los

.....
3 Organización de las Naciones Unidas. Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes [en línea]. 10 de diciembre de 1984 [citado 2016-10-06]. Disponible en Internet: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>>

Estados miembros de compatibilizar el recurso a la concesión de amnistías e indultos a favor de personas que se han alzado en armas contra el Estado, con la obligación de éste de esclarecer, castigar y reparar violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

[...]

28. Este marco normativo, vigente para la mayoría de los Estados miembros de la OEA, se ve reforzado por el derecho consuetudinario así como por los lineamientos acordados en el seno de organizaciones intergubernamentales tales como las Naciones Unidas. Las normas internacionales vigentes para los Estados miembros, su interpretación a través de la jurisprudencia y los lineamientos recogidos por los órganos intergubernamentales, coinciden en identificar a la verdad, la justicia y la reparación como desafíos fundamentales e ineludibles en la reconstrucción de una cultura de paz, tolerancia, respeto a la ley y rechazo a la impunidad.⁴

Así, una primera conclusión que es necesario explicitar se refiere a la conformación de las normas aplicables a casos de ejercicio y reconocimiento del derecho a la verdad colectiva e individual. Estas normas, además de las convencionales contenidas explícitamente en los tratados internacionales, se completan con los pronunciamientos e interpretaciones de órganos encargados y con las compilaciones de principios hechas por los órganos del sistema intergubernamental, como las Naciones Unidas. Se impone, entonces, el estudio de estos instrumentos y compilaciones sobre principios de verdad, lucha contra la impunidad, como lucha contra el olvido, y principios sobre reparaciones.

El derecho a saber

Tanto el Sistema interamericano de Derechos Humanos como el sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) han reconocido, en diferentes documentos, el derecho que tienen las víctimas de violaciones a los derechos humanos a conocer las circunstancias que rodearon la vulneración a las libertades reconocidas en los tratados internacionales. Este derecho a saber lo han relacionado con múltiples obligaciones y mecanismos de reparación; así, dicho derecho es en sí mismo un derecho de la víctima, pero, además, un mecanismo para realizar el

.....
 4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la CIDH sobre el proceso de desmovilización de las AUC en Colombia [en línea], s. f. [citado 2016-07-04]. Disponible en Internet: <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia04sp/informe2.htm>>.

•Marco normativo internacional de la memoria histórica•

derecho a la justicia y el derecho a la reparación en sus cinco componentes. Junto con esto, se ha reconocido, igualmente, que no solo las personas individualizadas son titulares de un derecho a saber lo ocurrido, sino la sociedad completa; esto, como mecanismo para que las conductas violatorias no se repitan (parte del derecho a la no repetición), en especial en los casos de violaciones masivas y sistemáticas, ya que: “uno de los efectos más graves e inmediatos de la violencia a gran escala de los conflictos armados internos consiste en lo que muchos —desafiando la lengua— definen como la ‘invisibilización’ de las víctimas”⁵.

Las violaciones a los derechos humanos se “pierden” entre el enorme número de agresiones en contextos como los presentados en violaciones masivas. Pero este fácil olvido y la consecuente imposibilidad de esclarecimiento de lo sucedido se agudizan en casos de personas o poblaciones que, previamente a la agresión, vivían en condiciones de desprotección y especial vulnerabilidad, como los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes, niños, niñas y mujeres desplazadas.

Por esta importancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que el derecho a la verdad es un derecho derivado del derecho de todos los ciudadanos, hombres y mujeres, a obtener del Estado respuesta pronta, eficaz y dentro de un plazo razonable a los litigios puestos en su conocimiento⁶. La CIDH agregó:

32. En cualquier caso, el goce de este derecho a conocer la verdad sobre la comisión de crímenes de derecho internacional no se limita a los familiares de las víctimas. La Comisión y la Corte Interamericana han manifestado que las sociedades afectadas por la violencia tienen, en su conjunto, el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido así como las razones y circunstancias en las que delitos aberrantes llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro.⁷ La sociedad en su conjunto tiene derecho a conocer la conducta de quienes se hayan

.....
5 *Ibíd.*

6 “De todos modos, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”. *Ibíd.*

7 Véase CIDH, capítulo V: “Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos”. Corte IDH. Informe Anual 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, p. 205 [en línea]. [citado 2016-10-06]. Disponible en Internet: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/Indice.htm>>;

involucrado en la comisión de violaciones graves a los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, especialmente en caso de masividad o sistematicidad; comprender los elementos de carácter objetivo y subjetivo que contribuyeron a crear las condiciones y circunstancias dentro de las cuales conductas atroces fueron perpetradas e identificar los factores de índole normativa y fáctica que dieron lugar a la aparición y el mantenimiento de las situaciones de impunidad; contar con elementos para establecer si los mecanismos estatales sirvieron de marco a la consumación de conductas punibles; identificar a las víctimas y sus grupos de pertenencia así como a quienes hayan participado de actos de victimización; y comprender el impacto de la impunidad.⁸

Tratándose del derecho a conocer, como parte del derecho a la reparación, la Corte Interamericana ha explicado en varios fallos las obligaciones del Estado frente a la búsqueda de la verdad de los hechos constitutivos de violaciones, no solo como el derecho de las víctimas a que se haga justicia en su caso y se conozcan las circunstancias que rodearon la vulneración a las libertades contenidas en la Convención de su familiar o allegado, sino del derecho de la sociedad. En el caso *Bámaca Velásquez*, en la sentencia de reparaciones, la Corte explicó:

73. De conformidad con el punto resolutivo octavo de la sentencia sobre el fondo dictada el 25 de noviembre de 2000, Guatemala debe realizar “una investigación para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a que se ha hecho referencia en [esa] Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables”⁹. De esta manera, dentro de las reparaciones que debe efectuar el Estado se encuentra necesariamente la de investigar efectivamente los hechos, sancionar a todos los responsables y divulgar la resultados de la investigación.

74. Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió¹⁰ y saber quiénes fueron los agen-

Corte IDH. Caso Barrios Altos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75 [en línea]. [citado 2016-10-06]. Disponible en Internet: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>.

8 Véase “Patrones internacionales en materia de verdad, justicia y reparación para lograr la superación del conflicto armado interno”, intervención del señor Michael Frühling, director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, durante las “Jornadas de concertación social para superar el fenómeno de paramilitarismo”, Comisión Primera del Senado, 2 de abril de 2004, Bogotá. CIDH. Informe sobre el proceso de desmovilización. Op cit.

9 CIDH. Caso *Bámaca Velásquez*, Op. Cit.

10 CIDH. Caso Villagrán Morales y otros, Reparaciones, supra nota 5, párr. 100; Caso Paniagua Morales y otros, Reparaciones, supra nota 5, párr. 200; y Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, supra nota 40, párr. 109 [en línea].

•Marco normativo internacional de la memoria histórica•

tes del Estado responsables de los respectivos hechos¹¹. “[L]a investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad”¹². Además, este Tribunal ha indicado que el Estado “tiene la obligación de combatir [la impunidad] por todos los medios legales disponibles ya que [ésta] propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”¹³. El Estado que dejara impune las violaciones de derechos humanos estaría incumpliendo, adicionalmente, su deber general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción¹⁴.

75. Asimismo, este Tribunal estableció, en su sentencia de fondo, que por las características del caso en estudio, el derecho a la verdad se encontraba “subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”¹⁵. Como lo ha señalado este Tribunal, sólo si se esclarecen todas las circunstancias de las violaciones de que se trata se podrá considerar que el Estado ha proporcionado a la víctima y a sus familiares un recurso efectivo y ha cumplido con su obligación general de investigar¹⁶.

76. El derecho que toda persona tiene a la verdad, ha sido desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos¹⁷, y, como sostuvo esta Corte en anteriores

[citado 2016-07-04]. Disponible en Internet: < <http://www.corteidh.or.cr/>>.

11 CIDH. Caso Cantoral Benavides, Reparaciones, supra nota 5, párr. 69; y Caso Paniagua Morales y otros, supra nota 5, párr. 200. [en línea]. [citado 2016-07-04]. Disponible en Internet: < <http://www.corteidh.or.cr/>>.

12 *Ibíd.*

13 *Ibíd.*

14 *Ibíd.*

15 CIDH. Caso Bámaca Velásquez, Op cit.

16 CIDH. Caso Caballero Delgado y Santana. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22, parr. 58 [en línea]. [citado 2016-07-04]. Disponible en Internet: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf>.

17 Véase, por ejemplo, United Nations Human Rights Committee, Quinteros v. Uruguay, Communication No. 107/1981, decision of 21 July 1983 [en línea]. [citado 2016-07-04]. Disponible en Internet: <<http://hrlibrary.umn.edu/undocs/newscans/107-1981.html>>; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 49º período de sesiones, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos). L. Joinet. UN General Assembly Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 [en línea]. [citado 2016-07-04]. Disponible en Internet: <<http://www.ohchr.org/>>; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 45º período de sesiones, Estudio relativo al derecho de restitución,

oportunidades, la posibilidad de los familiares de la víctima de conocer lo sucedido a ésta¹⁸, y, en su caso, dónde se encuentran sus restos¹⁹, constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima *y a la sociedad como un todo*²⁰.

77. Finalmente, es obligación del Estado, según el deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención, asegurar que estas graves violaciones no se vuelvan a repetir. En consecuencia, debe hacer todas las gestiones necesarias para lograr este fin. Las medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento de las atrocidades del pasado, como lo ordenara esta Corte en la sentencia de fondo. *La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro.*

78. Por consiguiente, la Corte reitera que el Estado tiene la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana en el presente caso, así como de divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.²¹ (Cursivas añadidas)

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, al comentar el Pacto en la Observación General 31, del 26 de mayo de 2004, explicó:

16. El párrafo 3 del artículo 2 requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados. Si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple. Además de la reparación explícita exigida por el párrafo 5 del artículo 9 y el párrafo 6 del artículo 14 el Comité considera que el Pacto entraña por lo general una indemnización adecuada. *El Comité señala que, cuando procede, la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfac-*

indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Informe definitivo, presentado por T. van Boven, Relator especial, E/CN.4/Sub.2/1993/8 [en línea]. [citado 2016-07-04]. Disponible en Internet: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/10101.pdf>>.

18 CIDH. Caso Cantoral Benavides, Op. cit.

19 CIDH. Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 90; Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párr. 58; y Caso Neira Alegría y Otros, Reparaciones, supra nota 38, párr. 69 [en línea]. [citado 2016-07-04]. Disponible en Internet: <<http://www.corteidh.or.cr/>>.

20 *Ibid.*; L. Joinet, Op. cit.; Van Boven, Op. cit.

21 CIDH. Caso Bámaca Velásquez, Op. cit.

•Marco normativo internacional de la memoria histórica•

*ción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como al sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos.*²² (Cursivas añadidas)

La Comisión también ha concluido que existe un expreso derecho a saber o a la verdad en casos de torturas, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, en cabeza de los familiares de la víctima directa, ya que el silencio y la zozobra que causa el desconocimiento del paradero de un ser querido es, en sí mismo, un acto constitutivo de tortura psicológica²³.

En conclusión, además de un derecho a saber lo ocurrido en cabeza de las víctimas directas y sus familiares, existe un derecho a saber de toda la sociedad entera; esto, como mecanismo para luchar contra la “invisibilización” de las voces de las personas violentadas en sus derechos ante un masivo y sistemático ataque. Este derecho ha sido reconocido por la doctrina más autorizada:

Las personas que gozan del derecho a la verdad no son únicamente las víctimas directas de la violación. Esa constatación se aplica sobre todo en los casos de desaparición forzada, cuando la familia y las otras personas cercanas a la víctima son ellas mismas víctimas de la incertidumbre que rodea la desaparición. Sobre este tema, el grupo de trabajo de la ONU sobre la desaparición forzada o involuntaria hablo de un vasto “círculo de víctimas”.

A veces, el derecho a la verdad pertenece a un gran número de personas, sobre todo cuando las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos se producen durante un largo periodo y tocan al conjunto de la sociedad o una comunidad particular. En ese caso, el derecho pertenece no solamente a los particulares, sino, también a los grupos y las comunidades, sobre todo cuando se trata de indígenas, como lo señala el relator especial sobre el derecho a la reparación.²⁴

.....
22 Comité de los Derechos Humanos. Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 [en línea]. 2004 [citado 2011-06-09]. Disponible en Internet: <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom31.html>>. Tratándose de casos individuales, resulta importante el caso 10.488 de la Comisión Interamericana Ignacio Ellacuría, a partir del cual se reconoce que el derecho a la verdad no solo procede en casos de desaparición forzada —delito del que surgió este reconocimiento—, sino de otras agresiones graves a los derechos humanos, como ejecuciones extrajudiciales o torturas, la suerte de la familia de las personas desplazadas forzosamente, etc. Comisión Interamericana DH. Caso 10.488 [en línea]. [citado 2016-07-04]. Disponible en Internet: <<http://www.cidh.org/annualrep/99span/de%20fondo/el%20salvador10.488.htm>>.

23 Human Rights Committee. Op. cit.

24 Commission Internationale de Juristes. Le droit a un recours et a obtenir réparation en cas de violations graves des droits de l’homme - guide pratique. Ginebra: Ediciones Antropos, 2007, p. 94 [Traducción libre del francés].

Esta posición es confirmada por el relator especial sobre impunidad, quien afirma que “el derecho a saber es un derecho colectivo cuyo origen se encuentra en la historia para evitar que en el futuro se reproduzcan las violaciones”²⁵.

El conjunto de principios de las Naciones Unidas sobre la impunidad ha sido recogido en varios documentos de vital importancia, ya que, como se mencionó antes, además de realizar un estudio de todas las fuentes del derecho internacional sobre el tema, recoge las experiencias de países que han atravesado por procesos de transición a la democracia.

En el 2005, la lucha de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por unificar los principios sobre lucha contra la impunidad y los derechos de las víctimas, fue recompensada con la aparición de dos documentos: i. “El conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” (en adelante, “Principios de lucha contra la impunidad”), y ii. “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” (en adelante, “Principios internacionales sobre el derecho de las víctimas a obtener reparación”). A continuación se hace referencia a estos documentos, junto con el iii. “El estudio sobre el derecho a la verdad realizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en cumplimiento de la resolución 2005/66”²⁶.

Documento i. “El conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”

En el caso del primer documento, “Principios de lucha contra la impunidad”, la ONU establece que, además de las víctimas y sus familiares, “cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o

.....
25 *Ibíd.*

26 Todos estos documentos se encuentran compilados en “principios internacionales sobre impunidad y reparación”, Comisión Colombiana de Juristas (CCJ). Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de las Naciones Unidas. Bogotá: CCJ, 2007. p. 7.

sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes”²⁷. Y reconoce que este derecho a saber, implica, primero que todo, una garantía de no repetición de las mismas agresiones. Reconoce que la historia de cada pueblo, especialmente si esta se enmarca en periodos de opresión, hace parte de su patrimonio cultural, e implica el deber del Estado de “preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”²⁸.

En desarrollo de ese derecho imprescriptible a saber se exige que el Estado, además de garantizar la independencia del poder judicial, pueda robustecer la investigación de las violaciones con mecanismos no judiciales que *complementen la función del poder judicial*. El conjunto de principios recomienda comisiones de la verdad u otros mecanismos de investigación que protejan los archivos sobre violaciones al derecho internacional humanitario (DIH) o a los derechos humanos. Invita a los Estados a que la conformación, periodo y mandato de estas comisiones de la verdad se basen en amplias consultas públicas, en las cuales deberán participar las víctimas y los supervivientes.

Sobre este punto —referido a cómo se hace memoria por parte de la sociedad y en especial de sectores que sufren de manera diferenciada las violaciones a los derechos humanos—, resulta de vital importancia la Resolución 1325 de 2000, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre “la mujer y la paz y la seguridad”. Este documento reconoce que, en casos de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, “son particularmente las mujeres y los niños quienes constituyen la inmensa mayoría de los que se ven perjudicados por los conflictos armados, incluso en calidad de refugiados y personas desplazadas”. Por ello, y por su importancia, los Estados deben garantizar que “participen en pie de igualdad e intervengan plenamente en todas las iniciativas encaminadas al mantenimiento y el fomento de la paz y la seguridad, y la necesidad de aumentar su participación en los procesos de adopción de decisiones —tales como las comisiones de la verdad—”, ya que:

.....
27 *Ibíd.* Principio 2.

28 *Ibíd.* Principio 3.

Insta a los Estados Miembros a velar porque aumente la representación de la mujer en todos los niveles de adopción de decisiones de las instituciones y mecanismos nacionales, regionales e internacionales para la prevención, la gestión y la *solución* de conflictos;

Alienta al Secretario General a que ejecute su plan de acción estratégico (A/49/587) en el que se pide un aumento de la participación de la mujer en los niveles de adopción de decisiones en la solución de conflictos y los procesos de paz;

[...]

Pide a todos los que participen en la negociación y aplicación de acuerdos de paz que *adopten una perspectiva de género*, en que se tengan en cuenta y se incluyan, entre otras cosas:

- a) Las necesidades especiales de las mujeres y las niñas durante la repatriación y el reasentamiento, así como para la rehabilitación, la reintegración y la reconstrucción después de los conflictos;
- b) Medidas para apoyar las iniciativas de paz de las mujeres locales y los procesos autóctonos de solución de conflictos y *para hacer participar a las mujeres en todos los mecanismos de aplicación de los acuerdos de paz*;
- c) Medidas que garanticen la protección y el respeto de los derechos humanos de las mujeres y las niñas, particularmente en lo relativo a la constitución, el sistema electoral, la policía y el sistema judicial. (Cursivas añadidas)

En últimas, lo que busca esta resolución es que se incorpore un enfoque diferenciado de género en los procesos y espacios de reconstrucción de la verdad y de la memoria histórica de cada pueblo. Este reconocimiento internacional parte de una discusión más amplia sobre el derecho que tiene cada población de contar la historia como cada grupo lo quiera, incluidas, por supuesto, las mujeres, las diferentes preferencias sexuales y las masculinidades no hegemónicas, ya que “desde una mirada de género, mujeres, hombres... leen de distinta manera el pasado y escogen huellas disímiles para construir sus memorias”²⁹. La academia y los movimientos sociales en la segunda mitad del siglo XX comprendieron que el Estado moderno no es una institución que ejerza el monopolio legítimo de la fuerza, ya que, en espacios privados y domésticos, esta se ejerce sobre las mujeres, las niñas, los niños y los adolescentes por parte del padre de familia.

.....
 29 Wills, María Emma. Historia, memoria y género: trayectoria de una iniciativa y aprendizajes. En: ¿Justicia desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia. Nueva York: UNIFEM, 2009. p. 46.

•Marco normativo internacional de la memoria histórica•

Esta nueva comprensión llevó a que la metodología histórica deba ser reescrita. Se impone, así, la superación de las jerarquías implícitas de la historia oficial, con sus fuentes objetivas e inmodificables, y su superación por un enfoque que reconozca que la verdad se construye desde una democratización de los relatos históricos, a partir de relatos personales, con nuevas voces, nuevos reclamos; en definitiva, una nueva historia, no escrita por hombres, blancos, propietarios y heterosexuales, como centro de la narrativa; se impone un enfoque que reconozca que los relatos sobre el pasado se forman por la reconstrucción de memorias personales de los actores de la violencia, partiendo del centro: las víctimas.

La profesora María Emma Wills, parte del Grupo de Memoria Histórica de la CNRR, explica:

La disciplina de la historia por lo demás se rige por los mismos cánones culturales de las sociedades y piensa que los grandes acontecimientos sociales son producto de varones con poderes y atributos extraordinarios, educados para dirigir a grandes masas sin capacidades de discernir. De nuevo en los relatos contruidos por los historiadores clásicos, las mujeres, los campesinos, los analfabetos, los indígenas, los negros aparecen en el lugar del coro.³⁰

Es decir, la recomendación internacional, contenida en la Resolución 1325, siguiendo la incorporación del enfoque de género en el derecho a saber de la sociedad, se traduce en la incorporación de metodologías que reconstruyan el pasado, no como la narrativa de hechos y fechas en las que se desarrolló el conflicto armado interno o externo, sino con la participación de relatos personales de las mujeres agredidas, bajo el entendido de que el conocimiento es diferenciado en hombres, mujeres, afrodescendientes, indígenas, campesinos, etc.

Así, en estas comisiones de la verdad o de investigación complementaria a la judicial, además de tener participación las mujeres —tal como lo exige la Resolución 1325³¹—, deben asumirse enfoques de construcción de la verdad que pongan a la víctima en el foco del relato, pero la víctima en cuanto mujer, indígena,

.....
30 *Ibid.*, p. 53.

31 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 1325 de 2000 [en línea]. [citado 2015-11-14]. Disponible en Internet: <<http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh15/politicaexternior/Documents/Resolucion%201325%20mujeres.pdf>>. El principio 7° Lit. C. "Al elegir a los miembros, deberán realizarse esfuerzos concertados por garantizar una representación adecuada de las mujeres así como de otros grupos apropiados cuyos miembros hayan sido especialmente vulnerables a las violaciones de los derechos humanos".

afro, campesino, etc., y que estos grupos sociales se encuentren adecuadamente representados en los espacios de formación de la memoria histórica³².

Estas comisiones deben constituirse con criterios que garanticen su imparcialidad e independencia, a través de mecanismos como: la inamovilidad de sus miembros; la facultad de exigir la comparecencia de testigos; la facultad de realizar visitas a los lugares de interés; la facultad de exigir —en casos de amenazas a la vida, la integridad de los miembros, el riesgo de pérdida de material probatorio— que estos sean protegidos de manera urgente, etc. Igualmente, el conjunto de principios señala que los Estados, desde el inicio del trabajo de las comisiones, deben señalar su competencia, y abarcar para ello a todas las personas involucradas como autoras o partícipes de violaciones a derechos humanos, incluyendo cómplices, determinadores, auxiliares e incluso funcionarios públicos. En estas investigaciones tendrán prioridad las que, debido a lo masivo y sistemático de la agresión, puedan ser invisibilizadas, y “prestará especial atención a las violaciones de los derechos fundamentales de la mujer y otros grupos vulnerables”.

Frente a la publicidad y difusión de los resultados, conclusiones y recomendaciones de las comisiones de la verdad, el instrumento inicia recordando la obligación internacional de los Estados de preservar todos los archivos, por medio de herramientas técnicas, para impedir su sustracción o destrucción. Esta obligación busca que las víctimas y sus familiares, además de la sociedad entera, tengan acceso a los archivos de la comisión, para posterior o paralelamente hacer valer sus derechos en instancias judiciales³³. “Cuando la consulta persiga favorecer la investigación histórica, las formalidades de autorización tendrán por única

32 *Ibid.* Art. 7 Lit. d) Las comisiones estarán facultadas para investigar todas las formas de violación de los derechos humanos y del derecho humanitario. Sus investigaciones se referirán prioritariamente a las que constituyan delitos graves según el derecho internacional, y en ellas se prestará especial atención a las violaciones de los derechos fundamentales de la mujer y de otros grupos vulnerables.

33 *Ibid.* De hecho, el principio 16 expresamente prevé que los espacios judiciales y extrajudiciales de construcción de la verdad deberán cooperar: “Los tribunales y las comisiones extrajudiciales de investigación, así como los investigadores que trabajen bajo su responsabilidad, deberán poder consultar libremente los archivos. Este principio se aplicará en forma tal que respete los requisitos pertinentes para proteger la vida privada, incluidos en particular seguridades de confidencialidad proporcionadas a las víctimas y a otros testigos como condición previa de su testimonio. No se podrá denegar la consulta de los archivos por razones de seguridad nacional excepto que, en circunstancias excepcionales, la restricción haya sido prescrita por ley; que el Gobierno haya demostrado que la restricción es necesaria en una sociedad democrática para proteger un interés de seguridad nacional legítimo que la denegación sea objeto de examen judicial independiente”.

•Marco normativo internacional de la memoria histórica•

finalidad salvaguardar la integridad y la seguridad de las víctimas y de otras personas. No podrán aplicarse las formalidades de autorización con fines de censura”.

Documento ii. 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

Este documento contiene todas las obligaciones internacionales de los Estados referidas a la reparación de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y del DIH; fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005. A continuación se muestran varias de las disposiciones que resultan relevantes frente a la construcción de la memoria histórica y las reparaciones simbólicas.

A partir del principio 9 de la compilación se resumen las conocidas obligaciones de los Estados de reparar a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, por medio de los mecanismos de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Consideramos estos conceptos, que muchas veces se encuentran explicados en pronunciamientos judiciales³⁴, de vital importancia; por ello, los reproducimos a continuación:

Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la vio-

.....
34 La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Artículo 63, establece expresamente la obligación de reparar a las víctimas de violaciones de este instrumento. En diversos fallos ha precisado los conceptos de esta reparación (La masacre de Mapiripán vs. Colombia, Caso de la Comunidad Moiwana párr. 153) p. ej. “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias producidas por las infracciones y se establezca, *inter alia*, el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José. Costa Rica [en línea]. 1969 [citado 2016-02-23]. Disponible en Internet: <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>171. Las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”. La compilación en comento muestra los conceptos más actualizados que algún otro instrumento.

lación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

19. La *restitución*, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, *la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes*³⁵.

20. La *indemnización* ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:

- a) El daño físico o mental;
- b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
- d) Los perjuicios morales;
- e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

21. La *rehabilitación* ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

22. La *satisfacción* ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

- a) Medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas;
- b) La verificación de los hechos y la *revelación pública y completa de la verdad*, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
- c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos,

.....
35 Como se verá en el acápite tercero de este documento, este es, sin duda, uno de los textos más claros frente a la obligación estatal de garantizar la restitución y protección de la propiedad.

•Marco normativo internacional de la memoria histórica•

identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;

d) *Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;*

e) *Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;*

f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;

g) *Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;*

h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

23. Las *garantías de no repetición* han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención:

a) El ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;

b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;

c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;

d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;

e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;

f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, la salud, la psicología, los servicios sociales y las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;

g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales;

h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.³⁶ (Cursivas añadidas)

Así, este documento, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reconoce expresa y abstractamente los derechos de las víctimas a recibir una reparación integral a los daños causados. Se insiste en que los documentos previos a este son pronunciamientos judiciales o estudios de expertos, como el caso del estudio de Theo Van Boven, de 1993, relator especial de la ONU en el tema; solo hasta este documento se compilaron de manera general todas las obligaciones. Además, este documento reconoce el *derecho a la reparación simbólica* —trasciende a la indemnización o reparación individual— como “una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; disculpas públicas que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades”.

Documento iii. El estudio sobre el derecho a la verdad

Este es un informe producido por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), en cumplimiento a una resolución del Comité de Derechos Humanos de la ONU (Resolución 2005/66), y constituye el concepto del experto más autorizado en temas de derechos humanos del sistema universal. A continuación nos referimos específicamente a uno de sus capítulos sobre el procedimiento e instituciones encargadas de la aplicación del derecho a la verdad. Las partes restantes del estudio contienen estándares internacionales, ya referidos en los apartes previos, como el concepto del derecho a la verdad, sus titulares y las entidades obligadas.

El estudio inicia por reconocer que la verdad buscada en espacios judiciales, como los tribunales para la ex Yugoslavia o Ruanda, o la propia Corte Penal Internacional (CPI), constituyen un medio para determinar la verdad. Reconoce que para “las instituciones nacionales de derechos humanos pueden resultar de

36 Organización de las Naciones Unidas. 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 [en línea]. 16 de diciembre de 2016 [citado 2016-10-06]. Disponible en Internet: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>>

•Marco normativo internacional de la memoria histórica•

gran ayuda para garantizar el disfrute del derecho a la verdad por parte de las víctimas, sus familiares y la sociedad. Mediante sus investigaciones de esclarecimiento de los hechos y *la elaboración de informes públicos*, en relación con casos particulares y, más en general, con prácticas que vulneran los derechos humanos, esas instituciones contribuyen a que salga a la luz la verdad” (cursivas añadidas).

Protección a la propiedad como mecanismo de reparación integral

Frente a la protección de la propiedad o la tenencia que implique la protección de las leyes civiles de personas sometidas a despojos y desplazamientos forzados, de por sí prohibidos por el derecho internacional humanitario (art. 17 del Protocolo II de Ginebra³⁷), resultan relevantes dos compilaciones de obligaciones internacionales: i. los “Principios Pinheiro”, sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas, por la Subcomisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en agosto de 2005; ii. el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Como se comentó anteriormente, los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas, en su principio 19, definen en parte la restitución —elemento del concepto de la reparación integral— como “el regreso a su lugar de residencia, la reintegración a su empleo y la devolución de sus bienes”; es claro que la obligación de restitución y protección de la propiedad ha sido incluida como obligación estatal, pero debido a que esta sola constatación no permite profundizar en las buenas prácticas recomendadas para el cumplimiento de dicha obligación, a continuación se mencionan y comentan declaraciones y compendios de principios que ahondan en este tema, y que, como ha reconocido tanto la Corte Constitucional como la Procuraduría General de la Nación, hacen parte del *bloque de constitucionalidad*³⁸.

.....
37 1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación. 2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.

38 Protección y garantía del derecho a la propiedad y a las posesiones de las víctimas del conflicto armado interno. Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos. Protección y garantía del derecho a la propiedad y a las posesiones de las víctimas del conflicto armado interno. Bogotá:

En el caso de la Corte, resulta imperativo citar la Sentencia T-821 de 2007, en la que se resuelve el caso de una persona en condición de desplazamiento a la que se negó la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada (RUPD), por lo cual se le impidió gestionar la protección de su predio rural abandonado. Dijo la Corte en esa ocasión:

Las personas que se encuentran en situación de desplazamiento forzado y que han sido despojadas violentamente de su tierra (de la tierra de la cual son propietarias o poseedoras), tienen derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso, goce y libre disposición de la misma en las condiciones establecidas por el derecho internacional en la materia. En efecto, en estos casos el derecho a la propiedad o a la posesión adquiere un carácter particularmente, reforzado, que merece atención especial por parte del Estado.

Ciertamente, si el derecho a la reparación integral del daño causado a víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos es un derecho fundamental, no puede menos que afirmarse que el derecho a la restitución de los bienes de los cuales han sido despojadas las personas en situación de desplazamiento, también es un derecho fundamental.

Como bien se sabe, el derecho a la restitución es uno de los derechos que surgen del derecho a la reparación integral. En este sentido, es necesario recordar que el artículo 17 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas (los llamados

Procuraduría General de la Nación, 2008. p. 12. Igualmente, es importante mencionar dos antecedentes de la Corte Constitucional en los que se reconoce el derecho fundamental de las personas en condición de desplazamiento a la protección de su propiedad: “5.3.3. Para el caso específico de las personas víctimas del desplazamiento forzado, estos derechos se manifiestan, igualmente, en la protección de los bienes que han dejado abandonados, en particular de sus tierras —componente de protección que no ha sido resaltado con suficiente fuerza por las entidades que conforman el SNAIPD—. (Auto 218 de 2006). En la Sentencia T-1037 de 2006, dijo la Corte: “Con todo, esta Corporación considera que el hecho de que el señor Quintero Durán se haya visto obligado a abandonar los inmuebles de su propiedad, víctima de la violencia, le confiere el derecho a que los mismos sean amparados hasta tanto él se halle en condiciones de hacerse cargo, a fin de evitar actos que recaigan sobre estos. Por tal razón, estima que al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) y a la Alcaldía del municipio de Ocaña les corresponde adelantar las gestiones tendientes a garantizar la protección referida”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1037. Bogotá: 2006. En otra ocasión, y argumentando otras razones, la Corte explicó: “La interpretación de los derechos humanos hace necesaria la aplicación de los principios rectores del desplazamiento interno [...] los cuales son parte del cuerpo normativo supranacional que integra el bloque constitucional”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 327 de 2001. Comisión Colombiana de Juristas. Revertir el destierro forzado: protección y restitución de los territorios usurpados a la población desplazada en Colombia, 1° edición, Bogotá: CCJ, 2006. p. 7.

•Marco normativo internacional de la memoria histórica•

principios Deng), y entre ellos, los principios 21, 28 y 29, y los principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, en cuanto son desarrollos adoptados por la doctrina internacional, del derecho fundamental a la reparación integral por el daño causado (C. P. art. 93.2)³⁹.

Principios Pinheiro sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas por la Subcomisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Antes de la aprobación de estos principios rectores y directrices, la situación de millones de personas víctimas de desplazamientos forzados o refugiadas, por causa de conflictos armados o desastres naturales, era dudosa. La legislación sobre derechos humanos garantizaba el “derecho a retornar”, pero se limitaba a trasladar a las personas a la frontera de su país de origen, un destino que, a menudo, se hallaba lejos de su casa; es decir, no contenía el derecho a la protección de la propiedad y a la restitución. Se produjo un avance importante sobre el terreno tras los acuerdos de paz de Dayton (1995), que pusieron fin a la guerra en Bosnia, y tras lo cual se reconoció el derecho de millones de personas a regresar a su lugar de origen y a que se les restituyeran sus propiedades. Esta experiencia fue el primer evento en el que se reconoció el derecho a la “restitución” de la propiedad de personas víctimas de desplazamientos forzados⁴⁰. Por esto, el experto sostiene: “Los Principios de Pinheiro pretenden reflejar los principios aceptados por el derecho internacional y han ayudado a cubrir un vacío considerable en aquellos países que están decididos a solucionar el desplazamiento”⁴¹.

39 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-521 de 2007, M. P. Catalina Botero F.J. No. 60.

40 Williams, Rhodri C. El Principio Rector 29 y el derecho a la restitución. En: Migraciones Forzadas [en línea]. Diciembre, 2008, p. 23. [citado 2016-02-28]. Disponible en Internet: <<http://www.migracionesforzadas.org/pdf/RMFGP10/13.pdf>>. En el mismo sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos expresó: “Durante los últimos años, los conceptos de repatriación voluntaria y de retorno han ido evolucionando para abarcar no solo el retorno al país de origen en el caso de los refugiados, o a su ciudad o región en el caso de los desplazados internos, sino el retorno y la reafirmación del dominio sobre la antigua vivienda, la tierra o el patrimonio; en definitiva, el proceso de restitución de la vivienda y el patrimonio”. Manual sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de Refugiados y Personas Desplazadas. [en línea]. 2007 [citado 2015-12-06]. Disponible en Internet: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/pinheiro_principles_sp.pdf>

41 *Ibíd.*

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre el carácter autorizado y unificador de estos principios:

Los *Principios Pinheiro* proporcionan a los que trabajan en el ámbito del derecho a la restitución, así como a los Estados, la ONU y otras agencias, un texto consolidado sobre los mecanismos jurídicos, políticos, procesales, institucionales y técnicos para la restitución de las viviendas y el patrimonio. Así, los *Principios* proporcionan una orientación práctica sobre las políticas que pueden aplicarse para garantizar el derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio, así como la legislación, los programas y las políticas existentes, sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y de refugiados, así como la normativa nacional.⁴²

Los principios buscan incluir la mayor cantidad de personas y la mayor cantidad de hechos violatorios del derecho a la propiedad, ya que inicia aclarando que los destinatarios de los principios son todas las personas que, aun sin tener el carácter de refugiados para el derecho internacional humanitario, son desplazados, ya que de forma arbitraria o ilegal han sido privados de sus hogares, tierras, bienes o lugares de residencia habitual, “independientemente de la naturaleza del desplazamiento o de las circunstancias que lo originaron.” Los *principios* se aplican a todos los casos de desplazamiento involuntario a raíz de conflictos armados internacionales o nacionales, de violaciones graves de derechos humanos, como la “limpieza étnica”, de proyectos de desarrollo, de desalojos forzosos, así como de catástrofes naturales o causadas por el hombre.

El principio segundo reconoce el derecho a la restitución de las viviendas y del patrimonio de los refugiados y desplazados como un derecho independiente, autónomo y parte de la justicia restaurativa, y como primer medio de reparación. Es obligación del Estado garantizar el goce de este derecho. Este segundo principio concretiza el principio 19 de la devolución de sus bienes y el regreso a su lugar de residencia, establecido en 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 recurso y a obtener reparaciones”, comentadas en el acápite

42 FAO. Handbook on housing and property restitution for refugees and displaced persons. Roma: FAO, 2007. p. 11 [en línea]. [citado 2015-12-09]. Disponible en Internet: <en www.ohchr.org>.

•Marco normativo internacional de la memoria histórica•

segundo de este texto. El principio 2.2 establece como prioridad la restitución de la propiedad, pero prevé la eventualidad en la que la restitución pueda ser combinada con indemnización o, subsidiariamente, reemplazada por esta.

El principio 4.2 exige que se garantice la igualdad de trato entre personas desplazadas y refugiadas en la misma condición, pero en casos de discriminaciones de hecho, establece la incorporación de enfoques que iguallen a los desiguales⁴³, por medio de mecanismos como la titulación conjunta de propiedades.

Los principios 5, 6, 7, 8 y 9 constituyen las reglas genéricas de interpretación y aplicación del documento, y establecen los derechos a la protección contra el desplazamiento, al reconocer que toda persona tiene derecho a que se la proteja de ser desplazada arbitrariamente de su hogar, de sus tierras o de su lugar de residencia habitual; el derecho a la intimidad y el respeto al hogar; el derecho al disfrute pacífico de los bienes; y el derecho a una vivienda adecuada, como derecho individual, y la obligación estatal de adoptar medidas positivas para mejorar la situación de los refugiados y desplazados que no tienen viviendas adecuadas. El principio 9 reproduce el derecho a la libertad de circulación y a la escogencia libre e individual del domicilio.

Los principios del 10 al 22 se refieren a aquellas situaciones de restitución que suelen presentar los mayores desafíos sobre el terreno y que requieren un esfuerzo concertado; para el objetivo que nos aboca, son los que pueden ofrecer mayores aportes.

El principio 10 recoge el derecho a un regreso voluntario a sus anteriores hogares, tierras o lugares de residencia habitual en condiciones de seguridad y dignidad para todos los refugiados y desplazados.

El regreso voluntario en condiciones de seguridad y dignidad debe fundarse en una elección libre, informada e individual. Se debe proporcionar a los refugiados

.....
43 4. Derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. 4.1. Los Estados garantizarán a hombres y mujeres, incluidos los niños y las niñas, la igualdad en el goce del derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio. Los Estados les garantizarán también la igualdad en el goce, entre otros, de los derechos al regreso voluntario en condiciones de seguridad y dignidad; a la seguridad jurídica de la tenencia; a la propiedad del patrimonio; a la sucesión; y al uso y control de las viviendas, las tierras y el patrimonio, y al correspondiente acceso. 4.2. Los Estados deben garantizar que en los programas, las políticas y las prácticas de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio se reconozcan los derechos de titularidad conjunta de ambas cabezas de familia —hombre y mujer— como un componente explícito del proceso de restitución, y que en dichos programas, políticas y prácticas se incorpore una perspectiva de género. 4.3. Los Estados velarán porque en los programas, las políticas y las prácticas de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, las mujeres y las niñas no resulten desfavorecidas. Los Estados deben adoptar medidas positivas para garantizar la igualdad de género a este respecto.

y desplazados información completa, objetiva, actualizada y exacta, en particular sobre las cuestiones relativas a la seguridad física, material y jurídica en sus países o lugares de origen. Los Estados permitirán el regreso voluntario de los refugiados y desplazados a sus anteriores hogares, tierras o lugares de residencia habitual si así lo desearan. Este derecho no puede restringirse con ocasión de la sucesión de Estados ni someterse a limitaciones temporales arbitrarias o ilegales. Los refugiados y desplazados no serán obligados ni coaccionados de ningún otro modo, ya sea de forma directa o indirecta, a regresar a sus anteriores hogares, tierras o lugares de residencia habitual. Los refugiados y desplazados deben tener acceso de forma efectiva, si así lo desearan, a soluciones duraderas al desplazamiento distintas del regreso, sin perjuicio de su derecho a la restitución de sus viviendas, tierras y patrimonio. Cuando sea menester, los Estados deben solicitar a otros Estados o a organizaciones internacionales la asistencia técnica o financiera necesaria para facilitar el regreso voluntario efectivo, en condiciones de seguridad y dignidad, de los refugiados y desplazados.

El principio 11 establece que los Estados deberán compatibilizar sus procedimientos e instituciones de restitución de tierras y viviendas con el derecho internacional humanitario y demás convenios internacionales sobre derechos humanos.

El principio 12 establece la obligación estatal de prever un procedimiento y mecanismos de restitución de una manera equitativa, oportuna, independiente, transparente y no discriminatoria, y que con apoyo del Estado, se permita evaluar y dar curso a las reclamaciones relativas a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio.

Los Estados deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales apropiadas para apoyar y facilitar el proceso de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio; deben proporcionar a todos los organismos competentes los recursos financieros, humanos y de otra índole necesarios para que realicen plenamente su labor de forma justa y oportuna; los Estados deben establecer directrices para garantizar la eficacia de todos los procedimientos, las instituciones y los mecanismos pertinentes de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, en particular directrices relativas a la organización institucional, la capacitación del personal y la tramitación de los casos pendientes, los procedimientos de investigación y tramitación de denuncias, y la verificación

de la titularidad de los bienes o de otros derechos de propiedad, así como de los mecanismos de adopción, ejecución y apelación de decisiones. Los Estados pueden incluir en estos procesos mecanismos alternativos u oficiosos de solución de conflictos, siempre y cuando la actuación de estos se ajuste a las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas, incluido el derecho a la protección contra la discriminación.

En caso de quebrantamiento general del Estado de derecho, o cuando no puedan poner en marcha los procedimientos, las instituciones y los mecanismos necesarios para facilitar el proceso de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio de forma justa y oportuna, los Estados deben solicitar la asistencia y la cooperación técnicas de los organismos internacionales competentes, con miras a establecer regímenes provisionales que proporcionen a los refugiados y desplazados los procedimientos, las instituciones y los mecanismos necesarios, con el fin de garantizar los recursos eficaces para realizar su derecho de restitución.

El principio 13 de la declaración contiene una serie de buenas prácticas frente a los trámites de reclamación de restitución de las personas desplazadas o refugiadas. Detalla el procedimiento mínimo exigido al Estado, y por tanto, a continuación se transcribe en sus apartes más importantes:

13.1. Toda persona a quien se haya privado arbitraria o ilegalmente de su vivienda, sus tierras o su patrimonio debe tener la posibilidad de presentar una reclamación de restitución o de indemnización ante un órgano independiente e imparcial, que debe pronunciarse acerca de la reclamación y notificar su resolución al reclamante. Los Estados no deben establecer condiciones previas para la presentación de una reclamación de restitución.

13.2. Los Estados deben velar porque todos los aspectos de los procedimientos de reclamación de restitución, incluidos los trámites de apelación, sean justos, oportunos, accesibles y gratuitos, y que en ellos se tengan en cuenta las cuestiones de edad y de género. Los Estados deben adoptar medidas positivas para garantizar que las mujeres puedan participar en condiciones de plena igualdad en estos procedimientos.

[...]

13.4. Los Estados deben garantizar que todos los refugiados y desplazados, cualquiera sea el lugar en que residan durante el período de desplazamiento, puedan acceder a los procedimientos de reclamación de la restitución, ya sea en los países de origen, en

los países de asilo o en los países a los que hayan huido. Los Estados deben garantizar que todas las personas afectadas tengan conocimiento de los procedimientos de reclamación de la restitución y que la información sobre dichos procedimientos se ponga fácilmente a su disposición, ya sea en los países de origen, en los países de asilo o en los países a los que hayan huido.

13.5. Los Estados deben procurar establecer centros y oficinas de tramitación de las reclamaciones de restitución en todas las zonas afectadas en que residen personas con derecho a presentar esas reclamaciones. Para facilitar al máximo el acceso a los procedimientos de reclamación, las personas afectadas deben tener la posibilidad de presentar sus reclamaciones por correo, por medio de un representante legal o en persona. Los Estados también deben considerar la posibilidad de establecer unidades móviles para garantizar que todos los reclamantes potenciales puedan acceder a los procedimientos de reclamación.

13.6. Los Estados deben velar por que los usuarios de las viviendas, las tierras o el patrimonio, incluidos los arrendatarios, tengan derecho a participar en los procedimientos de reclamación de la restitución, incluso mediante la presentación de reclamaciones conjuntas.

[...]

13.11. Los Estados deben garantizar la prestación de una asistencia jurídica adecuada y, de ser posible, gratuita a quienes deseen presentar una reclamación de restitución. Esta asistencia jurídica, cuya prestación podrá correr a cargo de instituciones gubernamentales o no gubernamentales (nacionales o internacionales), deberá estar exenta de discriminación y satisfacer normas adecuadas de calidad, equidad e imparcialidad, a fin de que los procedimientos de reclamación no se vean menoscabados.

13.12. *Los Estados deben velar por que nadie sea procesado o castigado por presentar una reclamación de restitución.* (Cursivas añadidas)

Los Estados y los demás actores nacionales e internacionales interesados deben garantizar, en particular, que las mujeres, las poblaciones indígenas, las minorías raciales y étnicas, las personas de edad, los discapacitados y los niños estén adecuadamente representados e incluidos en los procesos de adopción de decisiones sobre la restitución, así como que dispongan de la información y los medios necesarios para participar en ellos de forma efectiva. Se debe prestar especial atención a las necesidades de las personas vulnerables, como las personas de edad, las mujeres solteras que sean cabeza de familia, los niños separados o no acompañados y las personas con discapacidad.

El principio 15 establece una importante obligación a cargo de los Estados: el deber “de establecer o restablecer sistemas catastrales nacionales con fines múltiples u otros sistemas apropiados para el registro de los derechos sobre las viviendas, las tierras y el patrimonio como componente integrante de cualquier programa de restitución, respetando los derechos de los refugiados y desplazados”; los Estados deben velar porque toda declaración judicial, cuasi judicial, administrativa o consuetudinaria relativa a la propiedad legítima de las viviendas, las tierras o el patrimonio, o a los derechos correspondientes, vaya acompañada de medidas encaminadas a hacer efectivos el registro o la delimitación de dichos bienes, como requisito para garantizar la seguridad jurídica de la tenencia. Estas medidas se ajustarán a las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas, incluido el derecho a la protección contra la discriminación.

Los Estados y las demás autoridades o instituciones responsables deben velar porque los sistemas de registro existentes no se destruyan durante los conflictos o los periodos posteriores a ellos. Entre las medidas para prevenir la destrucción de los registros de las viviendas, las tierras y el patrimonio cabría incluir su protección *in situ* o, si fuera necesario, su traslado temporal a un lugar seguro, o el establecimiento de un dispositivo de custodia adecuado. En caso de traslado, los registros se deben restituir a su lugar de origen lo antes posible tras el fin de las hostilidades.

Los Estados y las demás autoridades responsables también pueden considerar la posibilidad de establecer procedimientos para copiar los registros (por ejemplo, en formato digital), trasladar los originales a un lugar seguro y acreditar la autenticidad de las copias. El conjunto de principios prevé que en casos de desplazamiento masivo en que existan pocas pruebas documentales de la titularidad o de los derechos de propiedad, los Estados pueden adoptar la presunción de pleno derecho de que las personas que huyeron de sus hogares durante un determinado periodo marcado por la violencia o el desastre lo hicieron por motivos relacionados con la violencia o el desastre, y que, por tanto, tienen derecho a la restitución de sus viviendas, sus tierras y su patrimonio.

En dichos casos, las propias autoridades administrativas y judiciales pueden encargarse de determinar los hechos relacionados con las reclamaciones de

restitución que no vayan acompañadas de la documentación necesaria; además, los Estados no podrán considerar válida ninguna transacción de viviendas, tierras o patrimonio, incluida cualquier transferencia que se haya efectuado bajo presión o bajo cualquier otro tipo de coacción o fuerza directa o indirecta, o en la que se hayan respetado las normas internacionales de derechos humanos.

El principio 16 compila los derechos de las personas arrendatarias y no propietarios frente a los derechos ilegal o arbitrariamente arrebatados, y exige que los Estados velen para que en los programas de restitución se reconozcan los derechos de los arrendatarios, de los titulares de derechos de ocupación social y de otros ocupantes o usuarios legítimos de las viviendas, las tierras o el patrimonio. Los Estados se deben comprometer, en la mayor medida posible, a que estas personas puedan regresar y recuperar y utilizar sus hogares, tierras y patrimonio en condiciones similares a las de los titulares de derechos de propiedad oficiales.

El conjunto de principios también se ocupa de los “meros tenedores” u “ocupantes secundarios”, y garantiza que en el caso de quienes hayan vendido las viviendas, las tierras o el patrimonio a terceros que las hayan adquirido de buena fe, los Estados pueden considerar la posibilidad de establecer mecanismos para indemnizar a los compradores que hayan resultado perjudicados. No obstante, *cabe sostener que la gravedad del desplazamiento que originó el abandono de los bienes puede entrañar una notificación implícita de la ilegalidad de su adquisición*, lo cual excluye en tal caso la formación de derechos de buena fe sobre la propiedad. Es decir, la declaración les está diciendo a los compradores que en casos de desplazamientos forzados masivos no cabe alegar la buena fe, ya que lo generalizado de casos como estos implica el conocimiento de la violación a los derechos de las personas refugiadas.

El principio 20 exige que los Estados deban designar organismos públicos encargados específicamente de ejecutar las decisiones y las sentencias relativas a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, así como garantizar, mediante disposiciones legales y otros instrumentos apropiados, que las autoridades locales y nacionales estén jurídicamente obligadas a respetar, aplicar y hacer cumplir las decisiones y las sentencias dictadas por órganos competentes en relación con la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio.

Todos los refugiados y desplazados tienen derecho a una indemnización plena y efectiva como componente integrante del proceso de restitución. La indemnización puede ser monetaria o en especie. Para cumplir el principio de la justicia restitutiva, los Estados velarán porque el recurso de indemnización solo se utilice cuando el de restitución resulte de hecho imposible, cuando la parte perjudicada acepte la indemnización en lugar de la restitución con conocimiento de causa y de forma voluntaria, o cuando en las condiciones de un acuerdo de paz negociado se prevea una combinación de restitución e indemnización.

Los Estados deben velar para que, como norma, la restitución solo se considere de hecho imposible en circunstancias excepcionales, concretamente cuando las viviendas, las tierras o el patrimonio hayan sido destruidos o ya no existan, según determine un tribunal independiente imparcial. Incluso en esas circunstancias, el titular de los derechos sobre la vivienda, las tierras o el patrimonio debe tener la opción de reparar o reconstruir dichos bienes cuando sea posible. En algunas situaciones, una combinación de indemnización y restitución puede ser el medio más apropiado de aplicar la justicia restitutiva y ofrecer recurso.

El conjunto de principios finaliza al declarar la máxima de interpretación pro persona, según la cual, ninguna cláusula del documento debe interpretarse para restringir normas con estándares de protección más amplio, ya que no deben interpretarse de forma que limiten, alteren o menoscaben de algún otro modo los derechos reconocidos en las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas, o los derechos reconocidos en las legislaciones nacionales que sean compatibles con dichas normas.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

A diferencia del documento anterior, que no es formalmente un tratado internacional —además, por resultar de especial relevancia para nuestro país—, resulta necesario señalar las obligaciones internacionales contenidas en la parte II del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales de 1989, que versa sobre la política de tierras.

En este apartado del tratado se dice que al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios. En el caso de la definición de *tierra* utilizada por el convenio, debe aclararse que se hace referencia a los “territorios”; es decir, cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Según el artículo 14 del Convenio, el Estado deberá reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia; los gobiernos deberán garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión; y deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Sin duda, el artículo que más aporta a la concreción del marco jurídico de las personas que son parte de comunidades indígenas es el 16, el cual establece la prohibición para el Estado de trasladar a los pueblos de las tierras que ocupan, y en caso de que excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación; cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie,

deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Así, tal como lo prevén los principios de Pinheiro, la Convención otorga un lugar prioritario al derecho al retorno y a la restitución del territorio o propiedad perdida, pero ante la imposibilidad o falta de voluntad de regreso, es posible, solo de manera subsidiaria, la restitución a un territorio alternativo, o la indemnización en lugar de la restitución.

Conclusiones

De lo hasta aquí mencionado se imponen varias conclusiones: i. en los documentos de derecho “duro” no son expresas e inequívocas las obligaciones en cabeza de los Estados a favor de las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos, referidas a los temas de verdad colectiva, reparación simbólica y protección a la propiedad o posesión de las personas desplazadas o desarraigadas en virtud de un conflicto armado. ii. Por ello, las autoridades encargadas de interpretar y aplicar las normas del derecho convencional han compilado normas de derecho blando, como informe de expertos, relatores, fallos de instancias judiciales o cuasi judiciales; a partir de ellas, la Asamblea General de las Naciones Unidas o la Comisión de Derechos Humanos han compilado las obligaciones explícitas en estos temas. iii. Así, al momento de determinar la normativa internacional aplicable, es necesario recurrir a estas compilaciones autorizadas, que, como se vio, no crean nuevas obligaciones, simplemente explicitan y condensan desarrollos jurisprudenciales.