

LÍNEA INDIVIDUAL DE PENSAMIENTO JURISDICCIONAL

DERECHO CIVIL-RESTITUCIÓN DE TIERRAS

LÍNEA DE PENSAMIENTO DEL JUEZ:
JORGE ELIECER MOYA VARGAS

ELABORADO POR:
DANIELA ALBÁN DOMÍNGUEZ
GABRIELA MORALES.

Proyecto:



**Auditoria Social a los
Sistemas de Justicia**

Patrocinado por:



Unión Europea

Iniciativa impulsada por:



**Comisión Andina
de Juristas**

Socios participantes:



Bolivia



Chile



Colombia



Ecuador

Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional. Sistematización y análisis de sentencias del juez Jorge Eliecer Moya Vargas

© Fortalecimiento del acceso igualitario a una justicia independiente y transparente en la Región Andina: auditoría social y transparencia

© Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA)

© Daniela Albán Domínguez / Gabriela Morales Orozco

© Estudiantes de Derecho voluntarios/as del proyecto ASSJ

Todos los derechos reservados.

Puede citarse parcial o totalmente citando la fuente.

Edición para Colombia, Bogotá, D.C. junio de 2015.

Colección

Auditoría social a los sistemas de justicia

Serie

Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional

Coordinación editorial

Daniela Albán Domínguez

ISBN: 978-958-8341-63-7

Edición, diseño, diagramación y corrección de estilo

Alexander García

Impresión en Colombia

Digiprint Editores E.U.

Calle 63Bis No. 70-49

Tel.: (57-1) 251-7060

© Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA)

Calle 38 No. 16-45

Teléfono: (57-1) 288-4772

Fax: (57-1) 288-4854

www.ilsa.org.co

Correo electrónico: ilsa@ilsa.org.co

© Comisión Andina de Juristas (CAJ)

Los Sauces 285, Lima 27

Teléfono: (51-1) 440-7907

Fax: (51-1) 202-7199

www.cajpe.org.pe

Correo electrónico: postmast@cajpe.org.pe

«Este documento se ha realizado con la ayuda financiera de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva de las organizaciones socias del Proyecto: Comisión Andina de Juristas (CAJ), Fundación CONSTRUIR, Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES), Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA) y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. De ningún modo debe considerarse que refleja la posición de la Unión Europea».

Bogotá, D.C. junio de 2015

Índice

LÍNEA DE PENSAMIENTO DEL MAGISTRADO DE LA SALA CIVIL ESPECIALIZADA EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. JORGE ELIECER MOYA VARGAS

PRESENTACIÓN	IV
1. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LAS LÍNEAS DE PENSAMIENTO JURISDICCIONAL INDIVIDUAL	6
2. ELABORACIÓN PROPIA	6
3. METODOLOGÍA DE ELABORACIÓN DE LAS LÍNEAS INDIVIDUALES DE PENSAMIENTO JURISDICCIONAL:	8
Primer nivel o dimensión: Aplicación normativa	8
Segundo nivel o dimensión: Interpretación del juez o jueza.	9
Tercer nivel o dimensión: Argumentación del Juez o la jueza.	9
Apreciación del contenido material de la sentencia	10
ENFOQUE TRANSVERSAL	11
MARCO TEÓRICO DEL ENFOQUE TRANSVERSAL DE DERECHOS EN PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS	13
Elementos del enfoque de derechos humanos en los procesos de restitución de tierras	14
1. Bloque de Constitucionalidad – marco del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario	14
2. Derecho de las Víctimas a la Reparación Integral	15
3. Desplazamientos internos	15
4. Restitución de Viviendas , Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas.	16
Elementos del enfoque de género en los procesos de restitución de tierras	17
LÍNEA DE PENSAMIENTO INDIVIDUAL DEL MAGISTRADO	18
ITEMS	19
RESULTADOS ANÁLISIS	19
CONJUNTO	19
NIVELES DE DIMENSIÓN O ANÁLISIS	19
PRIMER NIVEL O DIMENSIÓN: APLICACIÓN NORMATIVA	19
SEGUNDO NIVEL O DIMENSIÓN: INTERPRETACIÓN DEL JUEZ/A	20
TERCER NIVEL O DIMENSIÓN: ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ/A	21
CONTENIDO MATERIAL DE LA SENTENCIA	22
ENFOQUE DE DERECHOS	23
CONCLUSIONES	24
BIBLIOGRAFÍA	27

LÍNEA DE PENSAMIENTO DEL MAGISTRADO DE LA SALA CIVIL ESPECIALIZADA EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

JORGE ELIECER MOYA VARGAS

PRESENTACIÓN

La iniciativa “Auditoria Social al Sistema de Justicia” (ASSJ), es un proceso regional que la Comisión Andina de Juristas (CAJ) viene implementado en el Perú y proyectado a otros países de la Región Andina desde el año 2005. Su finalidad es contribuir a optimizar el servicio de justicia a través de mecanismos de participación ciudadana que promuevan la transparencia y el acceso a la información pública judicial, desde una lógica constructiva y propositiva.

Desde el año 2007, en colaboración con las principales universidades en ocho distritos judiciales peruanos, el Proyecto permitió que las y los estudiantes de Derecho, participaran en un programa de voluntariado, que logró demostrar la posibilidad de implementar prácticas destinadas a promover la predictibilidad en las decisiones jurisdiccionales, por medio de su publicación vía Internet, las que fueron entregadas de manera voluntaria e individual por los jueces y juezas de los diversos niveles funcionales del Órgano Judicial.

Esta iniciativa ha recibido dos premios nacionales en Perú (Buenas Prácticas Gubernamentales 2007 y Creatividad Empresarial 2007) y el reconocimiento internacional de la National Endowment for Democracy, como mejor proyecto para América Latina y el Caribe 2006, y el Top 20 “Buenas Prácticas de Jóvenes de Bolivia, Honduras, Nicaragua y Perú”, otorgado por el Banco Mundial (2008). Estos premios han reconocido su carácter innovador, pero especialmente el logro o impacto de jueces, juezas y estudiantes que se han vinculado a la iniciativa y que han demostrado que es posible construir un sistema de justicia.

Los componentes centrales de la iniciativa son 3:

1. *Los Comités de estudiantes (en adelante, Los Comités): Integrados por personas jóvenes estudiantes universitarios del distrito judicial donde se implementa la iniciativa, quienes voluntariamente y apoyados por sus universidades, asumen el compromiso de realizar una acción orgánica de apoyo al fortalecimiento a la justicia y su independencia, a partir de una participación colaborativa con jueces y juezas y autoridades judiciales. La estructura y metodologías de trabajo son variadas según cada país, pero en todos los casos estamos ante estudiantes que buscan asumir la responsabilidad social que los asiste.*
2. *Las juezas y los jueces transparentes: Reciben esta denominación las juezas y jueces que aceptan la invitación de los Comités a transparentar su actividad, con la finalidad de demostrar que tienen una actitud diferente al imaginario colectivo de las personas. Esta labor se realiza a través de los denominados "Cuadernos personales de Decisiones Jurisdiccionales", que son una sistematización de sus sentencias en base a descriptores contruidos específicamente para la materia, y publicación en internet en una base de datos especial, que permite la recuperación amigable de la información.*
3. *Las líneas individuales de pensamiento jurisdiccional.- Construidas a partir de los Cuadernos personales de Decisiones Jurisdiccionales, son investigaciones orientadas a lograr la predictibilidad de la Justicia.*

Actualmente, gracias a la Unión Europea (Contrato EIDHR/2012/297-064), se ha logrado un nuevo financiamiento para dar sostenibilidad y proyectar sus actividades, tanto en el Perú como en cuatro países de la región: Bolivia, Ecuador, Colombia y Chile, bajo la denominación: "*Fortalecimiento del acceso igualitario a una justicia independiente y transparente en la región andina: auditoría social y transparencia*".

El apoyo de la Unión Europea ha permitido al proyecto, brindar una nueva dimensión a la iniciativa ASSJ. A nivel práctico, ha consolidado la experiencia en algunos países y la ha trasladado a otros. A nivel conceptual, le ha dado una nueva finalidad a una iniciativa que asienta su valor en el fomento de la transparencia de la justicia y la independencia judicial. Con el Proyecto, hoy buscamos demostrar que con mayor transparencia e independencia judicial es posible mejorar el acceso a la justicia, especialmente en favor de las personas que pertenecen a grupos con derechos específicos o se encuentran en situación de vulnerabilidad.

1. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LAS LÍNEAS DE PENSAMIENTO JURISDICCIONAL INDIVIDUAL

Las Líneas de Pensamiento Jurisdiccional Individual, forman parte del proceso de auditoría judicial a los sistemas de justicia y tienen un doble valor. En cuanto al propio proceso, garantizan el circuito de la auditoría (ver cuadro). El proceso de auditoría se inicia con la conformación de los Comités; continúa con el acercamiento a las juezas y los jueces para invitarlos a participar del proceso brindando voluntariamente sus sentencias; luego de lo cual se construyen los cuadernos personales de decisiones jurisdiccionales; y, finalmente, se recrean con las Líneas de Pensamiento el razonamiento judicial de cada juez o jueza, individualmente.

ELEMENTOS DE LA AUDITORÍA SOCIAL	ELEMENTOS APLICADOS A LA AUDITORÍA JUDICIAL
Participación	Conformación de Comités de estudiantes
Acceso a la Información	Acceso a sentencias entregadas voluntariamente por jueces o juezas
Transparencia	Elaboración de Cuadernos Personales de Decisiones
Rendición de cuentas	Construcción de las Líneas de Pensamiento

2. ELABORACIÓN PROPIA

Desde nuestra perspectiva, rendir cuentas es una acción natural en el ejercicio del poder público, sin embargo, en la iniciativa ASSJ nos interesa relevar el aspecto simbólico de este concepto pues, independientemente de sus implicaciones jurídicas, rendir cuentas es una actitud diferente de ejercer el poder público. Rendir cuentas implica la voluntad de no limitarse únicamente a brindar información (como hacen los jueces y juezas transparentes), sino que supone tener la capacidad de explicar cada acto o decisión realizado en el marco de una función pública.

En efecto, en el marco de esta iniciativa los Comités de Estudiantes han recopilado y sistematizado un conjunto de sentencias seleccionadas por las juezas y los jueces civiles, penales, laborales, constitucionales, de familia; de diferentes países y sedes o distritos judiciales. Con esas sentencias, una vez organizadas, se están elaborando los *Cuadernos Personales de Decisiones*, que estarán a disposición de todas y todos en Internet. Sin embargo, la pregunta que debería surgir es: *¿Están preparados las personas que acuden a nuestros sistemas de justicia para determinar cómo un juez o jueza ha ejercido su función pública en el periodo en que fueron emitidas esas sentencias?*

La respuesta será seguramente negativa salvo que pensemos directamente en las abogadas y los abogados litigantes. Empero, las características de nuestros sistemas jurídicos y la cultura jurídica de nuestros países genera que muy pocas veces las abogadas y los abogados recurran a sentencias judiciales, menos aún del propio juez o jueza, para fundamentar sus alegatos y escritos. Y aún en el caso de que realizara esta labor, *¿qué posibilidades existen de que esa evaluación se haga pública y sirva a toda la sociedad?* La abogada o el abogado litigante, normalmente, utilizarán su esfuerzo para su actividad profesional o académica.

El segundo valor fundamental reside en la dimensión académica/formativa que tiene el proceso de elaboración de las Líneas de Pensamiento para los Comités de Estudiantes, con el liderazgo de sus profesoras y profesores asesores. Como se ha señalado en otros documentos de la CAJ, "Líneas individuales de Pensamiento Jurisdiccional", estos textos son un esfuerzo colectivo por recrear los criterios judiciales aplicados por un juez en sus diferentes sentencias, abriendo nuevo espacio de conocimiento y análisis de su actividad para otros actores judiciales. El otro objetivo del análisis es "[...] rescatar el pensamiento jurisdiccional de cada juez y subrayarlo para que el propio juez u otros, recojan ese pensamiento como un referente de juicio para el futuro" (CAJ 2009:8-9).

3. METODOLOGÍA DE ELABORACIÓN DE LAS LÍNEAS INDIVIDUALES DE PENSAMIENTO JURISDICCIONAL:

Establecidos los fundamentos y objetivos de las Líneas de Pensamiento, el primer elemento metodológico que planteamos para la elaboración de las mismas son los niveles o dimensiones de análisis o, lo que en términos de metodologías de investigación se conoce como escalas de observación.

Desde el equipo del proyecto se han identificado 4 niveles o dimensiones de análisis del proceso de creación de las Líneas de Pensamiento. Estos niveles han sido planteados a partir de los anteriormente mencionados, pero especialmente para garantizar una adecuada reconstrucción de pensamiento del juez o jueza en el conjunto de sentencias entregadas.

Primer nivel o dimensión: Aplicación normativa

En esta escala se determinará si el juez o la jueza aplicaron correctamente el Derecho. Es decir, por ejemplo se propone analizar si el juez o la jueza:

- Respetan el sistema de fuentes del derecho;
- Respetan el principio de jerarquía normativa;
- Respeto a la supremacía constitucional;
- Aplican tratados de derechos humanos y/o el test de convencionalidad;
- La aplicación de la norma especial sobre la norma general; etc.

Se trata pues de identificar aquellos aspectos relevantes de la acción jurisdiccional del juez o jueza que corresponden a una acción exegética frente al Derecho, donde al menos la jueza o el juez ha aplicado el sistema normativo vigente y los principios esenciales del mismo. Por supuesto, este nivel de análisis es todavía insuficiente para describir integralmente la labor jurisdiccional del juez o jueza

Segundo nivel o dimensión: Interpretación del juez o jueza.

Interpretar es determinar el verdadero sentido de algo. En ese sentido, como lo ha indicado MESSINEO, citado por VICENTE ARCHE, la interpretación jurídica: “[...] es la búsqueda y la penetración del sentido y alcance efectivo de la norma [...], para medir su extensión precisa y la posibilidad de aplicación a las relaciones sociales que han de ser reguladas” (VICENTE-ARCHE:1964:19). A lo que podríamos agregar que el esfuerzo de interpretación que realiza el juez o jueza también implica una valoración de los hechos, a partir de las pruebas aportadas por las partes en un proceso.

En ese sentido, en el caso de esta dimensión de análisis se espera que pueda determinarse al menos cómo la jueza o el juez:

- Interpreta los hechos del caso;
- Relaciona el ámbito normativo (realidad donde se aplican las normas) con la interpretación del juez o jueza;
- La interpretación que realiza de una figura jurídica (por ejemplo, un tipo penal) y cuál es su posicionamiento frente al tema; y
- La influencia o impacto de cada uno de estos elementos influye en su decisión final.

Tercer nivel o dimensión: Argumentación del Juez o la jueza.

Si bien reconocemos las diferencias entre interpretación y argumentación judicial podrían ser explicadas de manera más profunda, quisiéramos utilizar esta corta reflexión para aclarar la finalidad de este tercer nivel de análisis: Si interpretar “es dotar de significado a un determinado enunciado”, argumentar es el esfuerzo lógico de elaborar y transmitir las razones que sostienen la interpretación de ese enunciado.

Este esfuerzo es parte de la actividad judicial. “En las sociedades democráticas los ciudadanos no sólo demandan que sus poderes públicos estén sujetos a la Constitución y las leyes, sino que los funcionarios sepan razonar y argumentar las decisiones que afectan sus vidas” (SAUHI 2012). Es más,

desde un punto de vista de la persona, la argumentación es una garantía que integra el debido proceso (derecho a una decisión judicial motivada).

Para desarrollar esta actividad de análisis, se examinaron los siguientes elementos:

- La lógica de los enunciados de argumentación utilizados en la decisión (silogismo judicial);
- Los tipos de argumentos más recurrentes utilizados por el juez o jueza (deductivos, inductivos, abductivos);
- El uso de la dialéctica y retórica por parte del juez;
- Nivel de “socialidad” de sus decisiones. Es decir, si las sentencias colaboran a acercar el derecho a la sociedad y más; entre otros.

Apreciación del contenido material de la sentencia

Una parte importante del análisis es la reconstrucción del tratamiento que un juez o jueza brinda al contenido material de su sentencia (penal, laboral, civil, constitucional o familia). En ese sentido, planteamos los aspectos que se tomaron en cuenta para evaluar el contenido material de la sentencia:

- Identifica la Litis del caso y los relaciona apropiadamente con la materia;
- Para establecer esa relación se sirve de los elementos característicos de la(s) figura(s) jurídica(s);
- Utiliza un marco teórico o teorías vigentes en relación a las diferentes figuras jurídicas (delitos, faltas, actos jurídicos, etc.) que se vinculan al proceso;
- Utiliza jurisprudencia obligatoria de órganos superiores para fundamentar sus argumentos jurídicos sobre una figura jurídica; o,
- En la(s) sentencias(s) se mantiene su posición teóricas que ha utilizado en otros casos.
- Se realiza un aporte significativo al desarrollo de una figura jurídica o concepto.
- Innova en relación a la comprensión de una figura jurídica frente a otras personas, jueces o juezas

ENFOQUE TRANSVERSAL

Como hemos comentado, en esta nueva etapa de la iniciativa ASSJ, nos hemos planteado fortalecer el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Esto nos orienta necesariamente a manejar tres enfoques transversales que son esenciales para el análisis.

- *Enfoque de derechos*
- *Enfoque de género*
- *Enfoque de interculturalidad*

Sin embargo, en atención al propósito previamente esbozado de la presente línea de pensamiento jurisdiccional, sus fines didácticos y de acercamiento de la ciudadanía a los criterios jurisdiccionales, consideramos pertinente adoptar sólo uno de estos enfoques; a saber el enfoque de derechos cuyas aristas pasarán a delimitarse con precisión en el marco teórico, sin embargo los ejes transversales de mismo son los siguientes:

- La persona es el centro de la decisión judicial y la protección de los derechos de las partes es una preocupación capital de la acción judicial de la jueza o el juez;
- Se respeta el principio de igualdad y no discriminación; tanto en su dimensión individual como colectiva;
- Se identifican acciones u omisiones frente a las obligaciones internacionales generales y específicas asumidas por el Estado, y/o se usan estándares internacionales provenientes del soft law del Derecho Internacional de los derechos Humanos, así como de sus dimensiones (accesibilidad, disponibilidad, calidad, adaptabilidad);
- Se respeta o cautela el principio de progresividad y no regresividad en la protección de los derechos; y
- Se hace un control de la convencionalidad de los actos públicos.

Reseña del magistrado Jorge Eliécer Moya Vargas

La jurisdicción del Magistrado Jorge Eliécer Moya Vargas es la especial de Restitución de Tierras en el Tribunal Superior de Bogotá. Esta jurisdicción es creada a partir de la ley 1448 de 2011, denominada también ley de víctimas, a través de la cual se busca reparar y restablecer los derechos de aquellas personas que han sido víctimas de delitos contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el conflicto armado interno. En lo jurisdiccional esta ley da competencia a los jueces y magistrados especiales en restitución de tierras en casos en que las víctimas se vieron obligadas a abandonar su predio o fueron desalojados por grupos al margen de la ley.



Las primeras sentencias se emitieron en 2013 y muchas de ellas han ordenado como medida de restitución, la restitución de predios a sus legítimos dueños, quienes en ocasión del conflicto armado interno tuvieron que abandonarlos o fueron despojados de forma violenta. En el ejercicio jurisdiccional, los jueces y magistrados son objeto de amenazas y sus vidas corren riesgo. Los grupos ilegales que invadieron las tierras objeto de litigio han impedido el retorno de las víctimas y han buscado amedrantar la labor jurisdiccional para que no se les reconozca a los solicitantes en estos procesos, derecho a la restitución. En el 2013, tres jueces especializados en Buga recibieron un panfleto con insultos y amenazas contra sus vidas (Rincón, 2013).

Por razones como la anterior no se revelarán los datos personales del magistrado Jorge Eliécer Moya Vargas, no sólo porque su esquema de seguridad tiene prohibido darlos a conocer, sino porque el objeto de la línea de pensamiento jurisdiccional es evidenciar el ejercicio y saber jurisdiccional en estos casos que requieren de un mayo contenido constitucional y de contexto para poder fallar y reparar a las víctimas del conflicto armado en Colombia, y no es del interés de este trabajo exponer la vida de los funcionarios judiciales que se dedican a esta labor de tanta importancia para el país de cara a las negociaciones que se llevan a cabo en la Habana.

MARCO TEÓRICO DEL ENFOQUE TRANSVERSAL DE DERECHOS EN PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS

El marco normativo que se aplica a este tipo de procesos es especial, con una aplicación más estricta del bloque de constitucionalidad y de los derechos humanos, debido a que se trata de víctimas, que han experimentado el fenómeno denominado “desplazamiento forzado masivo”, en el contexto del conflicto armado colombiano. Su aplicación se hace de forma transicional, buscando restaurar el derecho de las víctimas, para que puedan retornar y recuperar los derechos de propiedad sobre sus predios, ya que muchos abandonaron sus hogares huyendo de la violencia o fueron obligados de forma ilegal a hacerlo.

La restitución es uno de los pasos para la reparación de las víctimas en el conflicto, además hay otros momentos como la indemnización, la rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición, en las que se busca una reparación de manera integral. Para efectos de este ejercicio, y del análisis de las sentencias del magistrado Jorge Eliecer Moya, se hará énfasis en el marco normativo de restitución, y su perspectiva desde el bloque de constitucionalidad, el enfoque de derechos humanos y el enfoque de género. Aunque el enfoque intercultural es importante al analizar casos en las que comunidades indígenas o tribales fueron víctimas, no se va a tomar en cuenta debido a que en ninguna de las sentencias, las partes requerían del desarrollo de un marco intercultural para llegar a una solución. Es posible que en otros distritos judiciales el último enfoque sea utilizado en el supuesto propuesto, pero en el distrito de Bogotá los casos son escasos.

La ley que contempla los supuestos en los que se va a desarrollar la restitución de tierras en Colombia es la 1448 de 2011, y establece un conjunto de medidas en beneficio de las víctimas, ocasionadas por las infracciones de Derecho Internacional Humanitario, o de violaciones graves y manifiestas de los Derechos Humanos en ocasión del conflicto armado interno, dentro de un marco de justicia transicional que posibilite el efectivo goce de sus derechos a la verdad, justicia y la reparación con garantía de no repetición.

Como marco de las acciones de la ley 1448 de 2011, está el de justicia transicional, que es una institución jurídica “a través de la cual se pretende integrar esfuerzos aplicados por las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos

en materia de derechos humanos, sufridos en conflicto, y que conduce a una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación, y consolidación de la democracia. Situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes” (Sentencia C-052/2012). Por eso el marco de violencia en este tipo de procesos es fundamental, ya que en medio del conflicto armado el control por el territorio ha marcado una dinámica histórica en este país, lo que implica en su ejercicio recurrentes violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Elementos del enfoque de derechos humanos en los procesos de restitución de tierras

1. Bloque de Constitucionalidad – marco del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario

El Bloque de Constitucionalidad es un concepto que denota una jerarquía normativa en donde se incluye como última instancia de aplicación e interpretación de los derechos la Constitución Política y de aquellas normas nacionales e internacionales que por expreso mandato constitucional tienen el mismo rango. En palabras de Germán Bidart Campos: “por Bloque de Constitucionalidad puede entenderse un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental” (Bidart, 2000, p., 264).

El bloque de constitucionalidad se fundamenta en los artículos 9, 93 y 94 de la Constitución Política, e incorpora como rango de interpretación y aplicación constitucional los tratados y convenios internacionales ratificados sobre derechos humanos que no pueden ser suspendidos en los estados de excepción, constituyendo normas de derecho vinculante.

Algunos de los instrumentos internacionales que hacen parte de este bloque de constitucionalidad y que tienen especial relevancia en lo relativo a los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación integral en el marco del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 8), la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (art 23), la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, La Declaración de San

José sobre Refugiados y personas Desplazadas, y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas, entre otros. También tienen especial relevancia la Resolución 60/147 en general los tratados internacionales del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos ratificados en Colombia. (Ver sentencia C 715-2012)

La misma ley 1448 prevé en su normatividad el reconocimiento del bloque de constitucionalidad a través de los artículos 27 y 34 de ésta, en la que se expone el reconocimiento de la prevalencia de los instrumentos de derechos internacional ratificados y el compromiso de respetarlos por hacer parte de este rango máximo de constitucionalidad.

2. Derecho de las Víctimas a la Reparación Integral

En la resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, se encuentran los Principios y directrices básicos sobre el derecho a las víctimas de violencias manifiestas en las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario, a interponer recursos y obtener reparaciones. Este es un esfuerzo de la comunidad internacional para que los Estados tengan lineamientos en materia de derechos de las víctimas a obtener reparación y sentar una posición gubernamental a nivel internacional de aquellos actos que atentan contra la humanidad.

En la jurisdicción mencionada se debe aclarar que las víctimas son aquellas personas que en el marco del conflicto armado interno perdieron sus derechos a la propiedad, posesión u ocupación de predios ya sea por el supuesto de abandono o despojo de actores armados ilegales.

3. Desplazamientos internos

Los principios rectores de los desplazamientos internos, aprobado en 1998 por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, describe los principios del reasentamiento, regreso y reintegración, que implican garantías de restitución a las víctimas de desplazamiento forzado. Señala que las autoridades deben: “establecer las condiciones y proporcionar los medios que permiten el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamientos voluntario en otra parte del país” (Principio 28). La instancia judicial tiene este objetivo, no sólo reconocer el derecho a

la restitución, sino que debe hacer un seguimiento posterior para que efectivamente se estén implementando las acciones para que la víctima pueda retornar al predio que de manera violenta le fue arrebatado, o en su defecto, compensar con otro predio, en el que pueda reasentarse con su familia y seguir su proyecto de vida. (Ver sentencia C-795/2004)

Estos principios se deben leer, con enfoque intercultural como con enfoque de género, ya que debe proscribir cualquier forma de discriminación de las víctimas desplazadas por razones de su raza, sexo, lengua, religión, origen social u otro, e igualmente, cualquier interpretación en el sentido de limitar los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario. Prohíbe también el desplazamiento por motivos étnicos, religiosos, raciales, y la obligación de los estados de proporcionar protección y asistencia humanitaria a las víctimas. Estos principios se incluyeron en el bloque de constitucionalidad a través de las sentencias T 327/2001, T 268/2003 y T 419/2003.

4. Restitución de Viviendas , Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas.

Los principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas son presentados por el Relator Especial, Paulo Sergio Pinheiro el 28 de junio de 2005. Estos principios reflejan las normas internacionales de derechos humanos, derechos de los refugiados y derecho humanitario, y normas aplicables en las diferentes declaraciones y tratados. Éste contempla el derecho que tienen todos los desplazados a que se les restituya sus viviendas, las tierras y el patrimonio de que hayan sido privados ilegalmente, y a que en el caso de que sea imposible la restitución, las víctimas sean indemnizadas. (Informe E/CN.4/Sub.2/2005/17)

Cabe resaltar que aunque existe la posibilidad de indemnización, el mecanismo de reparación preferente es la justicia restitutiva. Igualmente estos principios contemplan el enfoque tanto intercultural como de género de no discriminación, lo que para efectos de las decisiones jurisdiccionales implica proteger en los que los desplazamientos o el desalojo ilegal de las viviendas se haya efectuado en casos de discriminación, y a que el juez no ejerza doble victimización sobre la víctima de desplazamiento, discriminándola en razón de su raza, sexo, lengua o género.

Estos principios hacen parte del bloque de constitucionalidad a través de la sentencia T 821 de 2007.

Elementos del enfoque de género en los procesos de restitución de tierras

La ley 1448 de 2011 establece que en los procesos de restitución de tierras debe haber un enfoque diferencial que proteja los derechos de la mujer. Ésta es usada como herramienta de análisis que obedece a reconocer una realidad al interior del conflicto armado en Colombia. Las mujeres enfrentan patrones sociales de discriminación, exclusión y violencia que son potenciados por los actores armados durante el conflicto. (Auto 092 de 2008).

La violencia hacia las mujeres se ha usado como una estrategia de guerra, en particular la violencia sexual (OXFAM, 2009). El ejercicio de acciones discriminatorias y violentas contra las mujeres, siembran el terror en las comunidades, convirtiéndose en una práctica sistemática y generalizada en el conflicto armado. Los altos índices de impunidad y la re-victimización de la mujer en el acceso a la justicia o instancias administrativas hacen que la comunidad internacional exhorte a los gobiernos para que implemente políticas públicas que protejan a las mujeres y para que el ejercicio de justicia se haga con un enfoque diferenciado de género que busque proteger los derechos de las mujeres¹.

“Las medidas para las mujeres incluyen el establecimiento de prioridades para las mujeres jefas de hogar en los procesos judiciales de restitución de tierras, la reparación administrativa, la protección y la creación de condiciones de seguridad adecuadas” (ABC Colombia, 2013). El enfoque de género busca implementar medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral, en el que poblaciones en condiciones de vulnerabilidad, como lo son las mujeres, puedan tener las herramientas a su alcance para la protección y reparación de sus derechos, y buscar que el Artículo 13 de la Constitución Política, que contempla la igualdad ante la ley, se materialice en la práctica.

1 Ver Violencia sexual se volvió arma de guerra en Colombia (8 de agosto de 2009). Revista Semana.

A continuación se mencionarán las medidas propuestas por Diana Esther Guzmán y Nina Chaparro (Guzmán y Chaparro, 2013) para la restitución de tierras con perspectiva de género:

1. Que exista una titulación conjunta de los predios, ya que generalmente los predios están titulados en nombre del cónyuge o compañero permanente, y muchas veces es él quien hace la solicitud de la restitución de la tierra.
2. Atención, orientación y asesoría a las mujeres con un personal calificado en el tema.
3. La flexibilización de la prueba.
4. Acompañar la restitución de medidas financieras o programas productivos para garantizar que las mujeres estén en capacidad de gozar de sus derechos.
5. Acompañar de otras medidas de reparación, que disminuyan la brecha de discriminación y desigualdad de las mujeres en el conflicto.
6. Medidas comunicativas de difusión sobre el derecho a la restitución de mujeres víctimas del conflicto.

LÍNEA DE PENSAMIENTO INDIVIDUAL DEL MAGISTRADO

En el caso de las sentencias del Magistrado, se estudiaron aquellas en la que él fue ponente, con un total de 6 sentencias cuya extensión es entre 30 páginas a 60 páginas. Las sentencias evaluadas versan sobre el derecho a la restitución de tierras de víctimas de la violencia, quienes no gozan de los derechos de propiedad, posesión u ocupación que tuvieron sobre su predio, ya que tuvieron que abandonarlo huyendo de la violencia o fueron obligados a desalojarlas. De las 6 sentencias en 4 se reconoció el derecho a la restitución de tierras.

La siguiente matriz da razón de los hallazgos realizados por el equipo en el análisis conjunto de las providencias:

ITEMS		RESULTADOS ANÁLISIS CONJUNTO
NIVELES DE DIMENSIÓN O ANÁLISIS		
PRIMER NIVEL O DIMENSIÓN: APLICACIÓN NORMATIVA		
1	Respeto el sistema de fuentes del derecho.	Si, el magistrado hace un análisis de los elementos o presupuestos de la acción de restitución de tierras, interpretándolos a la luz del bloque de constitucionalidad.
2	Respeto el principio de jerarquía normativa.	Si.
3	Respeto la supremacía constitucional.	Si, el magistrado da una interpretación amplia de los principios constitucionales en los casos examinados, en atención al enfoque de derechos. Estos principios constitucionales se entienden en bloque de constitucionalidad.
4	Aplica tratados de derechos humanos y/o el test de convencionalidad.	Los supuestos de hecho son interpretados a la luz de los tratados de derechos humanos y la ley 1448 de 2011, sin embargo en las sentencias estudiadas no se evidencia una aplicación directa, ya que la ley marco del proceso de restitución tiene un contenido muy fuerte de los principios contemplados en los tratados de derechos humanos En las sentencias estudiadas no se evidencia la aplicación del test de convencionalidad.
5	Cumple con aplicación de la norma especial sobre la norma general.	Si, lo que es evidente en el enfoque de género aplicado en algunas de las sentencias del magistrado y en la flexibilidad de la valoración probatoria para reconocer al solicitante como víctima del conflicto.

SEGUNDO NIVEL O DIMENSIÓN: INTERPRETACIÓN DEL JUEZ/A

1	Interpreta los hechos del caso y los relaciona con el derecho aplicable.	Si. El magistrado menciona cuales son los presupuestos en que la acción de restitución de tierras opera, exponiendo la normatividad que así lo dispone, y desarrolla de forma sistemática la solicitud.
2	Relaciona el ámbito normativo (realidad donde se aplica las normas) con la interpretación del juez.	Aunque no es explícito, se puede inferir que la interpretación busca ser garantista tanto con el solicitante que afirma es víctima, como con los opositores que afirman actuar de buena fe, exenta de culpa. A pesar de que la jurisdicción implica una interpretación con enfoque de derechos humanos, el magistrado valora los hechos confusos de forma favorable a la víctima de abandono o despojo.
3	Interpreta una figura jurídica (por ejemplo, un tipo penal) y establece cuál es su posicionamiento frente al tema.	Aunque no es explícita en la mayoría de las sentencias, ya que el juez desarrolla sus argumentos con base en el marco constitucional descrito, cuando hace referencia al enfoque de género si sienta un posicionamiento y valoración del tema, exponiendo de qué forma se debería resolver este tipo de conflictos con perspectiva de género.
4	Su análisis de hechos y derecho influye o impacta en su decisión final.	Si. El ejercicio del magistrado es sistemático, así que se puede hacer fácilmente la relación de los hechos con el presupuesto jurídico.

TERCER NIVEL O DIMENSIÓN: ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ/A		
1	Es posible identificar la lógica de los enunciados de argumentación utilizados en la decisión (silogismo judicial).	Al desarrollar de forma sistemática el fallo, hace que sea posible identificar los silogismos judiciales.
2	Se identifican los tipos de argumentos más recurrentes utilizados por el juez o jueza (deductivos, inductivos, abductivos).	Si es posible. Por un lado son inductivos cuando se hace una valoración sobre las circunstancias de hecho en las que el solicitante puede ser reconocido como víctima de abandono o despojo. Pero cuando se trata de elementos menos flexibles, los argumentos son deductivos. Como ejemplo del segundo supuesto, el magistrado reconoce que un solicitante fue víctima de abandono o despojo, pero que al momento del hecho no era el dueño del predio sino el ocupante, y en Colombia no se le puede adjudicar un bien baldío a una persona que tenga un patrimonio de 1000 salarios mínimos. Como el solicitante tenía un patrimonio superior al momento en que se configuró el hecho y no tenía ningún título o expectativa de propiedad frente al predio, no le fue restituido. (Sentencia 2013-0004).
3	Utiliza la dialéctica más que retórica en su argumentación.	Utiliza la dialéctica de manera predominante poniendo siempre de presente las diversas posiciones de los solicitantes y opositores del proceso de restitución de tierras.
4	Sus decisiones son claras y permiten que la sociedad mejore su comprensión sobre el derecho (socialidad).	Las decisiones son claras y permiten una comprensión del derecho, pero más allá, se puede afirmar que estas sentencias también constituyen una fuente histórica del conflicto armado en Colombia, ya que reconstruyen el contexto histórico de violencia en el que el solicitante afirma los hechos.

CONTENIDO MATERIAL DE LA SENTENCIA		
1	Identifica la Litis del caso y los relaciona apropiadamente con la materia.	Si. El magistrado lo hace de forma sistemática.
2	Para establecer esa relación se sirve de los elementos característicos de la(s) figura(s) jurídica(s).	El magistrado hace una relación entre las dos circunstancias que configuran la violación de los derechos humanos de la víctima, esto es el abandono o el despojo. Ambas tienen requisitos y contenidos específicos, y la relación que establece el magistrado permite comprender las particularidades de cada una.
3	Utiliza un marco teórico o teorías vigentes en relación a las diferentes figuras jurídicas (delitos, faltas, actos jurídicos, etc.) que se vinculan al proceso.	El marco normativo per se es vigente ya que su jurisdicción así lo es. Se destaca la aplicación de la carga dinámica de la prueba, en donde ésta es invertida. También la actividad probatoria se hace de forma ponderada y flexible, estableciendo presunciones de despojo en varios casos.
4	Utiliza jurisprudencia obligatoria de órganos superiores para fundamentar sus argumentos jurídicos sobre una figura jurídica.	Aunque los argumentos estuvieron más fundamentados en los preceptos normativos y el bloque de constitucionalidad, el magistrado en algunas ocasiones utilizó jurisprudencia de la Corte Constitucional para argumentar su decisión. Cuando debía hacer valoraciones sobre la buena fe exenta de culpa el magistrado fundamentó su argumento en una sentencia clásica de la Corte Suprema de Justicia.
5	En la(s) sentencias(s) se mantiene su posición teóricas que ha utilizado en otros casos.	Si.
6	Se realiza un aporte significativo al desarrollo de una figura jurídica o concepto.	Si. En especial el tema de la valoración probatoria flexible y ponderada y el enfoque de género.

7	<p>Innova en relación a la comprensión de una figura jurídica frente a otras personas jueces.</p>	<p>La jurisdicción es muy reciente, así que no es fácil entrar a comparar posturas jurídicas. Basado en un caso resuelto por el Tribunal de Restitución de Tierras de Bogotá en el que el Magistrado Jorge Eliecer Moya no fue ponente, se puede inferir que hay innovación en la comprensión jurídica del proceso, ya que se reconoció una restitución de cuatro familias en el Alto de Tillavá en Puerto Gaitán. Este caso es famoso por el compromiso y seguimiento al proceso posterior de la sentencia, el de retorno, siendo el seguimiento dado por los magistrados del Tribunal, entre ellos el magistrado Jorge Eliecer Moya, fundamental para innovar en las etapas posteriores al proceso.</p>
ENFOQUE DE DERECHOS		
1	<p>La persona es el centro de la decisión judicial y la protección de los derechos de las partes es una preocupación central.</p>	<p>La víctima es el centro de la decisión judicial. El opositor logra tener alguna relevancia si hay evidencia de que también es víctima o actuó con buena fe exenta de culpa.</p>
2	<p>Se identifican acciones u omisiones frente a las obligaciones internacionales generales y específicas asumidas por el Estado.</p>	<p>No, debido a que los procesos de restitución contemplados en las sentencias ya pasaron por una etapa administrativa que fue agotada. Sin embargo hay irregularidades y omisiones por el Estado tanto en la etapa administrativa, como en la etapa posterior de retorno, en la que muchas veces, a pesar de ser reconocidos los solicitantes víctimas en el proceso de restitución, no logran recuperar sus tierras.</p>
3	<p>Se usan estándares internacionales provenientes del <i>soft law</i> del DIDH, así como de sus dimensiones (accesibilidad, disponibilidad, calidad, adaptabilidad).</p>	<p>Si.</p>

4	Se respeta el principio de igualdad y no discriminación; tanto en su dimensión individual como colectiva.	Si. Es un avance progresivo en donde se aplique en las sentencias el enfoque de género de manera explícita, aunque aún hay un largo camino por recorrer en la aplicación del enfoque diferencial de género.
5	Se respeta o cautela el principio de progresividad y no regresividad en la protección de los derechos; y	Si.
6	Se hace un control de la convencionalidad de los actos públicos planteados en el caso.	No.

CONCLUSIONES:

En relación con otras línea de pensamiento jurisdiccional elaboradas para este ejercicio, es evidente la diferencia en el contenido de las sentencias dependiendo de la jurisdicción y la cantidad de trabajo. En principio la Constitución Política es norma de normas, y los jueces están sometidos al imperio de la ley. Bajo estas premisas es evidente que a jerarquía normativa de los jueces es la Constitución y que en sus sentencias deberían reflejar la aplicación del bloque constitucionalidad y la aplicación de la jurisprudencia constitucional para argumentar y decidir sus fallos.

Para efectos de la elaboración de las líneas de pensamiento jurisdiccional, se hizo evidente que los fallos de tutela de un juez penal del circuito no tiene un contenido muy elaborado o profundo, con tendencia a ser formalista con escasos argumentos de orden constitucional. Su extensión supera en el mejor de los casos 10 páginas, y parece que hay una propuesta de modelo de fallo en el que se cambian los datos de las partes y las circunstancias de hecho, y la parte normativa queda intacta. Sin embargo la crítica no puede apuntar sólo al funcionario judicial, más allá de eso hay un problema de orden institucional caracterizado por la congestión de procesos, el cada vez más reducido recurso humano de los despachos judiciales y el insuficiente presupuesto destinado para la rama judicial en Colombia. Una de las juezas

que participó en el proyecto “Fortalecimiento del acceso igualitario a una justicia independiente y transparente en la región andina”, manifestó que por la cantidad de tutelas que recibían, y la urgencia para darle respuesta en el término contemplado en la ley, esto es diez días hábiles, debía fallar cada tutela en el lapso de tiempo de dos o tres horas.

De otro lado, analizamos las sentencias de una jurisdicción que tiene el histórico de tres años decidiendo casos de restitución de tierras a víctimas de desplazamiento forzado en el marco del conflicto armado en Colombia. La aplicación de una ley que busca reparar a este sector de la población en condición de vulnerabilidad por su posición de víctima, en un marco de justicia transicional, implica que su marco normativo y teórico se armonice con las normas nacionales e internacionales de derechos humanos, y su aplicación sea mucho más exigente. Esto no sólo en cuanto al contenido de las sentencias del juez que acabamos de analizar, sino también en la cantidad de sentencias emitidas.

Esta situación evidencia que el contenido y la calidad de las sentencias no va de la mano necesariamente con la cantidad de sentencias falladas, y para la protección y reparación de los derechos humanos no se debería sacrificar en aras de emitir “fallos en masa”, que aparentemente descongestionan la rama judicial pero que tiene efectos negativos sobre los derechos humanos de las personas.

Sobre la línea de pensamiento jurisdiccional del magistrado, se hace énfasis en la aplicación de la perspectiva de género. En la sentencia No. 2012-00087, cuya solicitante es una mujer desplazada de la tercera edad, el juez hace aplicación del enfoque para evitar que su compañero sentimental pueda ser titular del derecho a la restitución del predio que le reconocen a la víctima al final del proceso. El juez “...no coloca a aquél como titular de derechos frente al inmueble, en desmejora y desconocimiento de los derechos de la mujer en este caso, líder y cabeza de hogar. Precisamente, a esta forma de entendimiento de las disposiciones de la ley de víctimas es que se dirige el enfoque diferencial que gobierna su aplicación...” (Pág 27) Además considera el juez que: “esta situación que además se complementa al aplicar al caso concreto el enfoque diferencial, principio rector de la Ley de Víctimas, en virtud de la cual las mujeres hacen parte de un grupo poblacional particular al cual deben ofrecerse por el Estado especiales garantías y medidas de protección por su condición de mayor vulnerabilidad , y por tanto, deben tener un tratamiento preferencial no sólo en las medidas de asistencia

y reparación sino inclusive en el trámite judicial, en el cual se traduce indiscutiblemente no solo una interpretación favorable de las normas sino en la adopción de medidas afirmativas tendientes a garantizar la reparación con vocación transformadora de personas en especial condición de vulnerabilidad” (pág 34).

De los anteriores apartes citados se concluye la importancia que tiene que los jueces, independientemente de la jurisdicción en la que administren justicia, puedan a través del ejercicio judicial, transformar las brechas de desigualdad existentes en la sociedad y reparar las situaciones en las que las mujeres, en el marco de discriminación de género, sufren violaciones a sus derechos humanos y son vulneradas de forma sistemática y generalizada. Éste es un primer paso, pero con capacitación y sensibilización sobre estos temas, se puede conseguir que en el contenido de las sentencias, sea transversal el enfoque de derechos humanos y de género.

BIBLIOGRAFÍA

ABC Colombia (2013) "Colombia: Mujeres, violencia sexual en el conflicto y en el proceso de Paz". Disponible en http://www.abcolombia.org.uk/downloads/Sexual_violence_report_Spanish.pdf

Bidart, G. (1995) El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.

Corte Constitucional. (2001) "Sentencia T-327" Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2003) "Sentencia T-268" Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2003) "Sentencia T-419" Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2007) "Sentencia T-821" Magistrada Ponente Catalina Botero Marino. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2008) "Auto 092" Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2012) "Sentencia C-052" Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2012) "Sentencia C-715" Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2014) "Sentencia C-795" Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C.

Guzmán, E y Chaparro, N. (2013) "Restitución de tierras y enfoque de género". Documentos de Dejusticia 12. Bogotá: Dejusticia.

Rincón, M.C. (1 de marzo 2013) Jueces de restitución de tierras siguen en riesgo de muerte. El Espectador. Ver en <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/jueces-de-restitucion-de-tierras-siguen-riesgo-de-muert-articulo-477959>

San Pedro, P. (2009) "La violencia sexual en Colombia. Un arma de guerra" Informe de Oxfam Internacional.

Violencia sexual se volvió arma de guerra en Colombia (8 de agosto de 2009). Revista Semana. Disponible en <http://www.semana.com/nacion/problemas-sociales/articulo/violencia-sexual-olvio-arma-guerra-colombia/107207-3>