

VIII Jornadas de Jóvenes Investigadores
Instituto de Investigaciones Gino Germani
Universidad de Buenos Aires
4, 5 y 6 de Noviembre de 2015

Andrés Mauricio Guzmán Rincón

Universidad Libre de Colombia

Magister en derecho-Perfil investigativo, magister en DDHH y democratización

andresmauricioguzman@gmail.com

Eje 6 Espacio social, tiempo y territorio

¿Más allá de la justicia correctiva?: potencialidades de la restitución de tierras en la superación de los conflictos armados¹

Palabras clave: Restitución de tierras, justicia transicional, justicia social agraria, justicia correctiva.

El conflicto armado en Colombia ha dado lugar a la continua vulneración de los derechos humanos de los ciudadanos con el consecuente despojo o abandono de tierras. Varios estudios han establecido conexiones estrechas entre este fenómeno y la concentración de la propiedad rural en zonas en las que las élites políticas y económicas son muy poderosas. A su vez, la concentración se asocia a la desigualdad social y ésta última es considerada como una de las causas estructurales del conflicto. De acuerdo con lo anterior, muchos sostienen que la consecución de la paz implica no solo la búsqueda de la reparación integral a las víctimas mediante la restitución de las tierras despojadas o abandonadas, sino además de la superación de la desigualdad social, para lo cual se deberá contrarrestar la concentración de la propiedad.

¹ La ponencia es un avance de investigación que desarrolla el autor junto con otros docentes en el marco del proyecto “*constitucionalismo global, justicia transicional y multiculturalismo: reflexiones a partir de las dinámicas de la restitución de tierras en Colombia y la reparación integral a comunidades indígenas (el caso Embera)*” el cual involucra la acción de los grupos de investigación “Constitucionalismo nacional y comparado” y “Derecho y sociedad y estudios internacionales” de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia.

Esto nos lleva a pensar en la necesidad de esclarecer los puntos de articulación entre la política de restitución de tierras y la justicia social en el campo, teniendo en cuenta por supuesto las peculiaridades y potencialidades de cada una en un posible escenario de posconflicto en Colombia. Recordemos que la restitución de tierras, se fundamenta de forma predominante en los postulados de la justicia correctiva en un contexto de transición hacia la paz; en tanto que las políticas de justicia social agraria, tienen una orientación predominante hacia la consecución de la justicia redistributiva en tiempos de paz.

Así las cosas, en el presente texto se identifican posibles puntos de encuentro entre los dos modelos de justicia expuestos, a partir de un análisis socio jurídico de la política de restitución de tierras, e incorporando elementos de lo que se estructura como justicia social agraria desde la perspectiva constitucional. Específicamente se interroga a la política de restitución de tierras frente a sus límites y potencialidades para cumplir con las metas de justicia social, en un contexto en el que se reflexiona en torno a la posible salida negociada al conflicto y la necesidad de contrarrestar los factores históricos generadores del mismo. Desde una perspectiva práctica se analizan algunos retos del proceso de restitución de tierras, en los que se evidencia la necesidad de lograr clarificar dichos puntos de encuentro; específicamente frente a casos en los que se evidencian tensiones significativas entre víctimas de despojo y abandono forzado de tierras con sujetos en condición de vulnerabilidad social.

El texto se divide en tres partes: en la primera se hace una breve caracterización teórica de los puntos de encuentro entre la justicia social y la justicia correctiva. En la segunda, se caracteriza la política de restitución de tierras, haciendo hincapié en sus elementos articuladores, al menos lo más relevantes; en la tercera parte se reconstruyen las tensiones que se generan entre víctimas de despojo y por otra parte sujetos vulnerables en el proceso de restitución, para a partir de esta situación práctica, invitar a la reflexión sobre la necesidad de consolidar acuerdos estratégicos con la política social del Estado.

La ponencia es entonces una oportunidad para fortalecer el debate y plantear alternativas desde una perspectiva más amplia, en un contexto sociopolítico lleno de incertidumbres, pero también de posibilidades hacia la consecución de la paz.

1. Posturas articuladoras entre la justicia redistributiva y correctiva

1.1 Reflexiones sobre la reforma agraria

Las experiencias históricas nos demuestran que la justicia transicional tiene potencialidad para lograr la superación de injusticias sociales y promover transformaciones democráticas, ya que por lo general, estas han culminado en reformas constitucionales y han ayudado a impulsar medidas para aliviar la pobreza, distribuir la riqueza, y sentar las bases del crecimiento económico (Bergsmo et. al, 2010).

Sin embargo, también es cierto que existen tensiones entre la justicia redistributiva, las reparaciones después del conflicto y la eficiencia económica², en la medida en que las dos últimas, dependen en buena medida del mejoramiento de la economía. Además cada una tiene prioridades distintas, así por ejemplo, desde la perspectiva de la eficiencia económica, la asignación de las tierras principalmente debe efectuarse a quien tenga la mejor capacidad para explotarla, en tanto que desde la perspectiva de la reparación, esta debe corresponder a las víctimas, independientemente de su capacidad para explotarla. Frente a estas tensiones, es importante lograr la armonización de estas perspectivas, en definitiva en las experiencias transicionales se encuentran aspectos relevantes que evidencian esfuerzos por lograr esto.

Luego de hacer una tipología de las guerras civiles, Jon Elster, sostiene que aquellas que se ocasionan principalmente por injusticias económicas como ha ocurrido en Colombia, el logro de una paz estable solo es posible si se corrigen las injusticias que se generaron en la guerra como aquellas que la originaron, a través de la justicia transicional y de la justicia redistributiva respectivamente. Posteriormente muestra la forma en que la reforma agraria puede servir a ambos fines, haciendo énfasis en las medidas de redistribución de la tierra, dejando en evidencia que lo anterior puede ir de la mano con la justicia transicional. En esta vía, la articulación entre ambos modelos de justicia implica medidas de doble propósito que en lo posible evite la competencia entre sujetos por un recurso escaso como la tierra, en este caso las personas empobrecidas y las víctimas del conflicto.

Para tal fin plantea un concepto amplio de justicia que tiene en cuenta la eficiencia de las medidas a implementar. En tal sentido, sostiene que existen buenas razones para afirmar que

² Dichas tensiones son comprendidas por Bergsmo et. Al de la siguiente manera: “*From a distributive justice perspective, it is not clear why priority should be given to past wrongs over present needs.*” Bergsmo, et. al, 2010.

la producción agrícola en pequeñas propiedades rurales es más eficiente y en esa medida la redistribución de la tierra conllevaría a un crecimiento económico que permitiría fortalecer las medidas de reparación, sin que esto implique concebir que la justicia restaurativa tenga una prioridad absoluta³.

“En este caso, está lejos de ser claro que la justicia restaurativa deba tener prioridad absoluta sobre la justicia distributiva. Del conjunto de tierras disponibles, algunas se podrían asignar a las víctimas inmediatas de la violencia y a otras a quienes se podría denominar víctimas accidentales conexas. Por último, se podrían asignar algunos recursos a personas que no son víctimas de la guerra ni directa ni accidentalmente, sino que simplemente necesitan tierras para tener una vida digna.” (Elster, 2010: 23).

Así las cosas, la solución intermedia pone de manifiesto la necesidad de lograr la adopción de medidas encaminadas a lograr ese *“doble propósito”*, como por ejemplo establecer un límite a las hectáreas a restituir.

1.2 El concepto de restitución de tierras con enfoque transformador

Por otra parte, aunque reflexionando sobre las medidas que permitan lograr esas medidas de *“doble propósito”* pero desde un análisis de la restitución de tierras, Uprimny y Sánchez (2010) plantean que es posible distinguir al menos dos visiones en tensión sobre su concepción: quienes defienden una restitución *“fina”* y quienes defienden una restitución *“gruesa”*: los primeros, comparten una posición conservadora en términos políticos, que viene acompañada de una tendencia neoliberal u ortodoxa en materia económica. Bajo esta postura se respalda una restitución que se concentre en corregir la ilegalidad del despojo y aclarar los títulos y derechos individuales sobre los bienes, lo cual serviría para dinamizar el mercado de

³ *“Por razones de eficiencia, se puede imponer un impuesto a la propiedad que recaiga sobre los terrenos no cultivados, de manera que la necesidad de pagar impuestos induzca a los propietarios a cultivarlos o venderlos. Por razones de equidad, el Estado puede subsidiar el precio de compra. Se podría también expropiar grandes haciendas y pagar una indemnización “plena” o “adecuada” por parte de los nuevos propietarios o por el Estado, con el fin de dividirlos en unidades más pequeñas”*. Al respecto ver: Elster, 2010. De forma similar Berry Albert (2010) sostiene que lo positivo de la producción en pequeñas granjas es que su ingreso promedio es alto, la distribución que genera es razonablemente igualitaria y que además crea empleos apropiados. Manifiesta además que de acuerdo con los expertos, las pequeñas granjas aseguran tanto una producción total elevada como una sociedad igualitaria y que su productividad es sistemáticamente superior en relación con las granjas grandes *“En ciertas condiciones, si se mide correctamente la productividad total de los factores, como diría habitualmente un economista, esta disminuye con el tamaño de la granja”*. Albert, 2010: 27.

tierras y de esta forma fortalecer la política de desarrollo rural, la cual asumen, debe basarse en la modernización de la producción agrícola y la permanencia de la gran propiedad empresarial. La otra postura es la que defiende la restitución “gruesa”, bajo la cual se propende por una política que contribuya a la redistribución de la propiedad de la tierra y al reconocimiento de los derechos de las víctimas, de igual forma su aproximación es más sensible hacia la economía campesina y la participación de esta población en la economía nacional. De allí que desde esta perspectiva se persigue no solo la justicia correctiva sino la redistribución y el reconocimiento de la propiedad en favor de los campesinos y de las comunidades étnicas.

Frente a estos dos modelos, ambos autores exponen las ventajas que tiene la concepción gruesa sobre la restitución de tierras:

“Consideramos que, aun cuando el mecanismo de restitución no puede pretender alcanzar por sí mismo metas más amplias –como una reforma agraria intensiva, por ejemplo–, sí debe estar diseñado y aplicado dentro de un esquema institucional y político que permita maximizar sus resultados mediante la interrelación con otras políticas de democratización de la propiedad de la tierra y de desarrollo rural. El mecanismo seleccionado de restitución que defendemos debe limitarse a cumplir una función específica, pero resulta ineficiente si no se ata con otras metas más amplias que deben cumplir otras instituciones.”(Uprimny & Sánchez, 2010: 335)

De acuerdo con estos autores, algunas ideas sobre las características específicas de esta perspectiva que permitirían maximizar su potencial transformador serían: la limitación del número de hectáreas a ser restituidas; el establecimiento de sistemas de priorización en favor de grupos socialmente discriminados en relación con la propiedad de la tierra; la restitución de títulos a nombre de mujeres y hombres equitativamente; la creación de un procedimiento participativo que tienda a la reconstrucción de territorios y de las relaciones sociales del campesinado; y otras que propendan por la democratización de la propiedad de la tierra como el establecimiento de una bolsa de tierras que se fortalezca con predios procedentes de políticas que incentiven la desconcentración de la propiedad. Los que han sido objeto de extinción de dominio para el restablecimiento de la población desplazada, podrían aumentarse con la incorporación de predios de los que se decreta la desconcentración de la propiedad, se extinga el dominio por obtención ilícita, y la generación de ingresos rurales para la población

beneficiaria de la política de restitución y de la población campesina pobre que no fue objeto de despojo.⁴

La expedición de la Ley 1448 de 2011 evidencia la existencia de un acuerdo estratégico sobre la restitución de tierras, bajo el cual confluían algunos de los intereses de los defensores de estas concepciones en tensión; aunque también vale la pena destacar la presencia de medidas articuladoras con la política social del Estado y la concepción de restitución gruesa en los términos en que fue descrita en los párrafos anteriores. Precisamente en el capítulo dos de este trabajo se identifican y caracterizan estas medidas, destacando su potencial en la consecución de objetivos de justicia social, poniendo de presente algunos de los retos más apremiantes de la implementación del proceso de restitución de tierras. En el capítulo tres, se efectuará un ejercicio similar aunque partiendo de un análisis de la normatividad constitucional y agraria sobre los deberes del Estado en materia de acceso a la propiedad rural y los principios de la jurisdicción especial agraria.

2. Fundamentos de la Política de restitución de tierras

En el presente capítulo se efectúa una breve reflexión sobre la naturaleza y características de la acción de restitución, comenzando por identificar sus antecedentes en la Ley 387 de 1997 y la política frente al desplazamiento forzado, destacando además los importantes pronunciamientos de la Corte Constitucional que orientan en buena medida los presupuestos de la Ley 1448 de 2011 respecto a la política restitución de tierras.

2.1 Restitución de tierras frente al desplazamiento forzado

Con la Ley 387 de 1997 se adoptan medidas importantes para proteger los derechos sobre la tierra de los que son titulares las víctimas de desplazamiento forzado. La declaratoria de inminencia de riesgo de desplazamiento, o de su ocurrencia por causa de la violencia, y la identificación de propietarios, poseedores, tenedores y ocupantes, dentro de la respectiva zona

⁴ De igual forma enfatizan en la necesidad de adoptar medidas complementarias *que “garanticen el retorno efectivo y la reconstrucción de territorios, relaciones y vínculos sociales; además, necesita medidas que permitan la recomposición productiva de las relaciones de explotación económica del campesinado con respeto a sus formas culturales. Para que esto pueda ocurrir es entonces necesario que el programa de restitución tenga puentes fuertes con dos políticas adicionales: políticas de desarrollo rural y una política clara de desconcentración de la propiedad de la tierra.”* (Uprimny & Sánchez, 2010: 333).

de conflicto; se constituyeron en herramientas importantes para evitar que la enajenación de la propiedad se efectuara en condiciones de aprovechamiento económico de la situación de desplazamiento, o mediante actuaciones ilegales.

Dentro de las medidas adoptadas por esta ley y su decreto reglamentario, el 2007 de 2001, se destacan aquellas encaminadas a la protección patrimonial de las víctimas, las cuales tienen por objeto la salvaguarda de la relación jurídica (de propietario, poseedor, tenedor u ocupante de baldío) con las tierras que fueron despojadas y/o abandonadas con ocasión del conflicto, por grupos armados ilegales.

A pesar de la importancia de tales medidas, estas resultaban insuficientes para la garantía efectiva de los derechos de la población desplazada; aspecto que fue corroborado por la Corte Constitucional Colombiana mediante la Sentencia T-025 de 2004, que declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional y estableció una serie de órdenes en materia de políticas públicas a las instituciones del Estado, con el fin de garantizar y proteger los derechos de las víctimas del conflicto.

Posteriormente, con los autos de seguimiento al cumplimiento de dicha sentencia, la Corte delimitó con más detalle los principales objetivos que debería perseguir la política pública de restitución de tierras⁵: Así por ejemplo en el Auto 008 de 2009 se sostuvo que estos consistían en i) contar con un mecanismo para esclarecer la verdad sobre la magnitud del despojo; ii) Adoptar las modalidades y efectos de los abandonos y despojos de tierras ocurridos en el

⁵ En relación con la prevención del desplazamiento forzado, la Corte estableció que se debería conformar un sistema que “(i) funcione en el marco de una política pública de prevención de violaciones de derechos humanos, (ii) cuente con recursos adecuados que no dependan exclusivamente de la cooperación internacional; (iii) permita un seguimiento permanente de la dinámica del desplazamiento, de la evolución del conflicto armado y de otros factores de alteración del orden público y de seguridad ciudadana que incidan en el desplazamiento forzado; (iv) supere el análisis puramente coyuntural activado por los informes de riesgo presentados por la Defensoría del Pueblo; (v) establezca mecanismos y protocolos técnicos para desvirtuar objetivamente los informes de riesgo; (vi) permitan mantener por un tiempo prudencial las medidas de protección a bienes y personas, así no se declare la alerta temprana; (vii) cuente con un sistema de información adecuado para valorar los riesgos, que tenga en cuenta otros sistemas de seguimiento existentes sobre la evolución del conflicto armado y el orden público y sobre violaciones de derechos humanos, de tal manera que sea posible establecer mecanismos adicionales para la prevención del desplazamiento; (viii) facilite la implementación de planes de contingencia cuando el riesgo esté relacionado con operaciones legítimas del Estado para el mantenimiento del orden público; (ix) retroalimente el sistema de protección individual a líderes y personas desplazadas a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia; y (x) de una respuesta estatal oportuna, coordinada y efectiva ante los informes de riesgo señalados por la Defensoría del Pueblo y ante las declaratorias de alerta temprana que emita el CIAT”. Auto 08 de 2009. M.P Manuel José Cepeda.

marco del conflicto armado; iii) identificar reformas institucionales y normativas que sean necesarias para asegurar la restitución de bienes a la población desplazada; iv) diseñar y poner en marcha un mecanismo especial para recibir, tramitar y resolver las solicitudes de restitución de tierras de las víctimas de abandonos o despojos, teniendo en cuenta las distintas formas de relación jurídica de la población desplazada con los predios abandonados (propiedad, posesión, tenencia, etc.)⁶. De igual forma, en algunas de sus sentencias⁷, la Corte estableció que las personas que se encuentran en situación de desplazamiento forzado y que han sido despojadas violentamente de su tierra, tienen un derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso, goce y libre disposición del mismo; en ese mismo sentido se adujo que debido al carácter reforzado de este derecho, la acción de tutela se constituía en un mecanismo idóneo para lograr su exigibilidad, con lo cual se enfatizó en su naturaleza constitucional⁸.

2.2 Restitución de tierras en la Ley 1448 de 2011

Posteriormente se puso en marcha el sistema de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas a partir de la expedición de la Ley 1448 de 2011, en la que se retoman estos objetivos trazados por la Corte Constitucional, y se instaura un procedimiento especial, de rango constitucional, para recibir, tramitar, y resolver las solicitudes de restitución de tierras, el cual se implementa de forma progresiva comenzando por zonas priorizadas, atendiendo a la

⁶ A renglón seguido, la Corte planteó que “*La reformulación de la política supone (i) la definición de los lineamientos que orientarán la nueva política, (ii) el diseño de la política y el establecimiento de los medios para su instrumentalización, (iii) la definición de un cronograma para su ejecución, y (iv) su implementación y seguimiento*”. Auto 08 de 2009. M.P Manuel José Cepeda.

⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-821 de 2007, MP Catalina Botero.

⁸ Por ejemplo en la mencionada Sentencia T-821 de 2007, la Corte Constitucional evidencia la correspondencia entre el derecho a la restitución de tierras y la reparación integral, así como de su fundamento común en las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del derecho internacional de los derechos humanos: “*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 las personas en situación de desplazamiento han sido despojadas, es también 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 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 tanto son desarrollos adoptados por la doctrina internacional, del derecho fundamental a la reparación integral por el daño causado (C.P. art. 93.2).*”

situación de seguridad, la densidad histórica del despojo y la existencia de condiciones para el retorno.

La restitución de tierras opera a favor de las víctimas de infracciones al DIH o a los DDHH, ocurridas a partir del 1 de enero de 1991 con ocasión del conflicto armado interno, y de las que se derive de manera directa o indirecta un abandono o despojo forzado de tierras. El proceso de restitución de tierras, actualmente, consta de dos etapas a saber: una administrativa que está a cargo de la Unidad de Restitución de Tierras y una judicial a cargo de los jueces o magistrados especializados en restitución de tierras, quienes conocen exclusivamente de estos procesos. De acuerdo con esta estructura, el proceso tiene una naturaleza mixta, en la que corresponde a la Unidad entre otras, la función de recibir y decidir sobre las solicitudes de inscripción de un predio en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. Este primer paso es muy importante dado que para poder presentar la solicitud de restitución ante el Juez especializado, el predio objeto de restitución debe estar incluido previamente en dicho Registro.

Durante la etapa administrativa, la Unidad de Restitución de Tierras identifica física y jurídicamente los predios, construye un contexto de los hechos victimizantes, individualiza a las víctimas y a sus núcleos familiares, establece la relación jurídica de la víctima con la tierra y establece los hechos de despojo y/o abandono forzado. Su trabajo culmina con la decisión de incluir o no a los solicitantes y a los predios objeto del trámite en el Registro de Tierras. Agotada la etapa administrativa, los jueces o magistrados especializados en restitución de tierras decidirán mediante sentencia, sobre las solicitudes de restitución de tierras, determinando si esta es procedente jurídica y materialmente. En los casos en que la restitución del bien resulta imposible, podrán ordenar compensaciones a favor de la víctima o a favor de terceros que demuestren la buena fe exenta de culpa.

En el marco del proceso establecido en la Ley 1448 de 2011, se identifican una serie de medidas que facilitan el camino a la restitución de tierras a las víctimas del conflicto. Así por ejemplo se consagran que estas tendrán derecho a la representación judicial frente a la justicia especializada por parte de la Unidad de Restitución de Tierras si así lo solicitan, de igual forma se consagra la gratuidad del proceso en todas sus etapas y la posibilidad de que las víctimas acudan directamente y sin necesidad de representante ante los jueces especializados. De igual forma, se adoptan medidas complementarias a la restitución jurídica y material,

como la compensación, el alivio de pasivos, los proyectos productivos, y el acceso preferente al subsidio de vivienda, todas encaminadas a garantizar la sostenibilidad de la restitución así como el retorno. En el ámbito procedimental se destacan: la inversión de la carga de la prueba en favor de las víctimas de despojo, la incorporación de presunciones de despojo o abandono forzado para facilitar la decisión del juez frente a los hechos no conocidos en el proceso y la presunción de pruebas fidedignas respecto del material probatorio que ponga en conocimiento la Unidad de Restitución al juez, en la etapa judicial.

Esta brevísima caracterización del proceso de restitución de tierras permite identificar con claridad, la importancia que cobran los principios de la justicia transicional en su estructura, bajo los cuales se busca principalmente corregir el daño causado y el fortalecimiento del reconocimiento de las víctimas, es decir, la prevalencia de la búsqueda de la justicia correctiva. Sin embargo, a continuación se identifican al menos, las herramientas más relevantes que desde la Ley 1448 de 2011 se constituyen en mecanismos de articulación con la búsqueda de objetivos que pueden ir más allá de la justicia correctiva, es decir que tienen la potencialidad de contribuir simultáneamente a la consecución de la eliminación de la inequidad estructural, causante del conflicto armado.

2.2.1 Formalización de los derechos de propiedad

La informalidad en la adquisición y ejercicio de los derechos sobre la tierra en Colombia es uno de los problemas estructurales que incide enormemente en una mayor vulnerabilidad de la población campesina frente a fenómenos como la concentración de la propiedad y/o el despojo de tierras. Precisamente desde el pensamiento económico, más específicamente desde la perspectiva neoinstitucional, se considera que las instituciones deben garantizar la predictibilidad necesaria para el desenvolvimiento de los mercados y la disminución de los costos de transacción, lo que implica contrarrestar la incertidumbre que afecta a los derechos de propiedad, por tal motivo la publicidad del registro de propiedad se considera una medida fundamental para la protección de estos derechos⁹.

⁹ En efecto, se considera que unas instituciones que garanticen los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos conllevan al crecimiento económico, aspecto fundamental para sostener una economía capitalista de mercado. Para el logro de este objetivo se asigna al derecho la función de contribuir a la determinación efectiva de los derechos de propiedad claros y exclusivos (es decir, disminuir la incertidumbre sobre los derechos de propiedad), con el fin de que los actores económicos puedan disponer de ellos, transferirlos e intercambiarlos libremente. Al respecto ver: Burgos, 2006 y Douglas & Barry, 1989.

Vale la pena destacar que en la Ley 1448 de 2011 se establecen medidas para lograr una identificación física y jurídica de los predios que son objeto de restitución de tierras, lo que implica que durante la etapa administrativa del proceso de restitución se efectúen levantamientos de información geográfica y catastral sobre los mismos para medirlos y georreferenciarlos, sin duda, esta labor le permite al juez o magistrado especializado en restitución, adoptar decisiones de fondo en las que se pronuncie de forma clara y definitiva sobre la restitución de un predio, y con esta información, formalizar los derechos de propiedad sobre el mismo cuando esto no se haya efectuado.

Claramente esto ocurre en los casos en que se le restituye un predio a un poseedor que cumplió el término establecido en la ley para usucapir, tal y como lo dispone el numeral f del artículo 91 de la Ley 1448 de 2011, de igual forma el numeral g de este artículo faculta al juez para que proceda a ordenar a la autoridad competente, el INCODER, la formalización del derecho de propiedad sobre baldíos de la nación a través del procedimiento de adjudicación de baldíos. Vale la pena anotar que el juez o magistrado especializado está facultado para entregar el título a nombre de los dos cónyuges o compañeros permanentes que cohabitaban, con lo cual se busca promover la plena igualdad de género.

Sin duda, la formalización de los derechos de propiedad a través de las decisiones judiciales en el proceso de restitución se constituye en una medida de “doble vía” que permite no solo garantizar a los titulares de este derecho su goce efectivo, sino que permite corregir de forma parcial el problema estructural de informalidad en la tenencia sobre la tierra. Ahora bien, la formalización de los derechos sobre el predio automáticamente no implica un avance hacia la equidad social, en cuanto a que los actores económicos pueden ver en este fenómeno un estímulo atractivo para acumular tierras y obtener seguridad jurídica en las transacciones que realicen, por tal razón los avances en la formalización, deben venir acompañados de medidas complementarias que le permitan a los beneficiarios de la restitución el goce material de los predios.

2.2.2 Medidas complementarias a la restitución jurídica y material

Precisamente una de las diferencias entre una concepción “lisa” de la restitución y una “gruesa” es que bajo esta última, se busca que esta contribuya en cierta medida a contrarrestar

situaciones de desigualdad y exclusión económica y política que se encuentran en la base del conflicto, y no concebirla simplemente como un mecanismo para fortalecer el mercado de tierras a partir de la clarificación de los títulos de propiedad. Por tal razón las medidas complementarias a la restitución jurídica y material¹⁰ de los predios resultan indispensables para que esta sea sostenible y duradera y en esa medida ésta se debe articular de forma efectiva con las políticas en materia de vivienda rural y generación de ingresos a través de la financiación y el apoyo a proyectos productivos, así como mecanismos de alivio de pasivos. De nuevo, la decisión de los jueces y magistrados especializados, quienes deciden de fondo sobre la procedencia de la restitución de tierras, se constituye en el mecanismo articulador con la oferta institucional del Estado en materia de justicia y equidad social, ya que con sus órdenes se encuentra facultado a vincular a instituciones como el Banco Agrario, al INCODER, al Ministerio de Agricultura y a las demás entidades del orden local y nacional a hacer efectivas las medidas encaminadas a la consecución de las medidas complementarias de la restitución de tierras. De igual forma, se dispone de una política especial para garantizar el retorno y que es liderada por la Unidad para las Víctimas.

2.2.3 Coherencia externa con las normas del derecho ordinario

En el artículo 11 de la Ley 1448 de 2011, se establece que ésta procura complementar y armonizar los distintos esfuerzos del Estado para garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, allanar el camino hacia la paz y la reconciliación nacional. Lo que implica que estas medidas deban interpretarse y aplicarse de forma integral y armónica con otras regulaciones jurídicas que compartan el cumplimiento de los objetivos de la justicia transicional. En igual sentido, esta ley dispone que las medidas de atención, asistencia y reparación, deben establecerse de forma armónica y propender por la protección de los derechos de las víctimas.

Para garantizar el cumplimiento efectivo de los objetivos de la justicia transicional, la ley consagra la prevalencia de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, y en los casos de reparación administrativa, el deber del intérprete

¹⁰ No en vano el artículo 25 de la Ley 1448 de 2011 concibe la reparación integral desde una perspectiva transformadora.

de escoger y aplicar aquellas que más favorezcan la dignidad y libertad de la persona humana, así como los derechos de las víctimas.

Frente a la restitución de tierras, se establece que las disposiciones que la rigen, tienen prevalencia sobre otras que tengan carácter especial y además, deben servir como complemento y criterio de interpretación de éstas. Así mismo, se sostiene que en caso de conflicto, estas disposiciones tendrán aplicación preferente sobre las demás siempre y cuando sean más favorables a las víctimas.

A partir de estas disposiciones sobre coherencia externa que propone la Ley 1448 de 2011 es posible construir escenarios de articulación con la política social del Estado, en especial la de Desarrollo Rural, teniendo en cuenta además que la justicia transicional se erige como un mecanismo que busca la reconciliación nacional y una paz duradera y estable. Específicamente frente a la restitución de tierras se promueve la estabilización del retorno bajo condiciones de sostenibilidad, seguridad y dignidad, así como el reconocimiento de la propiedad en favor de los campesinos y de las comunidades étnicas.

3. Tensiones y desafíos de la restitución de tierras frente a sujetos vulnerables

3.1 El de restitución de tierras ¿Un juez Hércules?

Ronald Dworkin (2003) haciendo uso de la metáfora del juez Hércules, ejemplifica su postura frente a la pregunta de si es posible o no llegar a una única respuesta correcta frente a un caso difícil. Hércules, asume un compromiso decidido con la materialización y actualización de los principios de justicia en cada caso que resuelve, por tal razón estos se vinculan en sus fallos a partir de la interpretación. Para Dworkin este proceso es inherente e imprescindible en la labor judicial, lo que lo lleva a sostener que en cada caso es posible una decisión que se muestre como la mejor, debido a que es la que satisface plenamente dichos criterios de justicia.¹¹

¹¹ Para Dworkin el derecho es un ejercicio interpretativo, esta actividad permite determinar la verdad y la naturaleza de las proposiciones normativas. Desde esta perspectiva se asume que la comunidad desempeña una actividad interpretativa de la práctica social compartida (El derecho), que a su vez tiene dos componentes: i) dicha práctica social tiene valor y sentido, ii) Se considera que sirve para un propósito que puede ser establecido con independencia de la descripción de sus reglas. El tercer requisito es que los requisitos de la práctica no son aquellos que ya han sido establecidos de forma rígida sino que son sensibles de ser entendidos, aplicados, modificados, calificados según ese sentido.

Para lograr desarrollar esa actitud interpretativa en el derecho es necesaria la existencia de diferentes niveles de consenso que Dworkin plantea en la existencia de diferentes etapas interpretativas de la práctica social: i) Etapa preinterpretativa: Donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido de la práctica, ii) Etapa interpretativa: Donde se fundamentan los elementos identificados en la etapa preinterpretativa y iii) Una etapa

Hoy en día en muchos espacios, diferentes actores sociales emplean la metáfora del juez Hércules para referirse a los jueces y magistrados especializados en restitución de tierras. En sus disertaciones son frecuentes las alusiones a los amplios poderes de los que los dotó la ley para dirigir el proceso y adoptar medidas que logren la consecución de la justicia material en favor de las víctimas de despojo y abandono de tierras. Lo que implica, que en dichas medidas, la consecución de los objetivos de la justicia transicional civil, se efectúe a través de un ejercicio de adaptación y reinterpretación de las instituciones del derecho ordinario, o incluso prescindiendo de éstas cuando su naturaleza y fines resultan contrarios a estos objetivos.

Sin embargo, los “súper poderes” del juez de restitución en la Ley 1448 de 2011 como creen algunos, no lo convierten en un juez Hércules, al menos no en la forma descrita por Dworkin. Para esto, es necesario algo más, una actitud que los lleve a esforzarse por lograr la mejor decisión posible, es decir, aquella que satisfaga las dimensiones de adecuación y valor de los criterios de la moralidad política, atendiendo a una concepción del derecho como integralidad a través de la interpretación.

Ahora bien, sin duda los jueces y magistrados han llevado a cabo una gran labor, que se ve reflejada en los cientos de fallos que han proferido hasta el momento, y que implican en la mayoría de casos, la restitución de tierras en favor de los solicitantes. Sin embargo y como es normal en este tipo de procesos, estos deben enfrentar cuestiones complejas que implican la tensión entre intereses contrapuestos, así como entre principios de justicia que en abstracto tienen igual valor constitucional. Es en estos escenarios donde los jueces deben buscar la mejor solución posible, bajo la cual se logre el equilibrio y se ponderen adecuadamente los principios en tensión.

Por tal razón, a continuación se describe uno de los escenarios donde mejor se reflejan esas tensiones, y se evidencia la necesidad de articular la restitución de tierras con los objetivos de distribución y acceso a la propiedad rural. La hipótesis que se plantea es que a pesar de las

postinterpretativa: En la que se ajusta a la realidad y a lo que se necesita esa justificación de la etapa interpretativa. Fruto de cada etapa se establecerían requisitos concretos como paradigmas, lo que interesa es entonces una verdad interpretativa, estos paradigmas aseguran la interpretación pero se ponen a prueba cuando existe una nueva interpretación. Sostiene que los operadores jurídicos deben tener una concepción del derecho común que consiste en la justificación del uso del poder colectivo sobre individuos o grupos, sobre este consenso es que estos pueden discernir y proponer argumentos enfrentados. Al respecto: Arango, 2004.

aporías, el juez especializado cuenta con facultades importantes para lograr esta articulación. No sabemos si esto conlleve a que los jueces lleguen a una única respuesta correcta a la manera de Hércules, pero al menos es posible acercarse a un equilibrio entre los objetivos de justicia correctiva con los de la justicia redistributiva, e incorporando a su razonamiento los principios que rigen la búsqueda de igualdad social en las relaciones agrarias.

3.2 La exigencia de la buena fe exenta de culpa frente a personas vulnerables

La exigencia de la buena fe exenta de culpa a los opositores en la etapa judicial del proceso de restitución de tierras, busca evitar que los terceros involucrados se beneficien del despojo o abandono de tierras, a partir del aprovechamiento de la situación de las víctimas. Su aplicación, impide que se otorgue la compensación cuando ha habido traspasos a terceros de aparente buena fe y en general cuando se configura el despojo de tierras con apariencia de legalidad.

Se entiende que la buena fe queda en duda respecto de quienes adquirieron a cualquier título, tierras despojadas en zonas en las que era de público conocimiento que allí había ocurrido desplazamiento y/o despojo. Frente a estas situaciones, la Ley 1448 de 2011, desplaza el peso de la carga probatoria hacia el opositor, quien para tener derecho a la compensación, debe demostrar que su actuación no solo fue ajustada a la ley, también que obró con honestidad y rectitud, y adoptó todos los mecanismos a su alcance para verificar que no incurría en error al momento de hacerse al predio.

El principio de la buena fe exenta de culpa resulta así como una garantía muy importante para los solicitantes de restitución de tierras, teniendo en cuenta además la persistencia del conflicto armado y la sofisticación del despojo. Así las cosas, el opositor que no logre demostrar la configuración de este principio ante el juez especializado, se verá abocado a devolver el predio objeto de restitución y no obtendrá ningún tipo de resarcimiento económico.

Pese a la importancia de este principio, resulta pertinente analizar una situación que vienen enfrentando los jueces y juezas de restitución, se trata de la aplicación del principio de la buena fe exenta de culpa frente a opositores que tienen la condición de víctimas del conflicto o que se encuentran en situación de vulnerabilidad económica y social, tales como

campesinos pobres, quienes se convirtieron en propietarios o viven y explotan los predios sobre los que recae la solicitud de restitución de tierras, como una búsqueda por realizar sus necesidades básicas, tales como tener una vivienda y garantizar la alimentación de sus familias.

Lo que ha ocurrido es que numerosos opositores en la situación descrita, tienen serias dificultades para demostrarle al juez especializado la configuración de la buena fe exenta de culpa, y en esa medida, muchos de ellos no han logrado acceder a la compensación.

Como se puede observar estamos en un escenario paradójico, teniendo en cuenta que precisamente, la exigencia de la buena fe exenta de culpa a los opositores, tal y como lo dispone la Ley 1448 de 2011, cobra total sentido cuando estos sujetos son más poderosos que las víctimas de despojo o abandono forzado, debido a que disponen de múltiples recursos (políticos, sociales y económicos) para materializar el despojo o abandono de tierras y darle una apariencia de legalidad. Sin embargo, otra es la situación cuando el solicitante de restitución de tierras encuentra como opositor a una familia que probablemente se encuentre en una situación de vulnerabilidad mayor a él, como ocurre cuando estos son víctimas del conflicto o se encuentran en situación de vulnerabilidad económica o social.

El reto que implica un abordaje integral a estos casos sin que implique la desnaturalización de la exigencia de la buena fe exenta de culpa, conlleva a una reflexión profunda sobre la necesidad de articulación entre la política de restitución de tierras con los objetivos de acceso a la propiedad rural de la población campesina y el deber de la política en su conjunto de contribuir a una solución duradera a las condiciones de desigualdad estructural que son la causa directa del conflicto.

Los jueces y magistrados especializados en restitución de tierras han sido conscientes de las implicaciones de sus fallos frente a estas situaciones complejas, y por tal razón han procedido a involucrar en su razonamiento criterios adicionales para prevenir conflictos o daños sociales que puedan presentarse o incrementarse, por efecto de las decisiones que se adopten en el marco del proceso de restitución de tierras. En este contexto, el desalojo de los opositores o de terceros en condición de vulnerabilidad podría afectar negativamente algunos de los principales fines de la justicia transicional como son los de promoción de la reconciliación al interior de las comunidades divididas y facilitar la reconstrucción del tejido social.

Estos criterios se relacionan de forma estrecha con la aplicación del principio de equidad, propio de los jueces agrarios y se complementa con los amplios poderes de los jueces de restitución de tierras para adoptar medidas en favor de los actores involucrados.

Sin lugar a dudas, resolver estos asuntos tomando en serio los derechos de los opositores vulnerables, y adoptando ordenes que establezcan un equilibrio entre los interés de las víctimas de despojo o abandono y la de estos sujetos, abre un camino bastante fructífero de constante reflexión, bajo el cual se plantea la necesidad de identificar y precisar puntos de encuentro entre la política de restitución y la política de desarrollo rural.

Sin embargo este ejercicio debe ser transversal a la política de restitución de tierras, como se describió en los apartados anteriores, la Ley 1448 de 2011 establece mecanismos muy importantes para lograr esta articulación, y que cuentan con una gran potencialidad para lograr una restitución con carácter transformador, ya que ésta termina incidiendo de forma positiva en la solución frente a la informalidad de la tierra, o disminuyendo la desigualdad en el campo al contemplar una significativa oferta de programas post-fallo para hacer sostenible el retorno y corregir situaciones de pobreza o marginalidad anteriores al hecho mismo del despojo.

La sucinta presentación de este escenario de tensiones entre opositores vulnerables y víctimas de despojo o abandono, así como la necesidad de resolverlas desde una perspectiva comprensiva, nos lleva a precisar el alcance de la restitución, así como el contenido de estos puntos de encuentro.

Por ejemplo frente a la situación planteada no solo es pertinente analizar las alternativas que tienen los jueces de restitución frente a la aplicación del principio de la buena fe exenta de culpa, también cobra relevancia reflexionar sobre las dificultades que deben enfrentar estos terceros y opositores durante la etapa judicial, para demostrarle a los jueces que en efecto actuaron de buena fe exenta de culpa y de esta forma mejorar sus posibilidades de lograr la compensación. También podría ser relevante pensar en la forma de lograr que estos terceros u opositores logren acceder a los programas de subsidio y acceso a la tierra y a la vivienda, u otros programas sociales de atención humanitaria, así como en mecanismos para concertar

una reubicación en condiciones de dignidad que les permita emprender un proyecto de vida sostenible.

Los remedios frente a estos desafíos son variados ya que van desde la formulación de reformas legales, por ejemplo a partir de un ajuste de la ley donde se le permita a los jueces flexibilizar este principio frente a opositores vulnerables, o la adopción de planes o programas interinstitucionales, bajo los cuales se vincule esta población a la oferta social del Estado en materia de acceso a la propiedad rural, derecho a la vivienda y a la alimentación. Así como la reflexión permanente de los jueces y magistrados especializados para aportar integralmente en la solución de estos conflictos a partir de una interpretación de los principios de justicia transicional. En estos escenarios, la reflexión permanente girará en torno a una concepción creativa e integral de la justicia transicional civil y su necesaria interrelación y complementariedad con la agenda social agraria del Estado, para garantizar una política sostenible y efectiva que contribuya a la reconciliación de la sociedad colombiana, logro que solo será posible alcanzar si se apunta a corregir las desigualdades estructurales que mantienen el conflicto, la salida negociada sería un paso muy importante para avanzar en esta dirección.

Conclusiones

De acuerdo al análisis efectuado, es posible identificar importantes puntos de encuentro entre la política de restitución de tierras y los objetivos de la justicia social agraria, lo que evidencia la configuración de un marco de protección que articula a su vez los mecanismos para la consecución de los objetivos de la justicia correctiva con los de la justicia redistributiva.

Este marco tiene la potencialidad de buscar una solución duradera a los retos y a las tensiones que se derivan de implementar la restitución de tierras en medio del conflicto, en un contexto en el que persisten las causas estructurales que lo originaron.

Luego de una caracterización de la acción de restitución de tierras en el marco de la Ley 1448 de 2011 y de las peculiaridades de los marcos de acceso a la propiedad agraria desde lo dispuesto en la constitución de 1991 y el derecho internacional de los derechos humanos, así como de los principios que rigen la jurisdicción agraria, es posible identificar instrumentos normativos y principios de justicia que contribuyen a esta integración.

Desde la restitución de tierras, los imperativos de la justicia transicional, que se orientan hacia la consecución de una paz duradera y sostenible, el logro de la reconciliación social, y la incorporación de medidas en favor de un concepto de restitución amplio, así como la prevalencia de principios que establecen la necesidad de lograr una coherencia interna y externa con otros marcos jurídicos de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, resultan imprescindibles para fundamentar medidas articuladoras.

De igual forma en este ejercicio, fue posible identificar medidas concretas que ejemplifican la contribución de la restitución de tierras a la consecución de objetivos sociales más amplios, como se observa por ejemplo con la formalización de los derechos de propiedad en los procesos de restitución, la existencia de acciones complementarias en la etapa post- fallo, y los amplios poderes del juez especializado para dirigir el proceso y garantizar la efectividad de la restitución. Desde la justicia agraria se destacan por otra parte, la constante búsqueda de equilibrio en los conflictos que se propician en las relaciones agrarias, la importancia de la equidad como principio regulador, la atención reforzada a sujetos de especial protección y la incorporación de un marco más amplio de protección frente al medio ambiente, la seguridad alimentaria, y en general los derechos colectivos de la población campesina.

El uso estratégico de estas medidas en escenarios de tensión, como el que se suscita cuando el opositor en un proceso de restitución de tierras es una persona vulnerable o incluso es víctima del conflicto armado, significarían un aporte considerable a la consecución de soluciones más integrales frente a los desafíos que implica garantizar la restitución plena y efectiva de las víctimas de despojo y abandono y a la vez los derechos humanos de personas en una situación desfavorable o que son objeto de discriminación. Las soluciones que propendan por una “doble vía”, es decir que establezcan equilibrios entre la justicia correctiva y la justicia social, contribuyen entonces a la consecución de una paz duradera y estable.

Bibliografía

Arango Rodolfo, ¿Hay respuestas correctas en el derecho?, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2.004 (Reimpresión).

Berry Albert, La economía de la reforma agraria y las pequeñas granjas en los países en

desarrollo: consecuencias para las situaciones posconflicto, en Morten Bergsmo, César Rodríguez Garavito, Pablo Kalmanovitz y Maria Paula Saffon (eds.), *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Publisher, International Peace Research Institute, Oslo, 2010.

Burgos Silva, José Germán, *Crecimiento económico sin Estado de derecho. Un balance teórico y empírico sobre las relaciones entre derecho y desarrollo*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Bogotá, 2006.

Coronado D, Sergio, “Marcos legales para el acceso a la tierra en América Latina: una mirada comparativa en ocho países de la región”, en *Revista el Otro derecho* No. 42, *El sistema agroalimentario: Mercantilización, luchas y resistencias*, Diciembre de 2010. Pp. 98-99.

Dworkin Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 2003.

Elster Jon, *Tierra, justicia y paz*, en Morten Bergsmo, César Rodríguez Garavito, Pablo Kalmanovitz y Maria Paula Saffon (eds.), *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Publisher, International Peace Research Institute, Oslo, 2010.

Kalmanovitz, P., *Justicia correctiva vs. Justicia social en casos de conflicto armado*. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Universidad del Rosario, 59-85. 2010.

Morten Bergsmo, César Rodríguez Garavito, Pablo Kalmanovitz y Maria Paula Saffon (eds.), *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Publisher, International Peace Research Institute, Oslo, 2010.

North Douglas C y Weingast Barry: *Constitutions and Commitment: The evolution of institutions governing public choice in seventeenth-century England*. *Journal of Economic History*. XLIX, Diciembre de 1989.

Ramos Bermúdez, Manuel, *Justicia agraria: la experiencia colombiana*. Cuaderno técnico de desarrollo rural No. 32. Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, 2004.

Rengifo Gardeazábal, M. *Teoría general de la propiedad: bases para la construcción de un derecho civil realista en el ámbito de la tradición jurídica romana*. Bogotá: Temis, 2011.

Sánchez Nelson, Chaparro Sergio & Revelo Javier, La restitución de tierras, un imperativo que no admite fracasos, Dejusticia & Unidad Administrativa Especial para la Gestión de Restitución de Tierras, Bogotá 2013.

Uprimny-Yepes, Rodrigo, Sánchez, Nelson Camilo, “Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia”, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2010, 12,(2), pp. 335.

Jurisprudencia y normatividad

Corte Constitucional, Auto 08 de 2009. M.P Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional, Sentencia T-821 de 2007, MP Catalina Botero.

Decreto 2303 de 1989.

Ley 387 de 1997.

Ley 1448 de 2011.

Sentencia 70001312100220120009200 Predio "Pertenenencia Parcela 8", Corregimiento de Cambimba, Morroa, Sucre, 16 de mayo de 2013.

Sentencia 20001312100120120014100 Predio "El Toco Parcela 43 y 51", Corregimiento Los Brasiles, Municipio San Diego, Cesar, 09 de Mayo de 2013.