

CONVERSATORIOS SOBRE RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y TERRITORIOS

Encuentros regionales de intercambio de experiencias,
diálogos de saberes y gestión de conocimiento

COMPILACIÓN DE MEMORIAS



UNIÓN EUROPEA

La presente publicación hace parte del Proyecto IFS/RRM/2013/316985 "*Fortalecimiento de confianza y mitigación de riesgos en el proceso de restitución de tierras*", financiado por la Unión Europea y ejecutado por la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de Estados Americanos - MAPP/OEA.

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

El presente documento no representa en ningún momento la posición oficial de la Organización de los Estados Americanos (OEA).



Organización de los
Estados Americanos

Mapp-OEA
Misión de Apoyo
al Proceso de Paz Colombia



UNIÓN EUROPEA



Consejo Superior
de la Judicatura

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa
Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

Comisión de Seguimiento
a la Política Pública sobre
Desplazamiento Forzado

CONVERSATORIOS

SOBRE RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y TERRITORIOS

Encuentros regionales de intercambio de experiencias,
diálogos de saberes y gestión de conocimiento

COMPILACIÓN DE MEMORIAS



Organización de los
Estados Americanos

Mapp-OEA
Misión de Apoyo
al Proceso de Paz Colombia



UNIÓN EUROPEA



*Consejo Superior
de la Judicatura*

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa
Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

Comisión de Seguimiento
a la Política Pública sobre
Desplazamiento Forzado

ISBN: 978-958-98584-6-2
Diseño y diagramación Milton Ruiz
migrafico@hotmail.com
Impresión: ALVI Impresores S.A.S.
alvimpresores@gmail.com
Bogotá D.C., Colombia
Impreso en Colombia
Printed in Colombia



CONVERSATORIOS SOBRE RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y TERRITORIOS

COMPILACIÓN DE MEMORIAS

- © Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de los Estados Americanos (MAPP/OEA)
- © Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre desplazamiento forzado.
- © Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de los Estados Americanos (MAPP/OEA)

Calle 72 No. 5-90 Bogotá D.C.
Colombia
Teléfonos: (+57)(+1)3796230
www.mapp-oea.org
info@mapp-oea.org

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre desplazamiento forzado.

Carrera 6 No. 34- 62, Of. 302
Bogotá D.C. Colombia
Teléfonos: (+57)(+1)2325666
www.codhes.org

Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

Calle 11 No 9A - 24 Bogotá D.C.
Colombia
Teléfonos: (+57)(+1) 3550666
<http://www.ejrlb.net>

Roberto Menéndez
Jefe de Misión
MAPP/OEA

Luis Jorge Garay
Director del Equipo Nacional de Verificación
Comisión de Seguimiento a la Política Pública
sobre desplazamiento forzado

Néstor Raúl Correa Henao
Magistrado Sala Administrativa
Consejo Superior de la Judicatura

Myriam Ávila de Ardila
Directora
Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”
Consejo Superior de la Judicatura

Relatora:
Carolina Bejarano Martínez

Coordinadores de contenido:

Fernando Vargas Valencia
Manuela Ramírez Moreno
Juan Carlos Betancur Trujillo
Rolando Zambrano Coral
Andrea Toro Jiménez
Piedad Moreno Castrillón
Nicolás Fernández de Soto

Contenido

Prólogo de la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre desplazamiento forzado.....	9
Prólogo Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de los Estados Americanos (MAPP/OEA).....	11
Prólogo Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.....	13
Presentación metodológica de los conversatorios regionales de restitución de tierras.....	15
Ponentes.....	19
Los megaproyectos económicos y la restitución de tierras - Medellín.....	25
Conflicto armado, desarrollo rural y restitución de tierras.....	25
Buena fe exenta de culpa y confianza legítima en un contexto de conflicto armado prolongado.....	31
Conclusiones y cierre conceptual.....	35
Derechos humanos y derecho civil: grados de complementariedad en la Justicia Transicional colombiana - Cartagena.....	39
Control de convencionalidad en un Proceso de Justicia Transicional.....	39
Complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho Civil en el marco de una Justicia Transicional.....	49
Conclusiones y cierre conceptual.....	60

Terceros y opositores en el proceso de restitución de tierras - Cali.....	67
Tipologías de opositores y terceros identificados por la Judicatura en el desarrollo del Proceso de Restitución de Tierras.....	67
<i>Partes en el proceso de restitución.....</i>	67
<i>Buena fe exenta de culpa y proporcionalidad.....</i>	74
Actuales dilemas de la oposición, intervinientes y opositores vulnerables.....	75
Conclusiones y cierre conceptual.....	85
La complementariedad de las medidas de Justicia Transicional - Cúcuta.....	89
Priorización legal de procesos de justicia y paz en la macro y microfocalización.....	89
Los modelos de Justicia Transicional y su coherencia en Colombia.....	94
Conclusiones y cierre conceptual.....	98
Dificultades en la restitución material de predios en Colombia: ¿Existen garantías de no repetición en los territorios? - Bogotá.....	101
Microfocalización, dignidad y condiciones para el retorno: ¿restitución o compensación?.....	101
Dilemas de la restitución en el contexto colombiano.....	111
Conclusiones y desafíos identificados en los encuentros regionales de restitución de tierras.....	115

PRÓLOGO DE LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO A LA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO

Para la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, la experiencia compartida con jueces, magistrados y magistradas de restitución de tierras, así como con otros actores institucionales que cuentan con roles especiales en la materia, ha constituido un avance significativo en la construcción social del conocimiento sobre la restitución situada en el marco de la Justicia Transicional y de la reparación a las víctimas del despojo y del abandono forzado de tierras y territorios, necesaria para que el Estado avance en el goce efectivo de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación a las personas en situación de desplazamiento forzado.

Desde la perspectiva de la superación del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) declarado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-025 de 2004, y a diez años de su constatación, este tipo de iniciativas permiten que el diálogo de saberes basado en el intercambio de experiencias, en el encuentro entre las y los estudiosos del tema con quienes deben ejecutar la política pública inmersa en la restitución de tierras, reafirme el enfoque de derechos como principal fuente de medición sobre la idoneidad, efectividad y eficacia de la acción del Estado en el difícil camino, pero no imposible, del restablecimiento de los proyectos de vida truncados por las violaciones a derechos humanos asociadas al desplazamiento y al despojo-abandono de tierras y territorios en Colombia.

Con base en una reafirmación de la construcción social del conocimiento, la presente publicación, además de ofrecer una memoria de esta iniciativa conjunta entre la MAPP/OEA, la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Comisión de Seguimiento, seguramente servirá de herramienta de trabajo para la magistratura en la Justicia Transicional para la restitución de tierras y territorios que, en el marco de la Ley 1448 de 2011 y del bloque de constitucionalidad, plantea retos y desafíos, pero también caminos de análisis y avance de cara a la realización de parte de los derechos comprometidos en el ECI.

Equipo Nacional de Verificación
Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado

PRÓLOGO MISIÓN DE APOYO AL PROCESO DE PAZ DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (MAPP/OEA)

En su labor de monitoreo y apoyo a los procesos de Justicia Transicional en Colombia, la Misión OEA de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia ha venido acompañando los esfuerzos relacionados con la restitución de tierras y territorios a víctimas de la violencia; primero mediante el acompañamiento a las Comisiones Regionales de Restitución de Bienes y a la problemática de la restitución de tierras en el marco de la Ley de Justicia y Paz; posteriormente, con la adenda al mandato suscrita el 20 de Julio de 2011, se ampliaron las funciones de la Misión para acompañar y monitorear la restitución de tierras y territorios como un componente de la reparación integral a víctimas de abandono forzado y despojo. La adenda ratifica que la MAPP/OEA es, a juicio de la sociedad civil y la institucionalidad, un mecanismo eficaz de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia que concreta la solidaridad de los países del Continente Americano.

Durante la presentación del *Décimo Octavo informe semestral ante el Consejo Permanente sobre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA)*, el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, José Miguel Insulza, resaltó los esfuerzos del Gobierno Nacional para la implementación de la Justicia Transicional en Colombia y, en especial, de la Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras (Ley 1448 de 2011), como herramienta trascendental para el establecimiento de una paz firme y duradera que propende por la dignificación de las víctimas, la materialización de sus derechos y se convierte en un referente para otros países del mundo con situaciones similares.

A través de su experiencia en Colombia, la MAPP/OEA ha aprendido que la construcción de confianza entre los actores y la generación de condiciones favorables para el proceso requieren un conocimiento profundo de los procedimientos y alcances de la política de tierras, de los contextos en la que esta política se debe implementar y de una reflexión periódica entre los actores implicados en los procesos de restitución sobre los avances y retos jurídicos, operativos, presupuestales y territoriales.



Por esta razón la MAPP/OEA, decidió apoyar los conversatorios sobre restitución de tierras y territorios como espacios para motivar el dialogo, el intercambio de conocimientos, experiencias y puntos de vista con miras a la armonización de criterios que consoliden el escenario de la justicia transicional.

Los actores encargados de la implementación de la política de restitución de tierras, especialmente Jueces y Magistrados Especializados en la materia, Procuradores Delegados y funcionarios de la Unidad Administrativa Especial de Gestión y Restitución de Tierras Despojadas, realizaron aportes significativos en torno a temas relevantes para la restitución de tierras desde un enfoque territorial. El ejercicio resultó invaluable en tanto se identificaron los desafíos del proceso, los retos que supone la implementación de la Ley 1448 y se formularon propuestas concretas, desde la experiencia de los actores institucionales, que permitirán avanzar en la restitución de tierras en cada uno de los territorios.

Nos sentimos honrados de haber acompañado este esfuerzo de diálogo interinstitucional y del apoyo prestado por la Unión Europea para el desarrollo de estos ejercicios. Consideramos que este documento y los aportes que puedan surgir de ejercicios similares, son importantes para la consolidación y sostenibilidad de los procesos de restitución en los territorios y para que las víctimas de abandono forzado y despojo, reconstruyan sus proyectos de vida.

Hoy, a más de nueve años de presencia de la MAPP/OEA en Colombia, el compromiso de la comunidad interamericana es seguir apoyando las iniciativas que Colombia impulse para ampliar y profundizar las acciones que propendan por el establecimiento de una Paz firme y duradera en el país.

Roberto Menéndez
Jefe de Misión
MAPP/OEA

PRÓLOGO SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se unió a la iniciativa de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos (MAPP/OEA) y de la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, para realizar conversatorios interinstitucionales regionales sobre restitución de tierras y territorios en las ciudades de Medellín, Cartagena, Cali, Cúcuta y Bogotá. Estos espacios de diálogo permitieron que los niveles regionales de la Unidad de Restitución de Tierras, la Procuraduría Delegada para Tierras y los Jueces y Magistrados de Restitución de Tierras discutieran temas jurídicos de gran profundidad para situaciones no previstas por la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, como por ejemplo el de los opositores que ostentan la calidad de víctimas, así como también temas de coordinación interinstitucional. Todas estas reflexiones se adelantaron en búsqueda de identificar las problemáticas que afronta el proceso de restitución según las dinámicas regionales de la tierra y los territorios.

La Sala Administrativa y en especial los Jueces y Magistrados de Restitución de Tierras participaron de forma activa en estos espacios de saberes y aprehendieron para su labor los conocimientos surgidos en estos conversatorios, que se ponen ahora a disposición de los lectores y que esperamos sean aprovechados de la mejor forma.

La Sala Administrativa agradece a la cooperación internacional y a la OEA su apoyo a la paz de Colombia y su respaldo a los procesos de dignificación de las víctimas y de capacitación a la Rama Judicial.

Néstor Raúl Correa Henao
Magistrado Sala Administrativa

PRESENTACIÓN METODOLÓGICA DE LOS CONVERSATORIOS REGIONALES DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS

La experiencia en los territorios de las organizaciones que apoyan el presente proyecto, específicamente en su acompañamiento desde diversas perspectivas a la implementación de la Ley 975 de 2005, o Ley de Justicia y Paz, demuestra que la construcción de confianza entre los actores y condiciones favorables para el proceso requiere conocer a profundidad los procedimientos y alcances de la política y reflexionar periódicamente sobre los avances y retos jurídicos, operativos, presupuestales y territoriales que surgen durante su implementación. Además, que se ha podido comprobar la existencia de grandes diferencias conceptuales y procedimentales entre los funcionarios de las instituciones, y por eso surge la necesidad de crear estrategias de formación y capacitación articuladas que propicien coherencia, fortalecimiento y unificación de criterios.

En el marco del acompañamiento a las instituciones responsables de la ejecución de la política pública de restitución de tierras, y para profundizar conocimientos con estos actores estratégicos, en el año 2013 las organizaciones propusieron la realización de conversatorios regionales sobre temas relevantes al proceso de restitución de tierras y territorios. Su objetivo principal consistió en propiciar un espacio entre los diferentes sectores interesados en este proceso para el intercambio de ideas y experiencias en torno a temas coyunturales y de relevancia para la restitución de tierras y territorios.

Las organizaciones consideraron que resultaba particularmente importante que los espacios así propiciados permitieran la identificación previa de *nodos problemáticos*, de manera que la interacción con los distintos actores desde el diálogo de saberes lograra, a su vez, desarrollar estrategias argumentativas de posible solución, como producto de un debate propiciado en un escenario común. La construcción de situaciones objeto de análisis colectivo, cuyo punto de partida fue la propia experiencia de los actores desde el ámbito de sus competencias y saberes, permitió el impulso de una masa crítica que contribuye a



detectar en tiempo real los retos y desafíos de las temáticas abordadas y sus posibles soluciones.

Estos encuentros se realizaron en territorios de competencia de los jueces y magistrados de restitución de tierras (Medellín, Cartagena, Cali, Cúcuta, Bogotá), entre junio y diciembre de 2013. Los lugares de realización fueron concertados con los participantes estratégicos, así como la temática a desarrollar, teniendo en cuenta temas relacionados con los avances del proceso y las dificultades que la temática abordada afrontaba en cada zona en particular. Los encuentros se desarrollaron durante un día cada uno y contaron con la participación de personal de especial idoneidad y reconocimiento nacional respecto de la temática seleccionada. Dentro de los participantes se encontraban principalmente los jueces y magistrados de restitución de tierras, así como también algunos funcionarios de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD) y de la Procuraduría Delegada para la Restitución de Tierras.

Cada espacio estuvo motivado por la intervención de dos expositores expertos en la materia objeto de discusión. Tanto los expositores como los demás participantes con anterioridad al evento contaron con material de lectura de apoyo y preguntas reflexivas que permitieron canalizar el debate a un escenario común.

Los conversatorios se realizaron teniendo en cuenta el siguiente orden de sucesos: (i) bienvenida, saludos, presentación de los ponentes y los participantes, lo cual estaba a cargo de un moderador; (ii) los expositores expertos tuvieron un tiempo de intervención de aproximadamente 30 minutos cada uno; (iii) a continuación se abrió el escenario para la intervención, preguntas y reflexiones de los demás participantes y algunas respuestas de los expertos, y (iv) un cierre del conversatorio con exposición de los puntos más álgidos identificados, las convergencias y divergencias, y conclusiones a las que hubiera lugar, lo cual estaba a cargo del moderador.

Esta experiencia se encuentra sistematizada en el presente documento, el cual es producto exclusivo de los debates allí presentados. Después

de cada encuentro se realizó una relatoría del mismo, la cual fue revisada, en su mayoría, por los expertos invitados¹. El documento de conclusiones refleja algunos temas comunes a los debates realizados en cada región.

1 Todos los expositores conocieron, desde el momento en que decidieron colaborar con el proyecto, que su documento sería publicado. Sin embargo, no se logró que todos dieran su visto bueno al documento final.

PONENTES

Juan Manuel Ospina Restrepo

Economista de la Universidad de Antioquia, con maestría en Historia Económica del Instituto de Altos Estudios de Ciencias Sociales IHES, de París y maestría en Planeación y Desarrollo Agropecuario del Instituto de Estudios de Desarrollo Económico y Social, IEDES de París. Fue asesor presidencial para el montaje del Plan Nacional de Rehabilitación, subgerente cultural del Banco de la República, secretario general del Ministerio de Agricultura en 1982, consejero presidencial, director ejecutivo de la Corporación Resurgir y director de la fundación La Previsora entre 1988 y 1990, y director de Colcultura entre 1990 y 1991. En el sector agropecuario ha sido secretario general del Minagricultura, presidente de la SAC, senador (Comisión Quinta de Asuntos Rurales, Ambientales y Mineros) y gerente del INCODER (2010-2012). Actualmente es investigador docente del Externado, coordinador de la Cátedra Externadista de Asuntos Rurales e impulsor de un posgrado en el área.

Sergio Roldán Zuluaga

Abogado, egresado de la Universidad de los Andes y especialista en derecho administrativo, con experiencia en derechos humanos como director de Recursos y Acciones Judiciales y como director nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo. Experto en reparación integral a víctimas del conflicto. Coordinador nacional del Área de Reparación y Atención a Víctimas de la Comisión de Reparación y Reconciliación (CNRR). Co-redactor de los Criterios de reparación y proporcionalidad restaurativa dirigidos a los jueces, de la CNRR; coautor del libro La voz de las regiones, análisis regional de los componentes del Programa de Restitución de Bienes. Co-redactor del primer borrador del Programa de Restitución de Bienes, PRB, de la CNRR. Coautor del libro Bienes patrimoniales de las víctimas, un análisis de la normatividad vigente después de la inexecutable del Estatuto de Desarrollo Rural, publicado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público. Autor de la Guía de actuación de los procuradores delegados para la restitución de tierras. Autor del Módulo de Derecho Agrario y restitución de tierras para la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Es co-autor de la Guía para el diseño de garantías de no repetición,



publicada por la Fundación Social. Es abogado independiente y consultor en materia de Justicia Transicional, derechos humanos y derechos colectivos.

Luis Manuel Lasso Lozano

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana Bogotá. Actualmente Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Yamile Salinas Abdala

Abogada independiente de la Universidad del Rosario con amplia experiencia en derecho público, administrativo, ambiental, cultural y en derechos humanos con énfasis en derecho a la propiedad y a las posesiones tanto individuales como de grupos étnicos y en derecho de las víctimas. Ha sido consultora de la Procuraduría General de la Nación, la comisión de seguimiento de la sentencia T 025 DE 2005, CODHES, el CIJUS y el CINEP, con aspectos relacionados con los derechos de las víctimas del despojo y del destierro.

Óscar Ramírez Cardona

Profesional en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santo Tomás, tiene especializaciones en Derecho Público de la Universidad Nacional de Colombia, Legislación Financiera de la Universidad de los Andes y Derecho Tributario de la Universidad del Rosario y es Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Ha trabajado en el sector financiero y ha sido catedrático en las universidades del Rosario, Los Andes, Grancolombia y Santo Tomás. Entre sus publicaciones se encuentran artículos como “La restitución de tierras. Acción constitucional para la protección de un derecho social fundamental” (2013). Actualmente se desempeña como Magistrado en la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Bogotá.

Fernando Vargas Valencia

Abogado especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Sociología Aplicada de la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Ha sido consultor, investigador socio-jurídico y asesor de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento – COCHES, el Consejo Noruego para Refugiados, la Procuraduría General de Nación, la Contraloría General de la República, la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, la Universidad Externado de Colombia y la Red Nacional de Programas Regionales de Desarrollo y Paz, en materia de derechos humanos, restitución de tierras, justicia transicional y desplazamiento forzado. Actualmente se desempeña como investigador socio-jurídico de la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado y como consultor independiente en reparación a víctimas.

Augusto Ibáñez Guzmán

Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho penal y criminal de la misma Universidad, y en derecho penal de la Universidad de Salamanca. Fue Ministro Plenipotenciario de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional y Procurador General de la Nación ad hoc. Es miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Profesor de ciencias jurídicas en la Universidad Pontificia Javeriana, Universidad Externado de Colombia. Ha publicado numerosas obras en el campo del Derecho Penal. Entre ellas: El Sistema Penal en el estatuto de Roma, Del límite a la limitante, El delito fiscal, El nuevo Sistema Procesal Penal. Fue presidente de la Corte Suprema de Justicia en el periodo 2009-2010.

Farid Samir Benavides

Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Ciencia Política de la Universidad de Massachusetts. Magister en Sistema Penal y Problemas Sociales de la Universidad de Barcelona. Doctor en Derecho de la Universidad de Pompeu Fabra. Doctor en Ciencia



Política de la Universidad de Massachusetts. Director Área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología de la Facultad de Derecho - Universidad de los Andes. Exviceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa. Sus más recientes publicaciones son: El largo camino Hacia la paz. Procesos de paz e Iniciativas de paz en Colombia y Ecuador (2013), Movimientos Indígenas y Luchas Por los Derechos en Colombia (2013), Justicia en Épocas de Transición. Conceptos, Modelos, debates, Experiencias (2013), Indígena Movilización Popular y la lucha por sus derechos en Colombia (2009).

Luis Jorge Garay Salamanca

Adelantó estudios de Ingeniería industrial, magister en economía de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, y de doctorado, Ph.D., en economía en el Instituto Tecnológico de Massachussets, Estados Unidos. Investigador visitante de las universidades de Cambridge y Oxford (1981-1982), Inglaterra, y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (1994). Consultor del BID (1994-2001), del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2000-2002), del Departamento Nacional de Planeación de Colombia (1996-1998) y de la Contraloría General de la República de Colombia (2001-2002). Asesor especial del Ministerio de Hacienda en el manejo de la deuda externa y la programación macroeconómica (1984-1991), del Ministerio de Comercio Exterior en la negociación de acuerdos de libre comercio (1993-1994) y del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia en asuntos comerciales y temas relacionados con migración internacional (2003-2005). Actualmente coordinador de investigaciones de Planeta Paz, director del Equipo Nacional de Verificación de la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (que reporta a la Corte Constitucional de Colombia), director académico de Scientific Vortex Group, consultor de la Contraloría General de la República de Colombia, director del comité académico del Centro Internacional de Estudios sobre Redes Ilícitas Transnacionales (Roma, Italia) y profesor visitante de Link Campus University en Italia. Ha publicado más de cincuenta y cinco libros, así como cerca de noventa artículos en revistas especializadas sobre temas como comercio internacional e integración económica, migración internacional, desarrollo industrial, exclusión social, globalización, desplazamiento forzado y victimización, captura y reconfiguración del Estado, y construcción de sociedad.

Rodrigo Uprimny Yepes

Abogado de la Universidad Externado con amplia formación interdisciplinaria pues tiene maestría en sociología del desarrollo (Universidad de Paris I), doctorado en economía (Universidad Amiens Francia) y diploma de postgrado en resolución de conflictos (Universidad de Uppsala Suecia). Tiene larga trayectoria académica e investigativa. Ha sido profesor de la Universidad Nacional desde 1989 en temas constitucionales, de teoría del Estado y de derechos humanos. Es también profesor visitante de otras universidades colombianas (Andes, Santo Tomás, etc) y extranjeras la American University de Washington (Estados Unidos) o la Universidad de Grenoble (Francia). Tiene amplia trayectoria judicial pues fue magistrado auxiliar de la Corte Constitucional durante 11 años; durante varios meses ejerció la magistratura como magistrado encargado; ha sido también perito de la Corte Interamericana. Actualmente es director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia. Ha publicado numerosos artículos y libros en temas constitucionales, de administración de justicia y de derechos humanos, entre ellos: “El laboratorio colombiano: narcotráfico y administración de justicia en Colombia”; “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”; “Violence, Power and Collective Action: A Comparison between Bolivia and Colombia” (Violencia, Poder y Acción Colectiva: Una Comparación entre Bolivia y Colombia) y “Tribunal Constitucional e emancipacao social na Colombia” (Corte Constitucional y emancipación social en Colombia).

LOS MEGAPROYECTOS ECONÓMICOS Y LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS - MEDELLÍN

Junio 21 de 2013

CONFLICTO ARMADO, DESARROLLO RURAL Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS

Juan Manuel Ospina Restrepo

Juan Manuel Ospina comenzó su intervención explicando que en Colombia existe una relación íntima entre conflicto armado y conflicto agrario. Lastimosamente, el Derecho Agrario se dejó de lado de los intereses académicos durante décadas; sin embargo, a partir de la actual política de reparación a víctimas y restitución de tierras, el tema del Derecho Agrario ha vuelto a ser centro de atención en la política y la academia. El problema de haber dejado de lado por tanto tiempo el tema agrario, es que las perspectivas que hoy se tienen tienden a estar desactualizadas y no recogen las particularidades del presente. Además, resaltó la importancia de las negociaciones entre el Gobierno y las FARC en La Habana, pues estas están también íntimamente relacionadas con el conflicto agrario del país.

En este escenario hay una oportunidad histórica para el país de articular una política de tierras con una política de desarrollo rural, pues es necesaria para la solución del conflicto armado. Esta articulación debe hacerse teniendo en cuenta los derechos de las víctimas, la Constitución Política y la normativa internacional, que obligan a que el Estado dé solución al conflicto siempre teniendo en cuenta la posición de prevalencia de los derechos de las víctimas. Este punto fue objeto de debate entre los jueces, quienes argumentaron que si bien es cierto que debe existir una relación entre sus fallos de restitución y la política de desarrollo rural, es difícil lograr esto cuando no hay una política clara de desarrollo rural, ya que esta aún se encuentra en construcción. El expositor respondió a esta inquietud que precisamente por el hecho de que no hay una política clara de desarrollo rural, la incidencia que van a tener los jueces de restitución de tierras va a ser mayor.



El expositor explicó que es importante que los jueces de restitución de tierras tengan una perspectiva de contexto histórico acerca de los conflictos por la tierra en Colombia, para que, teniendo en cuenta dicho contexto, puedan fallar acorde con las necesidades de las víctimas. Comprender el contexto permite asimilar que el actual proceso de paz y las políticas de reparación a víctimas no están aisladas históricamente, que no se trata de procesos de paz diferentes, sino que en la actualidad estamos en una etapa de un proceso que comenzó muchas décadas atrás. Así se puede ver que los procesos de paz anteriores no necesariamente han fracasado en todo, sino que eran apenas una pequeña parte de un proceso más amplio.

Desde un punto de vista histórico, el problema de la tierra ha marcado los planteamientos del Partido Liberal y del Partido Conservador, sobre todo en la primera mitad del siglo XX. Además, ha sido un tema bandera y una de las razones del impacto político de la guerrilla de las FARC. Uno de los problemas más importantes que hay en Colombia en relación con la tierra es el de la informalidad. Esto se debe a que las políticas de reforma agraria en Colombia se han basado en la idea de ocupación; es decir, el Estado puede adjudicar tierras a sujetos de reforma agraria que ocupen *de facto* un terreno baldío. De allí que el 48% de la tierra en Colombia no se encuentre formalizada, es decir, son tierras que no cuentan con un título jurídico de propiedad que esté inscrito en el Registro de Instrumentos Públicos.

El problema de la clarificación de la propiedad ha intentado resolverse desde 1936, a partir de las políticas agrarias de Alfonso López Pumarejo. Desde esta época también se intentó garantizarles derechos a los campesinos que comenzaran procesos colonizadores. De hecho, basándose en esta lógica, en zonas como el Urabá Antioqueño, el Magdalena Medio y el Piedemonte Llanero se llevaron a cabo procesos colonizadores muy significativos entre los años cincuenta y ochenta. Estas regiones también fueron asentamiento de la guerrilla y objeto de colonización armada por parte de esta. Estas zonas de colonización campesina hoy en día coinciden con las regiones en donde hay más conflictos por la tierra.

Sin embargo, los conflictos por la tierra no están solamente basados en conflictos violentos, sino que desde instancias del Estado también se han realizado muchas formas de despojo jurídico, sobre todo desde las notarías. El despojo no necesariamente es el que tiene una violencia explícita y directa, sino que también es aquel en el que se hacen artimañas jurídicas para quitarle la tierra a alguien. Allí hay un problema de corrupción en la administración pública en general, que es importante que los jueces lo tengan presente a la hora de fallar, pues la corrupción, paralela a las armas, ha marcado las lógicas del conflicto armado en Colombia.

Una forma de blindar a las comunidades rurales del despojo jurídico y la precariedad en la tenencia de la tierra, es que cuando el Gobierno, a través del INCODER (Instituto Colombiano de Desarrollo Rural), adjudique tierras a los campesinos, entregue los títulos ya registrados en el Registro de Instrumentos Públicos. Aunque ha habido intentos de que esto sea así, hasta ahora se siguen entregando las resoluciones de adjudicación sin estar previamente registradas. Los jueces deben tener en cuenta este tipo de aspectos.

El expositor señala que es fundamental que no se olvide que, además de la protección especial que gozan las comunidades indígenas y afrodescendientes, también existe una protección especial para los campesinos, que comenzó a formarse legalmente desde la Ley 200 de 1936. La protección especial resulta de la mayor importancia cuando se trata de definir conflictos entre varios sujetos que se disputan un territorio.

Por otra parte, el expositor considera que el modelo de ordenamiento del territorio que trae la Ley 160 de 1994 tiene una fragmentación del territorio nacional de esta manera: territorios indígenas, territorios de comunidades afrodescendientes y territorios campesinos. En esta repartición hay un problema, y es que no hay un lugar específico asignado a los empresarios. Esta afirmación causó una discusión en el conversatorio, pues algunos de los jueces participantes manifestaron que los empresarios no necesitan una asignación legal del territorio, pues con el dinero pueden adquirirlo.



El expositor aclaró que, desde su punto de vista, es importante que exista una delimitación de zonas empresariales, no en forma de compartimientos estancos, sino de manera tal que los proyectos agroindustriales puedan convivir con las formas de vida campesina, indígena y afrodescendiente. Es importante que los jueces logren una visión que propenda por el respeto de los derechos de estas comunidades, sin afectar las potencialidades de los territorios. A esto agregó que es importante hacer un desarrollo en la práctica, no solo de figuras como las zonas de reserva campesina, sino también de las zonas de desarrollo empresarial.

En relación con el punto anterior, se resaltó que además de las complejidades propias de la Ley 160 de 1994, esta forma de ordenamiento no corresponde en la realidad con las normas de titulación de tierras. Esto dificulta la labor de los jueces, quienes tienen que actuar a partir de las normas vigentes. Adicionalmente, existe la pregunta acerca de si estas normas vigentes permiten el desarrollo del país. El hecho de que se piense que hay otras normas que favorecen formas específicas de desarrollo, no quiere decir que en casos de tierras rurales deban aplicarse normas como las del derecho de sociedades, lo cual ha sucedido, por ejemplo, en conflictos de tierras entre campesinos y empresas en los Montes de María.

En relación con este punto surgió la inquietud, por parte de algunos jueces, quienes argumentaban que si bien es cierto que debe haber formas de desarrollo que incluyan a los campesinos, esto no puede significar que ellos se vuelvan asalariados de las empresas agroindustriales. Si bien hay unas políticas de desarrollo económico en el país, deben respetarse las limitaciones que existen por normas internacionales, como es el caso de la protección a las poblaciones indígenas del Convenio 169 de la OIT. Otros jueces, en relación con el mismo punto, señalaron que es necesario que los campesinos reciban apoyo por parte del Gobierno para que sus proyectos productivos se realicen con éxito.

Otro problema de las normas que actualmente están vigentes es que estas contienen una idea de campesino que no corresponde con la

realidad, porque las complejas relaciones de los sujetos van más allá de la idea de la familia campesina en su parcela. El campesino hoy en día construye relaciones complejas con diferentes sujetos, y sobrevive económicamente de maneras muy diversas. Aunque hay sectores que incluso hoy siguen apoyando una visión tan conservadora de la vida campesina como esta, la visión que debe importar es aquella que logre el respeto de los derechos y la pluralidad, así como las potencialidades de los diversos sujetos en el territorio.

Por otra parte, una de las particularidades de la economía agraria en Colombia es que es uno de los pocos países que aún tiene una frontera agrícola en expansión. Hay una fuerza campesina que es muy importante para el país, pues son ellos quienes tienen la potencialidad de aprovechar aquellos territorios aún inexplorados. Aunque es cierto que muchos campesinos han tenido que migrar a las ciudades, también es importante resaltar que en la actualidad hay muchos campesinos que están en el campo luchando contra difíciles condiciones, descubriendo tierras y explotándolas.

Pasando al tema de los macro proyectos y su relación con la restitución de tierras, el expositor explica que existe un problema importante derivado de la política minera, pues con la caída del Código de Minas, el Gobierno ha sacado un decreto que pretende que el ordenamiento minero no haga parte del ordenamiento territorial general. Con esto se crea una especie de derecho prevalente de la minería sobre la tierra, afectando directamente los derechos territoriales de comunidades rurales. Aunque no hay normas claras que puedan aplicar los jueces para resolver estos conflictos entre restitución de tierras y minería, es muy importante la labor interpretativa que hagan los jueces a favor de las víctimas.

En cuanto a la dimensión colectiva del proceso de restitución de tierras, el expositor hizo énfasis en la importancia de que se valore la forma del daño sufrida por cada comunidad, pues si el daño es colectivo, la reparación también debe serla. Esto ayuda a garantizar que las reparaciones sean integrales, y además es una forma de agilizar los procesos.



El expositor explica que los jueces de restitución de tierras tienen la posibilidad de abrir caminos que no puede abrir la legislación, pues el conocimiento de casos concretos les permite avanzar rápidamente en la solución específica de estos. En este sentido, aunque no hay una política de desarrollo rural clara y concreta que sirva de ruta a los jueces para decidir, su interpretación y solución de casos concretos sí tiene una incidencia clara en el desarrollo rural del país. Todo el accionar de los jueces tiene en este momento el trasfondo de las negociaciones de La Habana, que pueden frenar o potenciar una forma de desarrollo rural incluyente.

El expositor concluye señalando que los jueces son parte de la operación del Estado en el tema de restitución de tierras, pero no son los únicos y el Estado no los puede dejar solos. Es importante crear una coordinación de nivel estatal, no sectorial, pues la reparación a las víctimas es un problema de Estado. De esta manera se puede evitar que a los jueces se les tache de ser culpables del fracaso de la política de restitución de tierras. A esto, un interviniente agregó que los jueces deben entender los límites de la estructura de la rama judicial y acudir a la colaboración de otras entidades, por ejemplo, en el tema de acompañamiento a retornos.

Durante toda su exposición, Juan Manuel Ospina hizo referencia a temas paralelos, como el problema de la valorización de la tierra y la especulación que esto conlleva. También se refirió a la diferencia entre los conceptos de derecho y territorio, a la confusión de cifras que hay hoy en las entidades encargadas de la restitución, a los daños ambientales de la minería, así como a la importancia del proceso de paz con la guerrilla de las FARC, entre otros.

BUENA FE EXENTA DE CULPA Y CONFIANZA LEGÍTIMA EN UN CONTEXTO DE CONFLICTO ARMADO PROLONGADO

Sergio Roldán Zuluaga

Sergio Roldán Zuluaga comenzó su intervención haciendo un breve contexto que situara a los oyentes y les permitiera entender las razones de sus propuestas. Así, señaló que en contextos de violencia, de ausencia estatal y de relaciones desiguales que crean conflictos por la tierra, es muy difícil hablar de confianza legítima en aquellos lugares donde no imperó el Código Civil sino los códigos de la arbitrariedad de las armas. Sin embargo, los jueces de restitución de tierras tienen la labor de crear fallos que, en la medida en que sean unificados y desarrollen un precedente, podrán crear confianza legítima desde las decisiones judiciales.

Es importante que se entienda que durante décadas los campesinos y las comunidades rurales en general, no se rigieron bajo las leyes del Estado, sino que eran códigos de violencia los que imponían las conductas. Las relaciones que se crearon allí fueron desiguales. Esto tiene una relación directa con la forma en que hoy en día deben fallar los jueces, pues es injusto exigirles a las víctimas el cumplimiento impecable del Código Civil cuando por tanto tiempo las transacciones inmobiliarias estuvieron mediadas en muchos casos por la violencia; en suma, no imperó en sus territorios el derecho estatal.

Esta idea fue uno de los principales puntos de discusión, pues los magistrados del Tribunal de Antioquia y algunos jueces argumentaron que no es posible hacer tales distinciones, pues la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en establecer que ningún tipo de sujeto puede aprovecharse del contexto del conflicto armado, ni las empresas ni los campesinos pueden hacerlo. Este punto fue desarrollándose a lo largo de la intervención, mientras el expositor volvía sobre el punto de que es importante contextualizar las decisiones de restitución de tierras en un contexto de justicia transicional. Esta es la única manera en que este tipo de diferenciaciones pueden sostenerse jurídicamente, pues el derecho civil clásico limita estas posibilidades, por la aplicación



de un principio de igualdad tanto a un campesino vulnerable como a un empresario rural. Además, la Justicia Transicional parte de la base de la imposibilidad del Estado de resolver violaciones masivas y sistemáticas a los Derechos Humanos a partir del derecho común.

En relación con este punto, uno de los participantes agregó que la cartografía social es un medio probatorio importante para tener en cuenta, pero para que este medio probatorio sea idóneo, es muy importante recibir la argumentación, metodología y fundamentación del proceso cartográfico por parte de la UAEGRTD, si es esta entidad la que construye esta prueba. Este medio probatorio permite, entre otros, identificar cuándo hubo desplazamientos sucesivos, para así poder determinar si se mide de manera diferente la buena fe de campesinos que compraron tierras de otros campesinos que fueron desplazados, o si se les exige la misma diligencia que a empresas que compraron este tipo de tierras.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional es muy importante en estos temas, sobre todo deben traerse a colación argumentos referidos en la Sentencia T-025 de 2004, que declaró un estado de cosas inconstitucional en relación con la atención a los desplazados. En la jurisprudencia creada por la Sala de seguimiento a esta sentencia, se estableció que es imperativo que se observe un principio sociológico determinado por la vulnerabilidad en que se encuentran los campesinos frente al análisis de ciertos principios, como el de buena fe y confianza legítima a favor de las víctimas del conflicto armado, pues estas se encuentran en un estado de necesidad manifiesta.

Desde la Ley 387 de 1997 el Estado colombiano reconoció la magnitud del problema del desplazamiento forzado. Una de las herramientas que utilizó esta ley fue la creación de un registro público de tierras despojadas, con lo cual se reconocía que ciertas transacciones sobre los bienes no se habían desarrollado en un contexto de normalidad, sino que había situaciones de violencia que habían mediado las transacciones. Hoy en día se ha entendido que no solo las transacciones de los predios estaban mediadas por violencia, sino que esto también se extendió a otros bienes, como son las licencias de explotación minera.

El reconocimiento de un orden comercial anormal también se hace presente en varios artículos de la actual ley de víctimas y restitución de tierras, por ejemplo en las presunciones y en la inversión de la carga de la prueba, mecanismos transicionales con los cuales se impide que se falle bajo estándares de normalidad jurídica.

Aunque en el derecho civil se presume la buena fe con el contrato de compraventa, el contexto de conflicto armado ha causado que ya no se presuma, lo cual aumenta la exigencia probatoria en un proceso, especialmente de cara a determinar la condición de vulnerabilidad en que se encuentra esa persona que se presenta en calidad de opositora en un proceso de restitución. La colaboración de la UAEGRTD en la construcción del acervo probatorio es muy importante para los jueces, pues se facilita la determinación del derecho. A este punto uno de los participantes agregó que, según la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la medida en que el proceso de restitución de tierras es de única instancia, la UAEGRTD tiene la importante labor de garantizar el derecho de contradicción en la etapa administrativa del proceso. Otro participante agregó que es importante hacer una diferenciación entre la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva, para poder determinarla en cada caso concreto.

El expositor señaló que sentencias como la SU-360/99, la C-131/04, la T-642/04 y la C-384/99 pueden ayudar a los jueces a reforzar sus argumentos relacionados con la confianza legítima y el interés público en medio de relaciones anormales en el tráfico jurídico.

También la acumulación de pretensiones puede hacer que sea más fácil para el juez la determinación de derecho, pues en la medida en que existe un interés de varias personas o de comunidades enteras, se puede hacer un ejercicio de ponderación de intereses entre el interés general y su relación con el principio de confianza legítima. Este punto también fue debatido por los magistrados, quienes argumentaban que la determinación del derecho no está relacionada con la cantidad de sujetos. El expositor respondió que es importante hacer el ejercicio de ponderación de intereses teniendo en cuenta el interés general, y no los intereses particulares de cara a determinar un estándar de aplicación del derecho a la igualdad.



Además, en la medida en que ha habido daños colectivos, también es importante que se hagan ponderaciones de tipo colectivo que permitan la comprensión de la dimensión colectiva de los daños.

El expositor argumentó que es importante que la exigencia probatoria dependa del sujeto que reclame el derecho, pues no se le puede exigir el mismo grado de diligencia a una familia campesina que ocupó o adquirió tierras en un lugar donde había desplazamientos, que a una empresa que realiza transacciones masivas sobre bienes de campesinos que fueron despojados. Este punto causó una discusión entre el público, pues algunos jueces argüían que el principio de buena fe es un principio general, y que su aplicación diferente viola el principio de igualdad que no puede aplicarse de manera diferenciada, mientras que otros jueces estaban de acuerdo con el planteamiento del expositor.

Para resolver la discusión, el expositor explicó que no puede haber una fundamentación y sustanciación de los procesos que se limite a documentos jurídicos, sino que esto debe realizarse también teniendo en cuenta elementos sociológicos, pues es la única forma de aplicar los principios de buena fe y confianza legítima a lo fáctico que rodea cada caso concreto. De allí que sea tan importante el entendimiento del contexto del conflicto armado para la resolución de los casos concretos, la determinación del derecho y el alcance del mismo. Además, explicó que es de la mayor importancia no criminalizar a los campesinos que compraron tierras a bajo precio de otros campesinos. Una propuesta que podría servir para evitar esto, es que cuando el juez encuentre que esto sucedió con el opositor, ordene al INCODER que incluya a los campesinos que compraron como sujetos de reforma agraria, de manera tal que tengan la posibilidad de adquirir tierras y seguir con su proyecto de vida.

En relación con la confianza legítima, el expositor explicó que este principio también tiene unos elementos que lo refuerzan. Por ejemplo, cuando el Estado ha dado su palabra en apoyar una actividad económica, o cuando hay actos del Estado, como el otorgamiento de licencias; o cuando hay cambios abruptos en la legislación, pues el Estado no puede desestabilizar abruptamente las relaciones del administrado. Estos

casos podrían servir para que un tercero argumentara el principio de confianza legítima en la administración o en la justicia.

Sergio Roldán Zuluaga concluyó su exposición explicando que es muy importante que los jueces estén dentro de la lógica de la Justicia Transicional, dado que las ideas que él expuso, como la diferencia de trato entre empresas y familias campesinas, o la aplicación diferenciada de principios que comúnmente son generales en derecho, no son ideas que se sostengan solas, sino que es necesario llenarlas de contenido y contexto para poder justificarlas en cada caso concreto. Por esto hace un llamamiento a la profundización de la argumentación sociológica en los fallos de restitución de tierras, pues de esta manera se pueden respetar los derechos de las víctimas y los terceros que logren demostrar su buena fe y que se atienda la condición vulnerable de la persona que se presenta como opositora.

En relación con este punto, un participante intervino para llamar la atención sobre cómo hasta el momento no se ha tenido en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual podría ayudar a determinar el alcance de principios como la buena fe en contextos de violencia. A su vez, otro participante intervino para interpelar al primero, explicando que desde su punto de vista, los criterios legales y jurisprudenciales internos son válidos y suficientes para que los jueces fallen, a lo cual añadió que es muy poco probable que a la Corte Interamericana de Derechos Humanos lleguen casos de restitución de tierras previamente fallados por los jueces nacionales. Con esta discusión terminó la intervención de Sergio Roldán Zuluaga.

CONCLUSIONES Y CIERRE CONCEPTUAL

Fernando Vargas Valencia y Luis Jorge Garay

Fernando Vargas Valencia realizó un cierre del conversatorio señalando los puntos más importantes de este. Comenzó explicando que hay una expresión común a las exposiciones y es que la política de restitución de tierras está inmersa en una expresión territorial de las políticas públicas que requiere decisiones gubernamentales, pero además intervención



judicial en pro de la protección de los derechos fundamentales en el contexto rural.

Es importante examinar las políticas de desarrollo rural, incluso las que ahora se encuentran como proyecto, pues estas dan luces para que las víctimas tengan prioridad en el acceso a la oferta agropecuaria, tal como está previsto en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. También es importante que se tenga conocimiento de las políticas ambientales, mineras, entre otras, pues estas convergen en los territorios y deben ser evaluadas por los jueces de restitución.

Es de la mayor relevancia que se tenga muy claro que el objeto de análisis de los jueces de restitución de tierras es el territorio, concepto que abarca las relaciones sociales que crean las comunidades rurales con un espacio determinado. El objeto de análisis no puede circunscribirse al predio, pues esta unidad es limitada y no permite la garantía de derechos de las comunidades rurales.

Aunque la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras está inmersa en una lógica de justicia restaurativa y no justicia distributiva, es de la mayor relevancia que los jueces comprendan las injusticias históricas y las asimetrías sociales que fueron condiciones de vulnerabilidad que propiciaron el despojo y el abandono forzado de tierras. Por esta razón, los jueces, si bien no están llamados a hacer una redistribución de la tierra en Colombia, tienen que tener en cuenta elementos de justicia distributiva para poder fallar garantizando los derechos de las víctimas, pues las desigualdades radicales están en la base del conflicto armado, y el desplazamiento forzado es una de las expresiones de estas desigualdades.

Por último, se resaltó la cartografía social como un medio de prueba idóneo en los procesos de restitución de tierras, tal como lo señala el decreto 4829 en su artículo 15. Este medio de prueba permite la comprensión del territorio como unidad de análisis, además tiene la capacidad de incluir la dimensión colectiva del territorio y la dimensión colectiva de los daños, lo cual es indispensable para la reparación integral.

Luis Jorge Garay, quien acompañaba el conversatorio de manera virtual, comentó algunos de los puntos relevantes del conversatorio, complementando así las conclusiones de Fernando Vargas Valencia. Uno de los primeros puntos que señaló se refiere a que los jueces deben tener en cuenta que el despojo y el abandono forzado de tierras es fruto de violencias sistemáticas que han sufrido las comunidades rurales en el país. En Colombia se ha logrado probar que patrones de criminalidad sistémica son estrategias de despojo.

También señaló que en el momento actual, los jueces tienen que observar con mucho cuidado los límites difusos que hay entre lo legal y lo ilegal. Muchas empresas se han apropiado de territorios de campesinos utilizando como estrategia mantenerse en ese límite. Por eso es importante que los jueces actúen sigilosamente en este contexto y utilicen las herramientas interpretativas de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, así como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para proteger los derechos de las víctimas. Agregó que, aunque el principio de buena fe exenta de culpa tiene graves inconvenientes en su aplicación, también aporta buenos criterios para identificar estrategias financieras y empresariales muy sofisticadas que se utilizan para la apropiación de territorios baldíos o de comunidades rurales.

Por último, Luis Jorge Garay invitó a que se tengan en cuenta dos conceptos. Por un lado, es importante que se piense en la **empresarización** agraria para el desarrollo del país, pero esta no es la única forma de desarrollo posible. También es fundamental que se invierta en la modernización de la economía campesina, pues de esta manera se pueden respetar los derechos territoriales de las comunidades campesinas sin afectar el desarrollo económico del país.

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO CIVIL: GRADOS DE COMPLEMENTARIEDAD EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL COLOMBIANA - CARTAGENA

Julio 26 de 2013

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN UN PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL

Luis Manuel Lasso Lozano

El expositor comenzó su presentación haciendo un reconocimiento a la labor de los jueces de restitución y resaltando su compromiso, gracias al cual el país aprecia los primeros resultados de este importante objetivo de la política de Estado en la materia. Señaló que hay una relación entre el proceso de restitución de tierras y el proceso de paz que se está negociando entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC. En la medida en que las víctimas adviertan que es posible restituir los derechos que les arrebató la guerra, es previsible que adquieran confianza en el proceso. En el año de 2004, gracias a un llamado de un centro de investigación, el expositor trabajó en asocio de varios académicos en el diseño de fórmulas que permitieran la conciliación de los derechos de las víctimas con la negociación del conflicto armado. De este estudio se dedujo que las fórmulas posibles para un proceso de Justicia Transicional dependían de la combinación de los siguientes factores:

- Intensidad del conflicto armado.
- Incidencia de los movimientos sociales de víctimas.
- Presión de la comunidad internacional.

De allí se dedujo que no había formas únicas de Justicia Transicional, sino que cada sociedad diseñaba su propia perspectiva pero esta generalmente era resultado de los tres elementos enunciados.

Ubicados en ese contexto, a continuación el expositor desarrolló uno de los aspectos de ese tercer factor: la presión de la comunidad internacional desde la perspectiva del denominado control de convencionalidad. La profundización en este tema implica de antemano reconocer



que la normativa generada en torno a la Justicia Transicional está en construcción. Por tanto, el esfuerzo consiste en hacer aproximaciones que permitan entender la evolución de estos temas en la jurisprudencia de los tribunales internacionales que lo han tratado.

Muestra de este dinamismo es la sentencia de agosto de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conocida como El Mozote contra El Salvador, en la que se introdujeron elementos innovadores sobre los estándares internacionales de Justicia Transicional, decisión a la que el expositor se refirió más adelante.

Aunque el tema del control de convencionalidad ha pasado relativamente inadvertido en los medios jurídicos nacionales, su importancia es enorme dada la influencia creciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la labor cotidiana de los jueces. El expositor señaló que el control de convencionalidad consiste en el deber que tienen los jueces del sistema interamericano en el sentido de controlar sus decisiones, al momento de ser adoptadas, no solo con la constitución del respectivo país, lo cual es de esperar, sino además y por sobre todo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en especial, con la jurisprudencia que sobre el particular ha desarrollado la Corte Interamericana. De esta manera, resulta previsible que el control de convencionalidad cause cambios muy significativos en los sistemas constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aunque no se podrá profundizar en esto, resulta pertinente señalar que hay una diferencia fundamental con la forma como el Sistema Europeo de Derechos Humanos ha abordado la cuestión. En dicho sistema, las realidades políticas han llevado a hacer una crítica a la concepción que en América se tiene del control de convencionalidad. Esta herramienta, por diversas razones, no es usada en Europa.

Como es sabido, las cortes internacionales de Derechos Humanos sólo funcionan en el momento en que se presentan deficiencias en la justicia interna, es decir, las cortes internacionales se activan de manera subsidiaria cuando hay falencias en la protección nacional de los Derechos

Humanos. En este sentido, en la medida en que los jueces son los actores principales en los sistemas nacionales de protección hay una relación íntima entre la labor de los jueces al interior de un Estado y la labor de los jueces de las cortes internacionales. Por esto es que, en buena parte de los casos conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha habido previamente la constatación sobre las falencias en el acceso y/o la administración de justicia dentro de los Estados, y por este hecho es que la Corte resulta competente para conocerlos.

El principal instrumento del Sistema Interamericano es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica de 1969. En Colombia este instrumento integra nuestro bloque de constitucionalidad y se ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto hace que la Convención Americana sea un instrumento obligatorio para tener en cuenta por jueces y abogados, no solo en el litigio internacional sino al interior del Estado. A partir del planteamiento del control de convencionalidad, se refuerza esta concepción de obligatoriedad de la Convención Americana en los sistemas judiciales nacionales.

El control de convencionalidad tiene unos fundamentos normativos que en la lógica de su funcionamiento no difieren esencialmente del control de constitucionalidad, conocido por los operadores jurídicos en Colombia. Si bien el fundamento normativo para cada uno de estos es diferente, la naturaleza de su funcionamiento es muy similar. Los fundamentos jurídicos del control de convencionalidad están dados en las siguientes disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. En primer lugar, en el artículo 2 de la Convención², referente al “deber de adoptar disposiciones de derecho interno”. Esta norma es la fuente del control de convencionalidad, pues establece la obligación de los Estados de tomar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en dicho instrumento. Al

2 Artículo 2, Convención Americana de Derechos Humanos. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.



establecer esta amplia obligación en cabeza de los Estados, se entiende que no solo el legislador, sino los funcionarios administrativos y los jueces también están obligados a tomar medidas que propendan por la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención.

La obligación de adoptar disposiciones de derecho interno se complementa con dos normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Este instrumento establece en su artículo 26³ el principio de derecho internacional denominado “*pacta sunt servanda*”, que implica que los tratados deben ser cumplidos de buena fe por las partes firmantes. Además, en el artículo 27⁴ de la Convención de Viena se dispone que los Estados no podrán alegar la aplicación del derecho interno para justificar la inobservancia de tratados internacionales. Ambas disposiciones refuerzan la idea de que todos los servidores, incluyendo los jueces, deben observar y cumplir las obligaciones de los tratados internacionales firmados por Colombia, pues como servidores públicos pueden originar la responsabilidad internacional del Estado.

Teniendo en cuenta estos fundamentos normativos, se deducen los principales planteamientos del control de convencionalidad. En primer lugar, la Corte Interamericana puede invalidar o declarar ineficaz disposiciones de derecho interno que sean contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos del derecho internacional. La Corte ha declarado estos dos efectos diferentes: invalidez o ineficacia, dependiendo del caso. Estos dos efectos causan un impacto relevante en los sistemas de fuentes del derecho.

En segundo lugar, del control de convencionalidad se deduce que todos los jueces de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están en la obligación de realizar un control de convencionalidad que debe ser (i) difuso: cualquier juez tiene que hacer este control; y (ii) oficioso, lo cual implica que ninguna de las partes en

3 Artículo 26, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

4 Artículo 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El derecho interno y la observancia de los tratados.

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

el proceso tiene que pedir que se haga el control de convencionalidad, sino que el juez tiene que examinar todo caso y toda norma a la luz de la Convención Americana.

En cuanto a los conflictos entre la Convención y la Constitución, un participante preguntó si se podría aplicar la Constitución por encima de la Convención en caso de que sea la Constitución más favorable que la Convención. Se explica que la misma Convención Americana tiene una disposición⁵ que se refiere a que siempre debe hacerse la interpretación que sea más favorable a la protección de los Derechos Humanos. La lógica del Sistema Interamericano es de derechos mínimos que los Estados se comprometen a proteger, lo cual por supuesto implica que si un Estado tiene una protección más amplia, es a todas luces conforme a la Convención Americana.

Los fundamentos jurisprudenciales del control de convencionalidad vienen formándose en la última década en la jurisprudencia de la Corte Interamericana dando inicio a esta línea en 2001 con el caso llamado “Última tentación de Cristo vs. Chile. En este caso la Corte aún no había denominado la figura como hoy la conocemos, pero en los planteamientos aparecían ya sus fundamentos. En dicha ocasión la Corte Interamericana ordenó al Estado de Chile que reformara su Constitución, pues esta permitía la censura previa lo cual está expresamente proscrito por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esta manera, la Corte Interamericana sitúa a la Convención Americana en la cúspide del sistema de fuentes del derecho.

5 Artículo 29, Convención Americana de Derechos Humanos.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.



Después de este caso, en 2006, la Corte vuelve a esbozar la tesis del control de convencionalidad, en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”. Esta es la primera ocasión en que la Corte nombra a la tesis expresamente. Los hechos de este caso consisten en la existencia de un decreto que prohíbe la investigación de delitos cometidos entre 1973 y 1978, durante la dictadura del general Pinochet. Este decreto es el fundamento normativo de un juez chileno para negar la petición de investigar unos hechos por parte de los familiares del señor Almonacid Arellano.

La Corte Interamericana en este caso declaró sin efectos tanto el decreto como la resolución del juez por ser contrarios a la Convención Americana⁶. En pocas palabras, la Corte impuso al Estado chileno la obligación de cumplir de buena fe los compromisos adquiridos al firmar la Convención Americana. El cumplimiento de la Convención debe hacerse de acuerdo con la interpretación que la misma Corte Interamericana ha realizado sobre la Convención en su jurisprudencia, pues esta es el intérprete último de la Convención. Lo que al final de cuentas significa que el parámetro de aplicación del control de convencionalidad es la jurisprudencia de la Corte Interamericana, los tratados sobre los cuales la Corte tiene competencia para conocer y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana.

En cuanto a este punto uno de los participantes del conversatorio intervino para preguntar por qué las opiniones consultivas hacían parte del parámetro de aplicación del control de convencionalidad pues estas no tienen efectos vinculantes en el Sistema Interamericano. Al respecto el expositor señaló que el efecto vinculante de la sentencia difiere del efecto de la opinión consultiva. La primera obliga a las partes, mientras que la segunda no tiene un efecto obligatorio similar porque no versa sobre casos específicos. Pero sí constituye orientación sobre

6 Párrafo 124, caso Almonacid Arellano vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006.

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”.

los términos de la Convención Americana dado que, en la práctica, la Corte retoma lo dicho en tales opiniones para emitir sus sentencias.

Lo que se debe tener en cuenta, entonces, como parámetro del control de convencionalidad no es la parte resolutive, sino su parte considerativa, o *ratio decidendi*, pues en esta es en donde se encuentran las subreglas de la Corte Interamericana, que es lo que esta misma denomina “interpretación autorizada de la Convención”. De esta manera, puede decirse que lo mismo aplica para las subreglas que aparecen en las sentencias y en las opiniones consultivas.

Además, al establecer que el control de convencionalidad es difuso en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* la Corte está obligando a que todo el poder judicial realice el control, incluyendo a los tribunales supremos, a los jueces de apelación y a los jueces de primera instancia. En el caso “*Gelman vs. Uruguay*” del año 2011, la Corte advierte que también los funcionarios administrativos están llamados a hacer el control de convencionalidad.

La mayor dificultad de la tesis del control de convencionalidad es la forma en que este debe aplicarse al interior de un Estado, pues los funcionarios públicos están sujetos a la Constitución y a la ley de su Estado. Esta pregunta ha tratado de ser resuelta por tratadistas de derecho internacional. La primera fórmula de aplicación que se ha propuesto es hacer una interpretación de las normas nacionales que sea conforme con la Convención Americana. De esta manera, el primer paso que debe hacer un juez no es el de inaplicar una norma, sino que debe realizar un esfuerzo interpretativo de la norma conforme a la Convención.

Sin embargo, en caso de que sea imposible hacer una interpretación de la norma nacional conforme al tratado internacional, por ser irreductible la contradicción entre aquella y la Convención, el juez debe *inaplicar* la norma en el caso concreto, lo cual en Colombia se puede hacer a través de la excepción de inconstitucionalidad. La otra opción es *invalidar* la norma de manera general, lo cual tendría efectos *erga omnes*. Esta última opción requiere necesariamente que el juez tenga competencia para hacerlo. En Colombia, entonces, la opción de invalidar la norma, en realidad declararla inexecutable o inaplicable, solo la tiene la Corte Constitucional.



En relación con el tema de aplicación del control al interior de los Estados, los participantes intervinieron en diversas ocasiones para preguntar si la excepción de inconstitucionalidad es la única forma de hacerlo. A esta pregunta se respondió que esta sería la manera más pacífica de poder integrar el control de convencionalidad, pues hay disposiciones constitucionales, como el bloque de constitucionalidad, que facilitan en nuestro país la aplicación del control de convencionalidad. Lo novedoso de la tesis de la Corte Interamericana es el llamado que se hace a los jueces a tener siempre presente, no solo la Constitución, sino también la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Para poder aplicar la tesis del control de convencionalidad es necesario tener en cuenta la teoría de la recepción, según la cual existen dos formas en que el derecho internacional se asimila al interior de un Estado. Por un lado, puede aplicarse directamente, es decir, la Convención estaría por encima de todas las fuentes normativas en una concepción de jerarquía y, por tanto, todo lo contrario a esta es inválido. Por otro lado, como se mencionó anteriormente, otra forma de asimilación más pacífica es la del bloque de constitucionalidad, lo cual es posible en Colombia. Esta última manera implica entender que el articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos hace parte del articulado constitucional.

En una intervención se precisó que existen diversas formas de conflicto entre el ordenamiento interno y la Convención Americana, a saber: (i) conflicto entre la convención y una sentencia colombiana, contradicción que se asimila al problema de las sentencias de tutela contra providencias judiciales; (ii) conflicto entre la Convención y un acto administrativo; (iii) conflicto entre la Convención y una ley interna, y (iv) conflicto entre la Convención y la Constitución. Este último conflicto es el más difícil de solucionar.

Aunque en Colombia aún no hay pronunciamientos específicos basados en el control de convencionalidad, hay quienes afirman que en las reformas al fuero militar se han tenido en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la jurisdicción penal militar y el conocimiento de casos de graves violaciones de Derechos Humanos. Es

curioso que no se esté haciendo lo mismo para temas relacionados con la Justicia Transicional.

También se preguntó si la Corte Interamericana siempre ha ejercido el control de convencionalidad solo en casos concretos. Se explica que por el procedimiento que existe para que la Corte Interamericana se pronuncie, esta siempre se basa en un caso concreto. Sin embargo, en casos como el de Almonacid Arellano, si bien la decisión está basada en el conocimiento de un caso particular, el efecto de la sentencia es la declaración de invalidez de una norma con efectos *erga omnes* en el interior del Estado cuya norma es invalidada.

Se pregunta si la Corte ha utilizado el control de convencionalidad en algún caso referente a Justicia Transicional. Se responde que el caso más emblemático es el de “Almonacid Arellano vs. Chile” en 2006, en donde se trata específicamente el tema del control de convencionalidad. Pero, además, hay otras sentencias que se refieren a Justicia Transicional, y en casi todas se trata de la violación del derecho al acceso a la justicia y el derecho a la protección judicial. Los casos son: “Barrios Altos vs. Perú” en 2001, “La Cantuta vs. Perú” en 2006, “Gómez Lund vs. Brasil” en 2010, y en el caso “El Mozote vs. El Salvador” en 2012.

En este último caso hay un voto razonado muy importante que firmaron 5 de los 7 jueces de la Corte, en donde se flexibilizan los estándares de verdad, justicia y reparación en procesos de Justicia Transicional. Se aclara que este voto razonado no es vinculante, mas sí significa un mensaje político que envía la Corte Interamericana respecto a sus posiciones sobre los parámetros tradicionalmente rígidos de la Justicia Transicional en otras latitudes.

Se discutió si para el caso de Colombia, con la Ley 1448 de 2011, podría haber disposiciones contrarias a la Convención referentes a las distinciones que hay en el reconocimiento de derecho a la reparación para las víctimas, que es a partir de 1985, y el reconocimiento del derecho a la restitución, que es para hechos que suceden de 1991 en adelante. Ante esta duda el expositor recuerda, en primer lugar, que Colombia aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



desde 1985. Se hacen intervenciones de participantes que opinan que puede haber una violación al derecho a la igualdad y no discriminación de las víctimas. Se agrega que aunque Colombia pone este límite, esto no quiere decir que no se pueda acudir a las vías ordinarias de la justicia para reclamar sus derechos, además podría interpretarse que si bien estas víctimas no tendrían derecho a la restitución por hechos sucedidos antes de 1991, sí tendrían derecho a la verdad.

Respecto al tema de control de convencionalidad se hace una intervención para hacer un llamado a los jueces a mirar los actos de todas las entidades que se involucran en el proceso de restitución a la luz de la Convención. Los jueces no deben examinar solo los actos de la Unidad de Restitución, sino también del IGAC, del INCODER, de las oficinas de Registro, etc.

Para concluir, el expositor menciona que la contracara del control de convencionalidad es la tesis sobre el Margen Nacional de Apreciación, que es una doctrina desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos. Para la Corte Europea, la ausencia de consenso entre los Estados sobre temas sensibles en Derechos Humanos ha llevado a que se justifique la imposibilidad de una definición, interpretación y aplicación de algunos derechos en el plano de la Corte Europea y se reconozca un principio de deferencia hacia autoridades nacionales para resolver tales cuestiones.

Los europeos, entonces, conciben su sistema como una especie de condensador, de constructor de consensos, identificando entre los 48 países del sistema cuáles son los puntos comunes, de manera que la Corte Europea no innova, sino que sigue los puntos comunes. En los puntos de gran discrepancia cada Estado debe tomar sus propias decisiones, según su propio margen de apreciación. La justificación de esto es que hay diversidad en los sistemas jurídicos y culturales que integran hoy en día el Consejo de Europa. Esta diversidad hace que en determinados temas sea imposible construir reglas de interpretación unificadas y, por tanto, ciertas materias se confían a las leyes nacionales⁷.

7 Esta tesis ha sido desarrollada por la Corte Europea en los casos de “Escuela Lingüística Belga vs. Bélgica” en 1968, “Wilde vs. Bélgica” en 1972 y “Schalk y Kopf vs. Austria” en 2010.

COMPLEMENTARIEDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL DERECHO CIVIL EN EL MARCO DE UNA JUSTICIA TRANSICIONAL

Yamile Salinas Abdala

La expositora comienza su presentación comentando que en un ejercicio de lectura y análisis de los fallos que hasta ahora han proferido los jueces de restitución de tierras, es muy gratificante ver el esfuerzo que se ha hecho a partir del trabajo de los jueces. Ya ha dado resultados muy significativos para el proceso de restitución, pero además para otros procesos. Ese es el caso de las subreglas y líneas de interpretación referentes al hecho notorio, que pueden llegar a servir tanto para la justicia penal como para casos en procesos administrativos.

Algunos fallos son muy interesantes, como por ejemplo el de Santa Paula, en donde hay un uso muy llamativo de la figura de las presunciones. En Norte de Santander y Putumayo hay fallos con enfoque de género. También en Putumayo ha habido fallos con una visión de reparación integral amplia, una reparación que incluye importantes planes de retorno y enfoques de Justicia Transicional transformadora. En otros fallos en Magdalena también ha habido novedad en cuanto a la garantía de los derechos de las personas que fueron despojadas en zonas de reserva forestal o en parque naturales.

Aunque la ley no tenía criterios claros, este tipo de fallos muestra cómo los jueces se han esforzado en interpretar de manera que se garanticen los derechos de las víctimas del despojo y abandono forzado de tierras. Por supuesto, es indiscutible el esfuerzo que también ha hecho la UAEGRTD, que ha presentado casos como los de las zonas de reserva forestal sin que esto estuviera claro en la ley. De manera que tanto los jueces como la Unidad han innovado de manera positiva para poder garantizar derechos a los sujetos que antes, en el Proyecto de Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada, se les denominaba “terceros sin derechos”. Este concepto refiere a quienes fueron víctimas del desplazamiento y la violencia, pero que por no tener derechos de propiedad reconocidos por el Estado quedaban sin ningún tipo de protección.



Para efectos de la charla, es importante hacer una distinción entre el derecho de la propiedad y el derecho de las posesiones. Esta distinción ha sido muy controversial, principalmente porque esta distinción, desde cierto punto de vista, puede llevar a que se entienda el tema de la propiedad desde el modelo actual de desarrollo. Sin embargo, tiene la virtud de poder hacer eficaz en derecho las solicitudes de las comunidades.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-025 de 2004 no trata esta distinción. Sin embargo, más adelante, en la Sentencia T-821 de 2007, sí se trata esta diferencia de derechos, lo cual permite trascender las medidas de la Ley de Desplazamiento, la cual concebía la estabilización de la población desplazada a partir de la simple restitución de un predio. Estos dos derechos tienen su fundamento en estándares internacionales. Como ya se vio en la presentación de Luis Manuel Lasso, la Convención Americana de Derechos Humanos, a través de la Corte Interamericana, ha desempeñado un papel muy importante en estos temas. Sin embargo, este no es el único instrumento. Está también, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que define el derecho a la propiedad. Esta definición tiene la virtud de entender el derecho a la propiedad no solo como el derecho que se deriva de un título, sino que reconoce el derecho de otros que no tienen un título.

Esta concepción amplia es muy importante, sobre todo para Colombia. Por ejemplo, en el caso de Mapiripán solamente una de las víctimas tenía título de propiedad. De hecho la Corte Interamericana, en este caso, no ampara los derechos de las personas que no tienen el título, porque a la luz de la legislación colombiana no se puede reconocer derecho a la propiedad sin la existencia de un título. Precisamente por esta concepción cerrada es que existen unos sujetos que no son propietarios por no tener título y modo, pero que hay que reconocerles sus derechos y es allí donde el derecho a las posesiones desempeña un papel importante.

En Colombia no está establecido solo el derecho a la propiedad, sino que también hay un derecho de acceso a la propiedad. La Corte Constitucional, además, le ha dado más fuerza al derecho a la propiedad al establecer que este es un derecho fundamental, cuando este está ligado al mínimo vital de las personas. Como la población víctima de

desplazamiento forzado, por lo general, es una población vulnerable, el derecho a la propiedad para ellas tiene siempre el carácter de fundamental por estar en juego su mínimo vital.

Por otro lado, también está el derecho a la restitución. Este derecho surge cuando se le han violado los derechos a la propiedad y a las posesiones a la población víctima del desplazamiento. Este derecho a la restitución también tiene, por supuesto, su fundamento en principios del derecho internacional. Los principales instrumentos son los Principios de Pinheiro y los Principios DENG. Ambos han sido incluidos en el bloque de constitucionalidad por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Los jueces de restitución de tierras han utilizado en sus sentencias, sobre todo, los Principios Pinheiro. Pero también es muy importante que se tengan en cuenta los Principios DENG, porque estos tienen un elemento que es la protección de los bienes. La protección de los bienes de los desplazados es un tema importantísimo y esta protección no debe existir solo desde el momento de la sentencia, que es la prohibición de enajenar los bienes restituidos durante los dos primeros años después del fallo, tal como lo dispone la Ley 1448 de 2011. Los Principios DENG precisamente establecen que debe haber una protección antes, durante y después del desplazamiento.

El tema de la protección fue el más desarrollado por la Sentencia T-025 de 2004, y tiene como fundamento el Decreto 2007 de 2001. Hoy en día la protección vuelve a tomar la relevancia que se merece, pues si no hay una debida protección de los bienes, no bastará la restitución para garantizar la permanencia de la población retornada en sus predios. La protección incluso deberá estar después de haberse garantizado el derecho a la restitución. Esto está fundamentado no solo en la sentencia T-025, sino que hay otras sentencias importantes como la del caso de “La Porcelana”.

En la Sentencia T-821 de 2007, cuando se incorporan los Principios de Pinheiro al bloque de constitucionalidad, establece que la restitución debe ser complementaria y estar articulada con el derecho a la justicia y con el derecho a la verdad. Aunque no es el tema principal de la presentación, es importante señalar que en esta sentencia se



dispone que el derecho a la justicia no debe estar dirigido solamente al establecimiento de responsabilidad para el responsable directo, sino que se deben identificar todos los posibles responsables, sin importar su naturaleza o carácter.

Es importante retomar los Principios Pinheiro, ya que nos recuerdan la relación entre el derecho a la restitución y el derecho a la justicia. Aunque los jueces de restitución de tierras están llamados a una labor específica que es la restitución, ya se ha visto en algunos fallos que los jueces encuentran responsables y compulsan copias a las autoridades competentes para adelantar las investigaciones. De manera es que esto resulta muy positivo, porque el proceso de restitución también aporta al derecho a la justicia.

Aunque aún hay un avance muy precario en el tema de reconocimiento y protección de derechos a comunidades afrodescendientes e indígenas, en esta materia también hay unos estándares internacionales. En primer lugar, está el Convenio 169 de la OIT y, por otra parte, la Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas. Este último instrumento, según el relator de la ONU en estos temas, también se extiende a comunidades afrodescendientes y a otras comunidades, como los gitanos en Colombia. Debe reconocerse que si bien no hay avances en cuanto a fallos de sentencias definitivas, sí se han utilizado estos instrumentos para argumentar algunas medidas cautelares a favor de comunidades indígenas y afrodescendientes.

El mayor reto en este momento es poder armonizar nuestro derecho nacional, incluyendo los avances jurisprudenciales, con los principios y estándares nacionales. Como bien lo mencionaba el doctor Néstor Raúl Correa, se trata de una tensión entre el derecho civil, que es estable y consolidado, y un derecho transicional y dinámico. Los mismos instrumentos internacionales, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, obligan a los Estados a armonizar sus sistemas jurídicos con lo establecido en los tratados. El gran problema es que, en la práctica, nuestras relaciones privadas están reguladas por el Código Civil, que no necesariamente ha sido adaptado y armonizado con los estándares internacionales en Derechos Humanos.

Hay figuras que están contempladas en la legislación civil tradicional, como por ejemplo la figura de la simulación, que en nuestro contexto se ha traducido en el testaferrato. La Corte Suprema de Justicia, y posteriormente la Corte Constitucional, han interpretado situaciones que implican simulación, pero siempre se le ha dado mayor relevancia a la seguridad jurídica. La preponderancia por la seguridad jurídica ha causado vulneración de derechos de comunidades víctimas del conflicto y la violencia sociopolítica. Este tipo de interpretaciones van en contravía, por un lado, del propósito de reparación de las víctimas y, por otro lado, de los estándares internacionales del derecho a la propiedad y a la posesión.

De hecho, puede decirse que no es ni siquiera solamente la legislación civil tradicional la que conlleva a este tipo de vulneración de derechos. Hay figuras que la misma Ley 1448 de 2011 contempla, como la figura de los contratos de uso, que muy posiblemente puede ser utilizada en desmedro de los derechos de los desplazados. La figura fue estudiada por la Corte Constitucional y fue aceptada como constitucional, siempre y cuando haya consentimiento de la víctima para celebrar dicho contrato.

Respecto a este tema un participante intervino para decir que el derecho a la restitución de tierras es un derecho constitucional. En el quehacer diario, los diferentes actores involucrados en los procesos se han dado cuenta de que la no armonía de las normas también puede llevar a restituciones a medias que no tienen un carácter de reparación integral. La finalidad de la restitución de tierras es que las personas vuelvan a sus lugares y además permanezcan en estas.

No obstante los pronunciamientos de la Corte Constitucional, hoy persiste un interrogante acerca de qué se debe hacer en casos en los cuales en medio de un contexto de intimidación y graves violaciones de Derechos Humanos, las víctimas vendieron a un precio muy bajo sus tierras y estas luego fueron vendidas una y otra vez hasta llegar hoy en día a dueños que están adelantando grandes proyectos agroindustriales. Si la interpretación que se hace es que verificada la buena fe exenta de culpa de los actuales propietarios, debe celebrarse un contrato de uso, se estaría privilegiando un modelo específico de desarrollo, que es un modelo despojador y facilitador de la violencia.



Esta norma de los contratos de uso es contraria a los propósitos de la ley, contraria a la Constitución y contraria a los estándares internacionales. Sin embargo, es una norma real y aplicable, declarada exequible por la Corte Constitucional. Las preguntas importantes son cómo van a aplicar los jueces esta norma, cómo van a valorar la buena fe y cómo se van a garantizar los derechos de las víctimas. Es una realidad que en Colombia hay una agroindustria creciente y están comenzando a presentarse los casos específicos para los cuales está diseñada esta norma de los contratos de uso. Entonces la cuestión es: ¿cómo el Estado colombiano va a cumplir sus obligaciones internacionales para garantizar los derechos de las víctimas en condiciones de simetría?

Para poder entender estas relaciones, también es necesario que los jueces comprendan la lógica económica de los proyectos agroindustriales. Cuál es la duración de estos proyectos, cuál es la utilidad que generan estos proyectos, cuáles son los riesgos ambientales, qué tan larga es la vida útil de estos proyectos. Estas son algunas de las preguntas que deberán responder los jueces para comprender, no solo desde el derecho, el funcionamiento de los negocios agroindustriales. Poder examinar estas variables es necesario para que se pueda evaluar correctamente un proyecto y tomar decisiones de acuerdo con los derechos de las víctimas. La importancia de esto viene de que hubo una falla en la protección que el Estado debía prestarle a la población que fue desplazada, y hoy en día es su obligación corregir esta asimetría, con el mayor cuidado y entendiendo de la manera más comprensiva los alcances de este tipo de proyectos.

La expositora propone el ejemplo del caso del título colectivo de Altomira y Frontera. En este caso, dos empresas habían ocupado más de 1.000 hectáreas del título colectivo, y el INCODER ordenó que las empresas debían devolver las tierras a esta comunidad afrodescendiente. Una de las empresas le propuso a la comunidad hacer un negocio para no tener que dejar la palma sembrada. Lo que sucedió en este caso es que la comunidad no estaba preparada para negociar con la empresa, no tenía las herramientas para hacerlo y el Estado no intervino de manera adecuada para garantizar la simetría en esta negociación. Este caso, aunque no se realizó en el marco de ninguna disposición de Justicia

Transicional, es una muestra de la necesidad de intervención del Estado en las negociaciones entre empresas y comunidades rurales.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana no es muy abundante en el tema del derecho a la propiedad y a las posesiones, excepto para casos en los que se trata de comunidades indígenas y afrodescendientes. En el caso colombiano solo hay pronunciamientos al respecto en la comentada sentencia de Mapiripán y en el caso de Ituango. En este último hay un pronunciamiento importante en cuanto a la vulneración del derecho a la vivienda de la comunidad y el derecho a la propiedad de los bienes muebles que la comunidad tuvo que trasladar en el desplazamiento. Estas son las únicas sentencias de la Corte Interamericana que examinan de fondo el derecho a la propiedad para casos en el contexto del conflicto armado en Colombia.

Para otros Estados sí hay más pronunciamientos de la Corte Interamericana. La expositora menciona tres que tienen una importancia particular para el análisis de casos en Colombia. En primer lugar está la sentencia del caso “Mayana Sumo Awuas Tingni vs. Guatemala”, del año 2001, en la cual el punto y problema jurídico central es cómo cumplir la restitución en un plazo razonable. Para esto se define el recurso efectivo y el plazo razonable. Este es un tema importante para medir el plazo en que se cumplen las órdenes de los jueces a entidades administrativas.

Respecto al cumplimiento de la sentencia por parte de autoridades administrativas, se mencionó que deben aprovecharse al máximo las facultades que otorga el artículo 102 de la Ley 1448 de 2011⁸ a los jueces, pues la ley le mantiene la competencia a los jueces sobre el caso, incluso después de proferido el fallo. Esto permite que se hagan seguimientos, en cualquier forma que el juez considere pertinente, para que la población a la cual se le restituyó un predio pueda mantenerse en él.

8 Artículo 102, Ley 1448 de 2011. Mantenimiento de competencia después del fallo. Después de dictar sentencia, el juez o magistrado mantendrá su competencia sobre el proceso para dictar todas aquellas medidas que, según fuere el caso, garanticen el uso, goce y disposición de los bienes por parte de los despojados a quienes les hayan sido restituidos o formalizados predios, y la seguridad para sus vidas, su integridad personal y la de sus familias.



Otro es el caso “Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, del año 2006. Esta sentencia trae un punto muy importante para el tema de armonización de normas, pues el Estado de Paraguay alega la imposibilidad de cumplir la sentencia de la Corte Interamericana por la existencia de un tratado internacional con el Reino Unido, del estilo de los tratados de libre comercio que hoy en día están vigentes en Colombia. La Corte Interamericana le dice al Estado que este no puede alegar su propia culpa por firmar convenios de carácter económico para dejar de cumplir la Convención Americana de Derechos Humanos, que fue también ratificada por Paraguay.

Aunque los anteriores fallos mencionados están relacionados con comunidades étnicas, se pueden extraer argumentos interesantes aplicables no solo a este tipo de comunidades, sino a toda la población desplazada que está solicitando la restitución de sus tierras. Estos fallos expresan la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana sobre temas fundamentales para Colombia, que es también un país firmante de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el tema de armonización de las normas internas, que no deben contrariar los estándares internacionales en materia de tierras, es importante tener en cuenta que el auto de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, Auto 08 de 2009, ordena aplicar la excepción de inconstitucionalidad. Hasta ahora no se ha aplicado esta figura en materia de desplazamiento, sobre todo en la rama administrativa.

En este punto se intervino para preguntar sobre los problemas de armonización. La pregunta concreta es: ¿un alcalde puede inaplicar una norma de distribución de competencias presupuestales para poder cumplir un fallo de los jueces de restitución de tierras de cara a una reparación integral? ¿O este alcalde tendría que radicar un proyecto al nivel nacional para poder cumplir los fallos? En el Auto 008 de 2009 se dice que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad, incluso sobre normas presupuestales, si esto es necesario para garantizar los derechos de las víctimas en casos concretos.

En cuanto a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, un participante pregunta acerca de la viabilidad de aplicar esta figura cuando ya la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de una determinada norma. Esta pregunta no tiene una sola respuesta porque es un debate jurídico abierto aún hoy en día. Pero se sugiere que los jueces pueden aplicar la excepción de inconstitucionalidad para el caso concreto, en caso de que la Corte Constitucional haya declarado la exequibilidad total o parcial de la norma. Está claro que cuando la norma es declarada inexecutable, esta sale del ordenamiento jurídico.

Hay otro tema que también resulta complejo en cuanto a la armonización de normas internas con los estándares internacionales, que es el de las compensaciones. Como está la ley hoy en día, las disposiciones referentes a las compensaciones hacen difícil la tarea de los jueces de restitución de tierras de cumplir con los fines que busca la misma Ley 1448 de 2011. Los Principios de Pinheiro establecen que las compensaciones son una forma de reparación a las víctimas. La pregunta problemática al respecto es qué bienes son los que van a compensarse, sobre todo teniendo en cuenta que el desarrollo del proceso ha ido mostrando que las compensaciones sean la regla general y no la excepción como se creía.

Una posible respuesta es que los bienes sean aquellos que deben pasar de la jurisdicción de la Ley 975 de 2005 a la UAEGRTD. Pero esos bienes están regulados por unas normas que no están pensadas de cara a la restitución, por tanto estos bienes son muy problemáticos y ninguna entidad quiere recibirlos. Dejando de lado esta opción, puede afirmarse que el problema de fondo es que no hay disponibilidad de predios para compensar, que cumplan con los debidos estándares internacionales en la materia.

Los terceros opositores y las cadenas de posesión y ocupación de predios de desplazados son temas problemáticos relacionados con las compensaciones. Hubo intervenciones en las cuales se preguntaba qué se debe hacer, respetando los estándares internacionales, con aquellos terceros opositores que también sean víctimas. La expositora citó como referencia el caso de El Topo, en donde el juez encargado del caso procedió a la reparación por compensación. Esta opción es



perfectamente posible en el marco de la ley y, además, está acorde con los Principios de Pinheiro.

En otra intervención se agregó a este punto que es necesario hacer una especie de “dosificación” de la buena fe exenta de culpa cuando los terceros opositores también son víctimas del conflicto, porque para algunos sujetos la buena fe exenta de culpa resulta un parámetro demasiado alto que puede causar la vulneración de sus derechos. También debe tenerse en cuenta que si bien muchos campesinos vendieron sus predios, es importante entender que el consentimiento en estos negocios estaba viciado. Esto está acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que ha dejado claro que los vicios del consentimiento no necesariamente deben venir del co-contratante, sino que pueden venir de un tercero y deben ser capaces de generar presión en el sujeto que contrata. Cabe recordar que ese sujeto, en la mayoría de casos, es un sujeto vulnerable por las condiciones del entorno.

Por último, la expositora menciona que existen unos instrumentos internacionales, que si bien no son vinculantes sirven como parámetro de interpretación de las normas y casos que se les presentan a los jueces en su labor diaria. Se trata de los Principios Rectores de las Empresas y Derechos Humanos⁹. Estos principios deben complementarse con otra serie de principios que se derivan del Pacto Global de Derechos Humanos de la ONU, como son los principios sobre responsabilidad social empresarial¹⁰.

De antemano es importante señalar que no solo en Colombia, sino en el mundo, hay dificultad para el juzgamiento de las empresas, pues generalmente no se juzga a las empresas como tal sino a sus representantes legales.

El concepto más importante que traen estos principios es la debida diligencia, que se refiere a las actuaciones mínimas que se espera que hagan las empresas para que sus actividades no violen los Derechos Humanos. Otra figura importante que traen estos principios es la de la coherencia interna y externa del Estado. Según esta figura, debe

9 http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

10 <http://www.un.org/es/globalcompact/principles.shtml>

haber coherencia entre el sector del Estado encargado de garantizar la protección de los Derechos Humanos y los sectores estatales o privados que desarrollan las actividades económicas de un país.

En cuanto a las dificultades que existen en la armonización de normas y armonización de los proyectos y metas mismas del Estado, se pregunta sobre qué se debe hacer en casos en donde la minería y la restitución de tierras entran en conflicto, sobre todo cuando no se trata de casos étnicos. La expositora responde que es importante revisar los casos del predio El Prado y Las Pavas, pues estos son precedentes importantes en la materia.

Hay una preocupación entre los jueces y es que se siente que hasta ahora hay una especie de filtro por parte de la UAEGRTD que está llevando solamente los casos pequeños, no los grandes. La visión macro del proceso solo podrá tenerse cuando lleguen estos casos. El entendimiento de una visión macro también permite que los jueces puedan generar mayores garantías de no repetición. Se añade la dificultad de identificar tipologías de despojo en casos individuales. En este punto también se menciona que es posible que el proceso de restitución de tierras judicial sea utilizado solo para los desplazados, pues las grandes empresas están intentando buscar salidas en lo legislativo.

A esta inquietud se responde que es cierto que la UAEGRTD solo está pasando procesos pequeños, pues del estudio de las sentencias que han salido hasta ahora no se observa que se hayan hecho restituciones por más de 10 hectáreas. Surge la inquietud acerca de los lugares en donde se ha restituido por debajo de la medida que la UAF establece. ¿Deberían los jueces agregar el número de hectáreas necesario para cumplir con la UAF en el lugar en donde se restituya? En aras de una reparación transformadora, es necesario que los jueces no devuelvan a las víctimas a las condiciones de miseria que también fueron condición para su desplazamiento. Asimismo, hay una preocupación sobre la posibilidad de crear doctrina en la jurisdicción de restitución de tierras. Esto es una preocupación importante porque la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras tiene vacíos que deben ser llenados por los jueces. Pero al no existir la segunda instancia, resulta difícil para los jueces no tener línea de un juez superior, que muchas veces cumple con la función de unificar doctrina.



CONCLUSIONES Y CIERRE CONCEPTUAL

Néstor Raúl Correa Henao

Muchas de las intervenciones de los participantes en el conversatorio, así como las presentaciones de los dinamizadores, muestran que claramente el proceso de restitución de tierras tiene temas comunes con el marco jurídico para la paz. Ambos están incompletos, pero con el trabajo de los actores en el proceso se están haciendo los ajustes necesarios y se está avanzando en la consolidación de las herramientas para la construcción de paz.

Es una apuesta alta y arriesgada del Estado el hecho de adelantar la reparación en medio del conflicto, pero se ha logrado arrojar resultados. Por parte del Gobierno hay avances, sobre todo en cuanto a la institucionalidad. Pero en temas de seguridad, de progresividad en la microfocalización los avances son aún muy incipientes.

La rama judicial por parte de jueces y magistrados ha arrojado resultados excelentes. La Judicatura ha mostrado un alto compromiso y eficacia, además de velocidad y adaptabilidad a la complejidad del proceso. Esto es sorprendente en un sistema de justicia que se caracteriza por sus fallas y su lentitud, de manera que los jueces y magistrados de restitución de tierras son hoy un ejemplo para toda la rama judicial.

El proceso en su conjunto, es la primera experiencia de Justicia Transicional civil. El proceso de restitución de tierras servirá como ejemplo y primer paso para lo que vendrá después si se logran exitosamente acuerdos de paz con las FARC en La Habana. Como Estado ya podemos decir que tenemos una experiencia que va por buen camino. Esta experiencia también podrá servir como base de una posible jurisdicción agraria, como se ha planteado en La Habana.

Fernando Vargas Valencia

Estamos frente a la particularidad de encontrarnos entre lo estable y estático, que en apariencia se expresa en la aplicación estricta del

derecho civil; y por otro lado, un ámbito de lo dinámico e inestable que presenta una serie de complejidades e incertidumbres, que es la Justicia Transicional.

La Justicia Transicional es entendida como una herramienta jurídica y política que permite el paso de un orden de graves y sistemáticas violaciones de Derechos Humanos que ponen en entredicho la estructura democrática de un Estado, a un compromiso social encaminado a superar todas aquellas tensiones y disputas que generaron o propiciaron las violaciones. Frente a esto Luis Manuel Lasso nos recuerda que en todas las experiencias conocidas al respecto, el papel de la comunidad internacional es supremamente importante. El Estado colombiano deberá responder ante esta comunidad internacional por todos los compromisos y obligaciones que ha adquirido en múltiples escenarios.

Aunque parece una cuestión obvia, es importante preguntarse sobre el entendimiento de qué es el conflicto armado. Si bien parece un concepto claro, la complejidad del conflicto histórico y las tensiones violentas no están comprendidas por la estricta definición que dan los Convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional a estos. De hecho, la misma Corte Constitucional ha proferido providencias, como el Auto 004 de 2009, en donde se habla de una visión no formalista del conflicto armado, que implica unos elementos subyacentes y vinculados que van más allá de una definición puramente bélica o militar, incluyendo factores sociales, culturales, económicos y políticos.

Luis Manuel Lasso plantea que es fundamental tener en cuenta tres elementos para un proceso de Justicia Transicional. En primer lugar, la disminución del enfrentamiento armado en el conflicto. En segundo lugar, la reclamación y exigencia por parte de la sociedad civil de respetar y garantizar los derechos de las víctimas en la búsqueda de acuerdos de paz. Por último, la presión de la comunidad internacional, dentro de lo cual se incluye la eventual responsabilidad internacional en la que podría incurrir el Estado si incumple unos estándares de justicia y Derechos Humanos establecidos en los compromisos adquiridos por conducto del derecho internacional de los derechos humanos.



En este sentido, podría pensarse que la Justicia Transicional hace parte de lo excepcional. Es interesante reflexionar sobre la Sentencia C-802 de 2002, en la que la Corte Constitucional se preguntó hasta qué punto ese permanente, histórico y continuo devenir violento de los acontecimientos sociopolíticos en Colombia, encaja dentro de una categoría de lo excepcional. El carácter de excepcional tiene la mayor trascendencia, porque permite al Estado flexibilizar una serie de parámetros de justicia para poder lograr un cometido específico, que en nuestro caso es la paz.

La Justicia Transicional plantea una tensión entre dos fines que son igualmente legítimos. Por un lado, está la paz, entendida como un pacto societario que implica el compromiso de los actores armados, del Estado y de la sociedad civil y las víctimas. Y, por otro lado, la reivindicación de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. En esta sentencia referida, la Corte comenzó a preguntarse hasta qué punto los estados de excepción por conmoción interior, que se producen por graves alteraciones al orden público, justifican un uso excesivo de la fuerza por parte del Estado y la toma de decisiones arbitrarias por parte del Gobierno.

La Corte establece que si bien las graves y sistemáticas violaciones a Derechos Humanos son una alteración al orden público, esto no justifica el uso de las prerrogativas propias de los estados de excepción por parte del Gobierno. El paralelo entre Justicia Transicional y estados de excepción constitucionales se debe a que la Corte Constitucional colombiana ha establecido que existen una serie de derechos intangibles que no se suspenden ni siquiera en estados de excepción.

También es muy importante insistir en que existe para Colombia una obligación de adecuar el ordenamiento interno a la protección de los Derechos Humanos. Esto debe hacerse no solamente en tiempos de paz y normalidad, sino también en tiempos de tensión que dan lugar a la Justicia Transicional.

Por otro lado, desde la labor de los jueces, es importante indagar sobre la trascendencia de la declaración de una norma como contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos y al Sistema Interamericano

de Derechos Humanos, en tanto esto contribuiría a dilucidar si estas normas pueden estar aportando en mayor o menor medida a las garantías de no repetición. Uno de los elementos de las garantías de no repetición es la reestructuración del Estado y la derogación de las normas que facilitaron y contribuyeron a la violación de los Derechos Humanos. Se han dado ejemplos de cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado la responsabilidad internacional de Estados cuando las normas en sí mismas causan violaciones a Derechos Humanos; es decir, los hechos del legislador también pueden configurar la responsabilidad internacional de un Estado.

Asimismo, se han dado ejemplos del papel que ha asumido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a las amnistías. El caso *Almonacid Arellano vs. Chile* es una lección de la posición de la Corte y del Sistema Interamericano frente a las amnistías. Es interesante hacer un paralelo entre el papel de la Corte en el caso de *Almonacid Arellano* y el papel de los actuales jueces de restitución de tierras en el caso de la reparación a víctimas en Colombia. Independientemente de las conclusiones que de allí se deriven, lo importante es que hay un criterio hermenéutico clave para los jueces, y es que la interpretación de las normas debe hacerse conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto involucra llenar los vacíos que tiene la Ley de Víctimas, conforme a estándares internacionales y teniendo en cuenta los propósitos y finalidades propias que tiene la ley, como es la construcción de un principio de no impunidad frente al despojo.

En cuanto a la presentación de Yamile Salinas Abdala, ella muestra la relación que hay entre el derecho de propiedad y de posesiones y el derecho de restitución. Hay un término medio allí que está reflejado en la Sentencia T-821 de 2007, según la cual se exige la corrección de una injusticia histórica frente a sujetos sociales e históricos que no han tenido acceso a la propiedad. Esto se puede deber a muchas razones, como fallas del Estado que no ha sido capaz de producir una auténtica reforma agraria para satisfacer las necesidades de personas vulnerables en el campo, o los mismos despojos violentos que han dado lugar al ámbito de aplicación de la Ley 1448 de 2011.



Esto se relaciona con la decisión judicial en materia de restitución de tierras, en cuanto estos derechos hacen parte de la filosofía política que debe fundamentar estas decisiones. En el proceso de restitución de tierras nos estamos enfrentando a unas injusticias que no son aisladas, sino que tienen un carácter histórico y estructural que, entre otros factores, tienen que ver con la informalidad en la titularidad de la tierra que ha propiciado el mismo sistema jurídico en Colombia. Esta informalidad ha sido funcional al despojo en Colombia y ha sido reforzado por normas de carácter ordinario y civil que propician esta situación. A esto se le suma la falta de reconocimiento del campesinado como un sujeto social, económico y político especial e importante en la sociedad colombiana.

El concepto de posesión resulta clave para resolver algunas tensiones y dilemas que surgen en el proceso de restitución de tierras. Para entender la importancia de la posesión, resulta útil hacer referencia a todas las sentencias de la Corte Interamericana que se refieren a que el derecho que tienen los pueblos indígenas a la tierra no viene del reconocimiento formal del título, sino de la ocupación histórica, ancestral y en resistencia que estas han ejercido en los territorios. A partir de esta jurisprudencia, se puede extender esta argumentación a comunidades campesinas que realizan una serie de transacciones sobre la tierra basadas en la confianza y tradiciones culturales, como es el respeto de la palabra empeñada.

Por otro lado, se planteó un interrogante acerca de hasta qué punto pueden plantearse preguntas desde la labor del juez de restitución de tierras que tengan un entendimiento del conflicto armado con un carácter estructural. Por ejemplo, ¿son capaces de establecer los jueces de restitución de tierras quiénes fueron los responsables del despojo en Colombia? Si bien no hay lugar a la criminalización de aquellos opositores que no logren demostrar su buena fe exenta de culpa, hay quienes piensan que en el proceso de restitución de tierras impera un principio de no impunidad.

Por otro lado, el llamamiento a la aplicación de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, proviene de un fallo muy importante de la

Corte Constitucional que es el Auto 008 de 2009. Este auto ordena que se aplique la excepción de inconstitucionalidad para normas que se convierten en obstáculos para la reparación de las víctimas, normas que incluso pueden ser de carácter presupuesta. La excepción también se puede hacer para normas procesales y de carácter probatorio.

En este mismo Auto 008 de 2009, la Corte resalta la necesidad de que se produzca un esclarecimiento histórico del despojo y el abandono forzado de tierras. La pregunta entonces hoy día debe ser acerca de cuál instancia de la Ley 1448 de 2011 es la que permitiría cumplir la orden de la Corte Constitucional de producir este esclarecimiento histórico. El Centro de Memoria Histórica puede contribuir a este propósito, pero la producción de memoria histórica es solo una de las facetas de este esclarecimiento. Por esto, los escenarios judiciales también son escenarios de esclarecimiento de la verdad sobre el despojo. En este tipo de escenarios es muy importante dejar esbozadas preguntas de carácter estructural, como por ejemplo es importante preguntarse si las herramientas con las que cuentan los jueces de restitución de tierras son funcionales a la producción de verdad.

Para finalizar el conversatorio, se agradece la presencia y atención de todos. Fernando Vargas Valencia resalta la importancia de generar un diálogo de saberes que permita la construcción de acercamientos críticos frente a tan importante e histórica tarea, como es la restitución de tierras en Colombia. Precisamente por la importancia del tema, es fundamental la participación de los actores del proceso en estos espacios.

TERCEROS Y OPOSITORES EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS - CALI

Septiembre 6 de 2013

TIPOLOGÍAS DE OPOSITORES Y TERCEROS IDENTIFICADOS POR LA JUDICATURA EN EL DESARROLLO DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS

Óscar Ramírez Cardona

Partes en el proceso de restitución

Óscar Ramírez Cardona comienza su presentación explicando las diferencias que existen entre los titulares del derecho a la restitución y los titulares de la acción de restitución. En cuanto a los titulares del derecho a la restitución¹¹, recuerda que la jurisprudencia había convertido a este derecho en uno de carácter social y fundamental, y luego esto fue ratificado en el Acto Legislativo No. 02 de 2012, en el cual se incluye la restitución como un derecho fundamental de carácter constitucional, en la medida en que incluye un artículo transitorio en el que se establece el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral de las víctimas, siendo la restitución uno de los aspectos más importantes de la reparación integral.

Los titulares de ese derecho social y fundamental a la restitución de tierras son los propietarios, poseedores o explotadores de baldíos que fueron despojados de los predios o que los abandonaron forzosamente como consecuencia directa o indirecta del conflicto armado interno, en los términos en que indica el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011. En este punto es relevante recordar que la jurisprudencia de la Corte

11 Artículo 75, Ley 1448 de 2011. *Titulares del derecho a la restitución*. Las personas que fueran propietarias o poseedoras de predios, o explotadoras de baldíos cuya propiedad se pretenda adquirir por adjudicación, que hayan sido despojadas de estas o que se hayan visto obligadas a abandonarlas como consecuencia directa e indirecta de los hechos que configuren las violaciones de que trata el artículo 3º. de la presente Ley, entre el 1º. de enero de 1991 y el término de vigencia de la Ley, pueden solicitar la restitución jurídica y material de las tierras despojadas o abandonadas forzosamente, en los términos establecidos en este capítulo.



Constitucional se ha ocupado en diversas ocasiones¹² de examinar cuál es el alcance del artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, y ha concluido en las últimas sentencias, por ejemplo, que las víctimas de las llamadas “bandas criminales” también pueden ser incluidas dentro del concepto de víctima según la Ley 1448 de 2011.

Por otra parte, están los titulares de la acción de restitución. Este es quien tiene la opción de acudir a la jurisdicción para reclamar el derecho. En primer lugar, son los titulares del derecho a la restitución. Pero también puede ser el cónyuge o compañero permanente que convivía con el titular del derecho al momento del despojo o abandono forzado. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-052 de 2012, ha reiterado y reforzado la posibilidad de que los familiares en primer grado de consanguinidad o afinidad, o a falta de estos, los de segundo grado de consanguinidad ascendente, que convivían con el titular del derecho al momento del despojo o el abandono forzado, puedan accionar. La Corte Constitucional complementa el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 al decir que los herederos no son titulares solamente desde el momento en que muere el titular del derecho, sino que si ellos sufrieron un daño, también serán titulares de la acción de restitución.

De esta manera se puede concluir que titulares de la acción son víctimas directas del conflicto armado interno y las víctimas por extensión, de acuerdo con la ley y la interpretación jurisprudencial que ha hecho la Corte Constitucional sobre la Ley 1448 de 2011.

Una vez queda clara esta distinción, el expositor pasa a exponer lo que él ha denominado el imaginario o estereotipo de víctima. Se parte de la base de que la ley tiene un imaginario sobre las víctimas, que es una situación ideal que no necesariamente concuerda con lo que los operadores del derecho, como son los jueces, los funcionarios de la UAEGRD, entre otros, se encuentran en su quehacer cotidiano.

En la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras se consideró que las víctimas eran personas con unas características particulares, a saber: personas pobres; desarraigadas; de escasa formación académica, y provenientes de

12 Sentencias C-462-13, C-280-13, C-781-12, C-253A y C-250-12.

un medio social, cultural y jurídico que es el rural. En términos generales, el legislador consideró que se trataba de campesinos desplazados o que tuvieron que abandonar sus territorios. El magistrado reitera que los jueces se han encontrado con personas víctimas del conflicto armado que no necesariamente tienen estas características.

El imaginario que crea el legislador tiene una validez, y además no es nuevo, pues en la legislación agraria siempre se ha tenido este estereotipo. La víctima es una persona que está en condiciones de desigualdad, lo cual hace que los jueces tengan que pensar el proceso entre partes desiguales. Sería discriminatorio pensar a las partes en igualdad de condiciones, y por eso la ley crea unas acciones afirmativas. Algunas de estas acciones afirmativas son: (i) la presunción de buena fe; (ii) la aceptación de prueba sumaria en el proceso de restitución; (iii) la inversión de la carga de la prueba; (iv) la obligación del opositor de probar la buena fe exenta de culpa, y (v) la gratuidad del proceso. En cuanto a la gratuidad, el magistrado manifiesta preocupación, en la medida en que puede crear situaciones conflictivas, puesto que en algunas ocasiones las víctimas tienen capacidad económica, y aun así la UAEGRTD las representa. Esto podría considerarse como contradictorio de los deberes ciudadanos consagrados en la Constitución Política, afectando así los recursos del Estado. Este tipo de conflictos pueden solucionarse si se tiene en cuenta que la acción afirmativa de la ley está relacionada con el derecho a la igualdad, por lo cual el juez tiene espacio para hacer ponderaciones.

Las acciones afirmativas consagradas hoy día en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, tienen antecedentes legislativos. Por ejemplo, la comisión redactora del Decreto 2309 de 1989, que creó la jurisdicción agraria, establece que las relaciones agrarias no se rigen por la autonomía de la voluntad, sino por intereses superiores a los individuales, que son los intereses comunitarios¹³. En esta jurisdicción, el juez estaba

13 Comisión redactora de la normatividad sobre jurisdicción agraria. “No es la autonomía de la voluntad la rectora de esas relaciones, porque su margen de acción se reduce ante otros intereses superiores a los de los particulares, es decir, los de la comunidad, y donde el beneficio no se dirige para el contratante más poderoso o hábil, como son las reglas del derecho privado, sino a un sector más amplio de la población”.



dotado de amplias facultades, porque debía compensar situaciones de desigualdad¹⁴. El papel del juez se concebía como fundamental para la materialización de la justicia social en el campo¹⁵.

Si bien este es un antecedente fundamental para la comprensión de los principios que deben guiar la actividad de la justicia en el campo, es relevante señalar que la jurisdicción agraria nunca se creó y, además, el mencionado decreto fue derogado por el actual Código General del Proceso. Sin embargo, hoy existe la jurisdicción especial de restitución de tierras, en la cual los jueces están llamados a crear esa jurisprudencia agraria y de Justicia Transicional.

También existen imaginarios despectivos que tiene la gente del común sobre las víctimas. El expositor señala que en la opinión pública está la opinión de que las víctimas son personas extrañas, desadaptadas, perezosas, oportunistas e interesados únicamente en el dinero. En este último aspecto el expositor considera que no tiene nada de malo aspirar a obtener dinero en una sociedad capitalista, y menos si las víctimas son pobres.

Una vez expuestos estos antecedentes, el expositor explica cuáles son las partes en el proceso concebidas en la Ley 1448 de 2011. Esta ley habla de solicitantes y opositores, excepcionalmente trata de demandantes. Este lenguaje específico hace notar que el proceso de restitución de tierras no es un proceso civil ordinario. En este punto interviene el magistrado Néstor Raúl Correa para anotar que la Ley 1448 de 2011 tiene un lenguaje similar al del decreto 2591 de 1991, que regula la acción de tutela, reforzando así la idea de que en el proceso está en juego el derecho fundamental a la restitución de tierras.

14 Artículo 14, Decreto 2303 de 1989: “Se considera la jurisdicción agraria como una condición fundamental para la implantación de la justicia en el campo, especialmente en el marco de las relaciones de tenencia de la tierra, con criterios de tutela a la parte más débil de esa relación, el campesino, colocado en situación de inferioridad por sus precarias condiciones económicas, sociales y culturales”.

15 Comisión redactora de la normatividad sobre jurisdicción agraria. “Se requiere que jueces y magistrados especializados, conocedores de esta disciplina jurídica, conscientes de sus fines e imbuidos de sus propósitos de justicia social, juzguen las controversias agrarias de acuerdo con esos objetivos y los criterios propios de aquella, de manera que se elabore una jurisprudencia auténticamente agraria”.

Los solicitantes generalmente son las víctimas, o sus herederos, según lo explicado sobre los titulares de la acción de restitución de tierras. Opositor es todo aquel que pueda pretender un mejor derecho o un derecho concurrente al alegado por el solicitante. Puede decirse que si bien es claro que existe una caracterización particular de las víctimas, se ha podido constatar que el legislador tenía de igual manera un imaginario del opositor.

Parece que la ley parte de la base de que opositores son guerrilleros o testaferros de los guerrilleros; paramilitares y sus testaferros; narcotraficantes y sus testaferros y todos aquellos que se aprovecharon del conflicto para hacerse a las tierras de los desplazados.

Si bien es muy probable que este tipo de opositores lleguen en algún momento a los procesos, hasta ahora los jueces de restitución, en su mayoría, no han recibido este tipo de casos. En la práctica, acota un participante, los casos que han recibido tienen como opositores a campesinos y colindantes de los predios que están en reclamación. La Ley 1448 de 2011¹⁶ contempla la posibilidad de que una víctima sea un opositor en un proceso; sin embargo, está consagrada a manera de excepción, aunque en la práctica sea la regla general. Según el artículo 78 de la comentada ley, la carga de la prueba no se trasladará cuando el opositor sea víctima del conflicto. En estos casos, hay oposición sin inversión de la carga de la prueba, pues el opositor alega un mejor derecho pero derivado de la situación de despojo.

16 Artículo 87, ley 1448 de 2011. Oposiciones: Las oposiciones se deberán presentar ante el juez dentro de los quince (15) días siguientes a la solicitud. Las oposiciones a la solicitud efectuadas por particulares se presentarán bajo la gravedad del juramento y se admitirán, si son pertinentes. Las oposiciones que presente la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, cuando la solicitud no haya sido tramitada con su intervención, deberá ser valorada y tenida en cuenta por el juez o magistrado. La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, cuando no haya actuado como solicitante podrá presentar oposición a la solicitud de restitución. Al escrito de oposición se acompañarán los documentos que se quieran hacer valer como prueba de la calidad de despojado del respectivo predio, de la buena fe exenta de culpa, del justo título del derecho y las demás pruebas que pretenda hacer valer el opositor en el proceso, referentes al valor del derecho, o la tacha de la calidad de despojado de la persona o grupo en cuyo favor se presentó la solicitud de restitución o formalización. Cuando la solicitud haya sido presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas de conformidad con lo previsto en este capítulo y no se presenten opositores, el juez o magistrado procederá a dictar sentencia con base en el acervo probatorio presentado con la solicitud.



Respecto a los opositores-víctimas, se pregunta si para poderles dar el tratamiento de víctimas en el proceso, es necesario que las víctimas hayan surtido el proceso de registro en la Unidad para las Víctimas. El expositor dice que la calidad de la víctima no la otorga el registro ni la Unidad para las Víctimas, sino que es una situación de hecho y en estos casos el juez tiene que decidirlo. Además, el juez tiene la posibilidad de desvirtuar la calidad de víctima en el proceso, pues la presunción de buena fe, como toda presunción, podrá ser desvirtuada.

Frente a este tema, algunos participantes mencionan que ha habido casos en los cuales víctimas que podrían oponerse a una solicitud, aparecen después de que la solicitud ya ha sido tramitada por los jueces de restitución de tierras. La ley permite que la UAEGRTD registre estas personas y el juez puede decidir si acumula ese caso o, si ya ha habido una sentencia de la primera solicitud, podrá hacerse compensación. La posibilidad de compensar también garantiza el principio de cosa juzgada para aquella víctima a la cual se le restituyó.

Unos participantes quisieron compartir parte de su experiencia en la discusión acerca de las diferentes hipótesis sobre varias víctimas que reclaman un mismo predio. Explicaron que al principio del proceso, los funcionarios de la UAEGRTD, cuando hacían la comunicación en el predio sobre el inicio del proceso, se limitaban a visitar el predio y poner una comunicación visible en este. Pero sucedió que algunas veces ellos habían visitado los predios y encontraban que nadie lo habitaba ni laboraba. Luego, en el proceso judicial, aparecían víctimas que decían que habitaban el predio desde hacía muchos años. Para la UAEGRTD era muy difícil contradecir el dicho de estas personas, porque tenían todas las presunciones a favor de ellas. Por eso, de un tiempo para acá, la UAEGRTD cuando hace las primeras visitas al predio siempre elabora un registro fotográfico sobre lo que encuentra, de manera que se pueda utilizar esta documentación como prueba en el proceso judicial.

En cuanto a la representación de los opositores en el proceso, cuando estos sean víctimas, se comenta la posibilidad de otorgar amparo de pobreza a estas personas para que tengan un abogado. El juez debe afinar su sensibilidad para poder reconocer cuáles opositores

necesitarán la representación de un abogado por medio de la figura de amparo de pobreza. Sin embargo, un participante menciona que, en ciertas regiones del país, hay muy pocas personas que están llamadas a ser auxiliares de la justicia. Por ahora, no parece ser problemático que no haya muchos auxiliares de la justicia, pues no hay demasiados procesos. Sin embargo, en un futuro, va a haber más procesos y se van a necesitar más abogados que hagan el trabajo de representar a las víctimas opositores en los procesos. Esto demuestra que si bien hay institucionalidad, el número de personas reales llamadas a cumplir las labores de las entidades es muy limitado.

El magistrado Néstor Raúl Correa recuerda que el objetivo directo de la norma no es crear justicia social o eliminar la exclusión. Si bien en algunos casos los anteriores pueden ser medios, es importante recordar que el fin último de la ley es ser un instrumento de creación de paz. Por esta importantísima razón es que los jueces deben tomar decisiones muy responsables y hacer todo lo que sea necesario para poder devolverle la tierra a aquel a quien se la han quitado de forma injusta, y no necesariamente a aquel despojador que la quitó invocando razones de justicia social.

Continuando con el tema de partes en el proceso judicial de restitución de tierras, el expositor explica que también hay otros intervinientes que no necesariamente son ni víctimas ni opositores. Estos intervinientes son los arrendatarios, las entidades financieras, los usufructuarios, entre otros. Todos estos intervinientes se caracterizan por tener un interés en el predio, pero no están buscando el mismo derecho que el solicitante. En este punto surge una pregunta muy interesante para los jueces: ¿Cómo se pueden proteger y garantizar derechos reales diferentes a la propiedad y a la posesión?

El expositor considera que teniendo en cuenta el artículo 91 y el numeral 6° del artículo 105 de la Ley 1448 de 2011, se puede interpretar que a estos intervinientes también se les puede exigir la buena fe exenta de culpa. Se aclara que en casos donde hay intervinientes y no hay opositores, la competencia es de los jueces y no de los magistrados.



Como último punto en cuanto al tema de las partes en el proceso, se explica la figura del llamamiento en garantía. El artículo 91 de la Ley 1448 de 2011 consagra esta posibilidad. Se puede llamar en garantía a favor de los solicitantes o a favor de los opositores de buena fe que hayan sido derrotados en el proceso. La figura del llamamiento en garantía es muy importante, porque puede que haya personas que se estén oponiendo en el proceso, pero quien tiene que compensarlos no es el Estado, sino aquellos que les transfirieron los derechos o la propiedad del bien cuya restitución se declara dentro del proceso de restitución.

Buena fe exenta de culpa y proporcionalidad

Como conclusión de la presentación, el expositor explica la relación entre la proporcionalidad y la buena fe exenta de culpa. Para ello, se parte de la base de que la finalidad de establecer la buena fe exenta de culpa para los opositores es una acción afirmativa a favor de las víctimas. Sin embargo, la carga de demostrar la buena fe exenta de culpa, en algunas ocasiones puede vulnerar el derecho fundamental a la igualdad, tal como sucede en los casos en que los opositores también son víctimas. Para estos casos el test de razonabilidad puede resultar útil para determinar las circunstancias excepcionales en las que no se exigiría la carga de la prueba.

El juez debe verificar la proporcionalidad en relación con la finalidad perseguida: efectuar una ponderación en el caso concreto de las consecuencias del trato diferencial que implica exigir la prueba de la buena fe exenta de culpa.

Según Alec Stone¹⁷, el test de proporcionalidad tiene las siguientes ventajas: a) se adapta muy bien a la estructura de derechos cualificados; b) da prioridad a la protección de derechos al tiempo que da a los jueces la flexibilidad para encuadrar estrictamente los resultados a contextos políticos altamente conflictivos, y c) proporciona un marco estable y defendible para la argumentación y la justificación que los jueces pueden emplear para reducir la incertidumbre y mejorar la congruencia y la predictibilidad.

17 Stone, Alec. *Proporcionalidad y constitucionalismo*. Publicado por la Universidad Externado de Colombia.

Se plantea que no hay lugar a ninguna ponderación cuando en el caso el opositor es uno de aquellos consagrados en el numeral 1° del artículo 77 de la Ley 1448 de 2011, que se refiere a opositores condenados por narcotráfico, entre otros. En estos casos el test tiene que ser estricto y no puede haber lugar a ponderación.

Por el contrario, en circunstancias en que el opositor es una persona natural y está en condiciones similares a la víctima, el juez podrá acudir al test flexible de proporcionalidad y razonabilidad. En estos casos, por ejemplo, el juez podría exigir una buena fe simple, no exenta de culpa. Cuando se aplica el test flexible en casos difíciles, lo que se busca es lograr una igualdad de armas en un proceso donde se enfrentan personas igualmente vulnerables.

El magistrado Néstor Raúl Correa concluye la primera presentación agradeciendo al expositor. El tema de las partes en el proceso de restitución a primera vista parece ser un tema sencillo; sin embargo, la práctica judicial ha demostrado que es un tema complejo, lleno de aristas y particularidades según el caso. La presentación del doctor Ramírez ha iluminado la discusión y da herramientas para enfrentar los casos.

ACTUALES DILEMAS DE LA OPOSICIÓN, INTERVINIENTES Y OPOSITORES VULNERABLES

Fernando Vargas Valencia

Fernando Vargas Valencia abre su presentación con un aparte del escritor Alfredo Molado de su libro *Siguiendo el corte*:

La gente se había vuelto viva a la fuerza. Lo único que valía era la ligereza y la vida de uno para poder escharbar. Si uno era vivo y podía madrugar, cobraba. Había que andar de caña en caña y lo que servía era saber analizar la del otro. La caña que se respetaba era la que iba respaldada. Pero uno nunca sabía cuándo estaba respaldada y cuando no y para saberlo había que apostar la vida. La ventaja era que a todos nos pasaba lo mismo y por eso se podía trabajar. Había momentos, no sé de qué dependía, en que se quebraba la confianza en los demás. Entonces venían las guerras.



Ahí uno no podía confiar ni en uno mismo, el ojo izquierdo podía traicionar al derecho, la mano derecha madrugarle a la zurda. Uno quería salir corriendo pero al mismo tiempo quedarse. Todo parecía untado del mismo miedo. En esos momentos, cuando alguien hacía el primer tiro, el pánico lo agarraba uno por la cintura y sobre todo por la cabeza y uno ya no era más uno. Uno era un animal que tenía que vivir siquiera hasta el otro día. Esos eran los dolorosos¹⁸.

En este aparte se encuentran unos aspectos contundentes de carácter contextual. En primer lugar se habla de la viveza. Gabriel García Márquez, en su libro *Noticia de un secuestro* ya había hablado de esto, refiriéndose a la cultura del dinero fácil y a la cultura del atajo. O la aculturación de la ilegalidad, como lo llama el profesor Luis Jorge Garay, característica de una “guerra larvada” donde prospera la idea de que “la ley es el mayor obstáculo para la felicidad”, como anuncia el propio García Márquez. Todo esto se refiere a un orden de complejidad en el que ciertas circunstancias ilegales, ilegítimas y violentas son, de alguna forma, asimiladas de manera permisiva, a través de dispositivos socioculturales como el miedo, la zozobra, la pobreza y la violencia. Además de estos dispositivos, se encuentra la ausencia de control por parte de las autoridades estatales, lo cual ha causado que haya ciertos territorios en Colombia en los cuales el Estado no existe porque no quiere o porque no puede existir, o porque ha sido reemplazado por grupos sociales de carácter violento que establecen órdenes de disciplinamiento de las comunidades.

Lo anterior está relacionado con el siguiente elemento que puede desprenderse del aparte leído, que es el miedo y la zozobra: la imposibilidad radical de confiar en el otro, cuando la confianza es, precisamente, el fundamento de las relaciones del campesinado. A un tiempo, el fundamento de la buena fe en el derecho civil es la confianza. A partir de allí, surge la pregunta de ¿por qué en este contexto de imposibilidad de confiar en el otro, se exige, por ley, un estándar de buena fe en las negociaciones?

Otro elemento que se puede extraer del mencionado aparte, es la necesidad de ciertos individuos de entrar a la ilegalidad. Pues esta se

18 Molano, Alfredo. *Siguiendo el corte: relatos de guerras y de tierras*. El Áncora, 1989.

convierte en la regla general de conducta en ciertos territorios del país. Ejemplo de esto son los territorios del Guaviare, donde llega la coca después de la marihuana. Los campesinos y colonos jamás habían tenido tanto dinero. El mismo dinero después causa nuevos problemas, como monopolios y rentismos, que quiebran la tranquilidad de la vida campesina. Las comunidades campesinas quedan en medio de un círculo de vulnerabilidad permanente, a lo que no responde el dinero y mucho menos el dinero mal llamado fácil.

A partir de estos elementos expuestos, el expositor plantea que no está de acuerdo con usar el concepto de imaginarios para hacer referencia a los supuestos fácticos que dieron lugar a regulaciones sui generis como las contenidas en la Ley 1448 de 2011, dado que el legislador no se inventó a las víctimas del conflicto armado en tanto sujetos vulnerables, sino que la protección legal, que deviene en un reforzamiento de la protección constitucional que debe el Estado a las víctimas de violaciones a derechos humanos, se deriva de situaciones fácticas y de problemas de tal gravedad y permanencia en el tiempo que se hace necesaria la flexibilización en asuntos procesales a favor de las víctimas. Esto no niega de ninguna manera el hecho de que los procesos que están siendo recibidos en los juzgados de restitución de tierras tengan como terceros intervinientes en unos casos, e incluso opositores en otros, a personas tan vulnerables o más que las propias víctimas. Es allí donde cabe una reflexión acerca de los diferentes dispositivos jurídicos y políticos que sirven como filtro para los procesos de restitución y que están causando que hasta ahora los opositores sean otros sujetos vulnerables.

Hay supuestos fácticos, no imaginarios, que le permitieron al legislador pensar que las personas que iban a acudir al proceso de restitución de tierras iban a ser radicalmente vulnerables. El primero de estos es la falta de confianza que tiene la gente en la institucionalidad. Esto se encontraba ya en antecedentes normativos, como son la Ley 387 de 1997 y la Ley 975 de 2005. Romper con esta falta de confianza está relacionado con ciertas actitudes promocionales por parte del Estado en ciertas regiones. El mensaje de recuperación de confianza que se envía a la comunidad se basa en el trabajo conjunto entre la administración y la rama judicial para el goce efectivo de un derecho. En



relación con esto se presenta un gran dilema y es que se está haciendo Justicia Transicional cuando los conflictos objetivos que dieron lugar a la victimización no han sido superados. Esta es la razón por la cual están llegando víctimas como opositores. Miremos por qué.

El filtro de la macro y la microfocalización tiene que enfrentarse al dilema de la reparación en medio del conflicto. La priorización que se hace es temporal y territorial, teniendo en cuenta que si no hay condiciones de seguridad en los territorios, no puede haber restitución sino en los casos, en principio fáciles, toda vez que la paz territorial supondría, al menos filosóficamente, ausencia de oposición a un acto de justicia como es la restitución. Esta intervención escalonada territorial y temporalmente también deja en evidencia una aceptación tácita del Estado sobre su imposibilidad de dominio sobre ciertos territorios. De alguna manera esto también permite evidenciar que la misma competencia de los jueces de restitución de tierras no comprende todo el territorio nacional, sino solo aquellos en donde habría “casos fáciles”. Como la ley estaba pensada para combatir a opositores fuertes, los casos en donde hay opositores víctimas o en situación de vulnerabilidad, al ser personas *iguales* a las víctimas reclamantes, supondrían que en el proceso se desataría un litigio y no un *diferendo*, y por ende se convertirían, al menos comparativamente, en casos aparentemente fáciles. Sin embargo, por exigir por parte de los jueces un plano de ponderación de derechos, se vuelven casos difíciles, como los llamaría Ronald Dworkin.

Algunos participantes hicieron notar que la focalización está atrasando mucho el proceso. Hoy en día los COLR (Comités Operativos Locales de Restitución y Formalización de Tierras) se ha decidido, en varios casos, que no se puede seguir con procesos que ya se habían comenzado. También hay personas que están expectantes de sus procesos y no se les puede cumplir ni garantizar su derecho porque se ha dado preponderancia al criterio de seguridad frente a otros como el de densidad histórica del despojo, para la focalización. Lo anterior quiere decir que lo que en un principio se suponía libre de disputas violentas sobre la tierra y el territorio, premisa mayor de la focalización en términos de seguridad y “condiciones para el retorno”, no es tal, y por tanto no hay oportunidad real para que los opositores fuertes

o no vulnerables se presenten como sujetos procesales, ya que la institucionalidad decide revocar su decisión de focalización, lo cual presenta al dilema de que la contienda siga siendo fáctica y no judicial. Pero al tiempo, significa que el sistema transicional, en los territorios focalizados o sin revocatoria de focalización, se está prestando para solucionar situaciones que al menos *actualmente* no suponen disputas violentas, llegando hasta ahora solo los casos que, desde la perspectiva de la verdad del despojo en Colombia, serían históricamente fáciles, puesto que suponen el enfrentamiento procesal entre un campesino contra otro campesino, por ejemplo.

En la sociedad colombiana hay una triple falla que afecta a las comunidades rurales. La primera es la falla del reconocimiento en la subjetividad social, que afecta sobre todo a los campesinos que no tienen ningún tipo de protección real por parte del Estado y de las políticas públicas, pues estos suponen en el campesinado a un sujeto subalterno que no merece mayor valoración social y económica. La segunda es la falla de representación política, la cual se radicaliza con la violencia, pues hay sujetos que tienen el poder de eliminar a otros por pensar distinto, por pensar y practicar de manera heterodoxa lo público y comunitario. Hay sujetos que con las armas envían el mensaje de que hay ciertos sujetos que están de más para la sociedad en la que los victimarios creen, que no se quieren tener dentro del panorama político.

Por último, está la falla en la distribución de los bienes, que es la imposibilidad de acceder a ciertos bienes importantes como sería la tierra. Esta falla está vinculada con el problema de justicia redistributiva, íntimamente relacionada con la restaurativa de la reparación integral, porque la reparación tiene que ser transformadora, según los términos de la Ley 1448 de 2011. La reparación transformadora implica no poner a las víctimas en el mismo estado de vulnerabilidad en el que se encontraban al momento del despojo. Como ejemplo de medidas que intentan aminorar esas condiciones de vulnerabilidad, se trae a colación la Ley 387 de 1997, que interrumpe los plazos posesorios en casos de violencia. Esto nos lleva a plantear que hay normas de carácter ordinario que han sido funcionales a la desposesión jurídica de las relaciones patrimoniales de las comunidades rurales con sus tierras, o también



hay normas que se convierten en obstáculos para la implementación de la actual política de reparación a víctimas y restitución de tierras.

La creación normativa de ciertas protecciones especiales o acciones afirmativas a favor de las víctimas, es de alguna manera también una contribución institucional a la reparación de ellas. La restitución no es un invento, es una política que está sustentada en la realidad. Por ejemplo, el Proyecto de Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada ya había identificado hace varios años unas tipologías jurídicas de despojo. De ahí surge la justificación de normas como las presunciones y las inversiones de las cargas probatorias. De hecho, el Auto 008 de 2009 de la Corte Constitucional, referido al estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004 en relación con el desplazamiento forzado, le ordena al Gobierno crear una política de restitución de tierras con inversión de la carga de la prueba y presunciones a favor de las víctimas, porque se había identificado que las normas de carácter ordinario se estaban convirtiendo en obstáculos para hacer efectiva la restitución de tierras.

Todas las asimetrías en las que se encuentran las víctimas, hacen que no se pueda hablar de litigio sino de un diferendo, entendiéndolo como un conflicto de intereses al cual una de las partes entra totalmente silenciada, en situación de inferioridad. De allí que la ventaja fáctica con que entrarían al proceso de restitución sujetos poderosos, perpetradores y beneficiarios del despojo, haya sido equilibrada por el legislador mediante dispositivos procesales y sustanciales que buscan igualar lo no igual, es decir, dar equilibrio procesal y jurídico a las víctimas frente al poder de sus opositores, pensados desde las tipologías fácticas de despojo que varios esfuerzos institucionales y de memoria habían detectado en el país antes de la aprobación de la Ley 1448 de 2011. Por esto, se puede decir que los jueces no solo están recuperando los bienes de una persona o que están contribuyendo al resarcimiento de un daño patrimonial, cuando restituyen tierras, sino que están dándole voz a los ausentes, a los que los despojadores han intentado silenciar o arrebatarles la legitimidad moral de defender y obtener sus derechos. En este dato, se encuentra un rasgo de la filosofía política que sustenta el sistema transicional de justicia en restitución de tierras.

Es cierto que hay gente que se hará pasar por víctima, sobre todo para acceder a los beneficios de la Ley 1448 de 2011 en general, no de la restitución en particular. Pero es un falso dilema dudar si se le otorgan derechos a falsas víctimas o suponer que la mejor forma para evitarlo sea negando los derechos a aquellas que sí lo son. De hecho, hay sujetos tan pobres que se tienen que hacer pasar por víctimas, que son el sujeto más vulnerado y marginado en una sociedad. Por esto es muy importante no criminalizar a las víctimas, porque el problema del pobre que se hace pasar por víctima es un problema de Estado, de su incapacidad por cumplir sus obligaciones internacionales en referencia a los derechos económicos sociales y culturales, no de los pobres ni de las víctimas por el hecho de serlo.

Para concluir esta discusión, el expositor propone que este tipo de falsos dilemas se pueden evitar analizando situaciones fácticas. Por ejemplo, la Tercera Encuesta Nacional de Verificación de la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado¹⁹, establece que 60% de la población desplazada es de origen rural; que 4 de cada 10 grupos de víctimas lo fueron de desplazamientos masivos; que un hogar desplazado tiene en promedio 5 personas, esto quiere decir una persona más que las familias colombianas en promedio; que el 45% de los hogares desplazados tienen jefatura femenina única. Otros estudios, como el informe de la Comisión Colombiana de Juristas titulado “Revertir el destierro forzado: protección y restitución de los territorios usurpados”²⁰, muestran fácticamente las características de radical desigualdad y desprotección de la población desplazada, que llevaron al legislador de la Ley 1448 de 2011 a pensar en el proceso de restitución como un diferendo y no como un litigio en igualdad de condiciones. Esto es determinante para entender las oposiciones actualmente conocidas en restitución y su relación con la buena fe exenta de culpa.

Pasando al tema de la buena fe, se explica que sus fundamentos son de dos tipos; por un lado, unos son de filosofía política, que ya se

19 Se puede consultar en: <http://mesadesplazamientoydiscapacidad.files.wordpress.com/2011/01/iii-informe-de-verificacic3b3n-cs-2010.pdf>

20 Se puede consultar en: http://www.saliendodelcallejon.pnud.org.co/img_upload/6d6b6f7338396468346236633233737a/Revertir_el_destierro_forzado.pdf



han comentado de alguna manera a lo largo de la presentación. Hay otros fundamentos muy fuertes que son jurídicos. La buena fe, como categoría jurídica del derecho privado para tiempos de paz, tiene aristas dependiendo desde donde se lea: desde el derecho civil, el derecho comercial o desde el derecho agrario. En el único que se menciona legalmente la buena fe exenta de culpa es en el derecho comercial, como referencia a un estándar en la etapa precontractual.

La Corte Suprema de Justicia ha decantado el concepto de buena fe. En los años treinta aclaró que la buena fe no es solo la creencia de actuar con decoro y lealtad, sino que debe estar sustentada en actos objetivos que indiquen que el actuar negocial de una persona está dentro del tráfico jurídico normal y no en la ignorancia negligente. Supone indagar por la licitud del objeto del contrato. Es de este concepto que surge la diferencia entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva.

Más allá de las posiciones de ciertos civilistas, como Marta Neme, que sostienen que en el derecho civil colombiano no se puede hacer una diferencia entre buena fe objetiva y subjetiva, sino entre buena fe simple y buena fe calificada, la diferencia entre objetiva y subjetiva sí puede ser válida en restitución de tierras, por el orden contextual complejo y violento que rodea las negociaciones de los predios. En la Constitución Política de 1991 está consagrado el principio de buena fe, el cual se presume, pero no en todos los casos: solamente se presume la buena fe de los particulares frente al Estado. A esto hay que añadir que existen numerosas disposiciones en donde se presume la mala fe en el Código Civil.

El legislador de 2011 estableció que cuando se trata de relaciones que afectaron a población desplazada, no se presume la buena fe. Como mínimo hay que probarla, pero no con ignorancia negligente ni con una mera fe registral, sino desde un plano contextual de hechos notorios. Para esto hay que exigir buena fe calificada. Hay que demostrar la ausencia de culpa levísima. Es decir, aquella que se refiere al cuidado que tiene un individuo con sus negocios más importantes. Esa estricta diligencia, además de ser una acción afirmativa, como lo comentaba Óscar Ramírez, también es una forma de equilibrar las graves injusticias

que se cometieron en contra de las víctimas del conflicto en Colombia. En este punto, un participante hace un llamado a aprovechar el hecho de que la ley sea amplia en los principios. Esto permite que el juez obre en espacios amplios y produzca sentencias con criterio de justicia. Debe hacerse una ponderación de principios y derechos. La cartografía social permite tener elementos probatorios y hermenéuticos. Esto se debe decidir teniendo en cuenta un test de proporcionalidad analizando los elementos de finalidad, necesidad y proporcionalidad.

El expositor continúa indicando que la Ley 201 de 1969, permite enriquecer criterios hermenéuticos acerca del tema de buena fe. En aquel entonces el legislador hacía frente a la guerra bipartidista, la cual produjo el desarraigo de comunidades esencialmente rurales, así como el aprovechamiento patrimonial de ciertos individuos en relación con el desarraigo de otros. Para ese momento se habló de un enriquecimiento sin justa causa. Se decía que de no haber existido el orden de violencia generalizada, seguramente la persona no hubiera aceptado el contrato en esas condiciones. Se presume que en ese momento y en esos territorios, se actuaba bajo temor insuperable, lo cual vicia el consentimiento. Esto se presumía sobre aquellos contratos en donde hubiera lesión enorme. Actualmente, la Ley 1448 de 2011 no contempla solo la lesión enorme, sino otros aspectos que permiten aprovecharse de una persona en estado de necesidad. El proceso de restitución no sanciona solamente el enriquecimiento patrimonial del despojador, sino, de una manera general, se sanciona el aprovechamiento del estado de necesidad de la persona que huye para salvaguardar su vida e integridad personal y la de su familia.

Para este momento de la presentación, el expositor propone que, independientemente de que los opositores sean otras víctimas, es necesario que los jueces no dejen de examinar la buena fe. La diferencia está en que frente a otras víctimas los jueces exigirán solamente buena fe simple acompañada de un ingrediente que sea coherente con el contexto y situación del tercero y de la víctima reclamante, en términos de justicia. No se puede ser tan exigente con la exención de culpa, pero sí hay que mirar que haya habido una buena fe, porque es la única manera de tomar decisiones en justicia. Con esto se propone reemplazar el examen de la



culpa por un examen del estado de necesidad, para los casos en que haya opositores víctimas o vulnerables. Entonces, si un opositor vulnerable demuestra buena fe simple y estado de necesidad, se podrá compensar. Esto hace que sea diferente para un juez restituir o compensar en aquellos casos cuando sean otras víctimas quienes se opusieron.

Las cargas probatorias no pueden variar, pero sí el estándar que se exige. Esto es la aplicación de un criterio auxiliar que es la equidad, que no se encuentra explícitamente en la ley pero sí está implícita en el sistema normativo, al constituir un principio del derecho. Puede que no esté en la ley, pero permite que se aplique la ley sin ser injusta. Porque los hechos que ahora están siendo conocidos por los jueces, son diferentes a los presupuestos de la ley. En este punto el otro expositor, Óscar Ramírez, manifiesta que está de acuerdo con que no se olvide la buena fe, sino que se rebaje el estándar. Ya no debe ser buena fe exenta de culpa, sino buena fe simple.

Pero Fernando Vargas Valencia insiste en que sea un examen de buena fe simple *más el estado de necesidad*, por razones de equidad que al tiempo que salvaguardan la integridad de la ley creada para proteger la igualdad y los derechos de las víctimas reclamantes frente al poder de sus opositores, al no colocarla en entredicho, permite una aplicación menos rígida en favor de quienes intervienen en el proceso de restitución como terceros en condiciones iguales o de mayor vulnerabilidad que las propias víctimas reclamantes. Es importante recordar que el estado de necesidad supone salvaguardar un derecho de un peligro o amenaza de vulneración mediante una decisión de afectación de otros derechos que, de no existir la amenaza, no se hubiera tomado.

Frente a la propuesta de reemplazar el examen de la exención de culpa en la buena fe por un examen del estado de necesidad, un participante muestra su desacuerdo, aduciendo que el propósito de la ley es proteger a las personas que fueron víctimas de la violencia, no a las personas que por necesidad ocuparon predios de otros. Propone que si hay una víctima que está ocupando un predio que es objeto de un proceso de restitución, lo que debe hacer es acudir a un proceso diferente en el lugar de donde fue desplazada. En la discusión, muchos

de los asistentes estuvieron en desacuerdo con esta posición, porque sería ponerle una carga más a la víctima, cuyos derechos podrían ser reclamados en un proceso que ya existe. Teniendo en cuenta que la Ley 1448 de 2011 es un instrumento de paz, es importante resolver todas las situaciones inherentes a un predio en un mismo proceso, para eso existe la posibilidad de acumular. A esto se agregó que por la metodología de la microfocalización, es muy probable que esa víctima no pudiera acudir a un proceso en otro lugar, pues lo más seguro es que su predio no se encuentre aún registrado por la UAEGRTD.

Relacionado con el ejemplo propuesto consistente en la presentación de víctimas sucesivas o concomitantes en el proceso, se planteó una discusión acerca de cómo se haría la representación de varias víctimas en un mismo proceso. La UAEGRTD podría tener un conflicto de intereses en esta representación. Se plantean varias soluciones, entre estas que sea la Defensoría del Pueblo la que represente a unas y la UAEGRTD la que represente a otras. El problema de esta alternativa es que puede haber desigualdad en la representación, porque la UAEGRTD es especializada en el tema, mientras que el Ministerio no lo es. Otra posibilidad es que diferentes abogados de la Unidad de Restitución, que no respondan a un mismo jefe, representen a las víctimas de forma independiente.

CONCLUSIONES Y CIERRE CONCEPTUAL

Néstor Raúl Correa Henao

El magistrado Néstor Raúl Correa hace un cierre del evento planteando una serie de preguntas que quedan por trabajar y retomando las propuestas conceptuales que se hicieron a lo largo del evento.

La primera de estas se trata de un supuesto en el que hay unas tres generaciones de víctimas, ¿a cuál de las tres se le adjudica? Es posible ponderar a partir de criterios psicosociales. Por ejemplo, una persona tiene traumas severos respecto del predio porque allí hubo una masacre. En este caso se podría pensar en restituir a alguien que no tenga este trauma. Si las víctimas tienen condiciones uniformes, a todos hay que darles restitución: sea directa o por compensación. Para decidir a quién



se le otorgará la restitución directa, se deberán tener en cuenta criterios como el interés en retornar y la posibilidad de explotarlo, entre otros.

La segunda cuestión es la doble representación por parte de la UAEGRTD. Una de las propuestas es que esta no otorgue el mismo apoderado a dos víctimas diferentes. Después será el juez el que valore las pruebas, pero es como si fueran dos representantes distintos. Esto, además, está de acuerdo con el estatuto del abogado. La dirección jurídica de la Unidad de Restitución manifiesta que esto sí es una solución que se ha planteado, pero igual como la representación está en cabeza de una misma entidad, obedece a un mismo jefe y línea de dirección.

Otra cuestión se plantea acerca de casos en los cuales se restituye un predio que por actividades económicas ha sido dañado, por ejemplo en caso de explotación minera o de hidrocarburos. ¿Puede pedirse en estos casos una compensación adicional? ¿A cargo de quién estaría dicha compensación? Se propone pensar en la figura traída a colación por el magistrado Óscar Ramírez sobre el llamamiento en garantía.

Sobre la problemática que se ha presentado en varios lugares en los que se le da visto bueno a la UAEGRTD para abrir un proceso, y durante su desarrollo por cuestiones de seguridad se decide pararlo, el magistrado Néstor Raúl Correa manifiesta que el Estado tiene que ser serio y no puede arrepentirse de haber comenzado una política de restitución. Si hacen falta refuerzos hay que otorgarlos, pero las expectativas de las víctimas no pueden defraudarse.

También se recuerda algo que ha estado presente en varios conversatorios y es la relación del proceso de restitución de tierras con los diálogos de paz de La Habana. Se puede pensar que la especialidad de restitución de tierras se ampliará a la jurisdicción agraria, si se logran acuerdos. Esta última es mucho más compleja y amplia, con más facultades. Es muy posible que en poco tiempo la experiencia de la restitución de tierras sea el ejemplo y punto de partida de algo que es mucho más amplio.

Por otra parte, se retoma la pregunta sobre ¿qué se le debe exigir a una víctima opositora? ¿Sería posible para ella demostrar la buena fe

exenta de culpa? El magistrado Óscar Ramírez dice que es importante volver sobre la tesis: la igualdad es el centro de la discusión. Y el test de proporcionalidad es la manera de establecer cuándo se vulnera el derecho de igualdad cuando se exige la prueba de la buena fe exenta de culpa. Si se le vulnera gravemente un derecho a otro al exigir esa buena fe, pues entonces no debe hacerse.

En relación con este punto, se recuerda que muchas veces los opositores se dedican a desvirtuar la calidad de víctima, en vez de demostrar su buena fe. Esto sucede porque es más fácil desvirtuar a una víctima que demostrar su propia buena fe. Además, es evidente que hasta ahora no hay claridad sobre cómo puede demostrarse la buena fe.

Durante el debate se planteó la posibilidad de que los opositores traigan a los procesos certificados de las Fuerzas Armadas en donde conste que en una determinada zona no hubo conflicto armado. Para este tema la Corte Constitucional ha adoptado una definición de conflicto armado que es amplia y no depende de la forma en que los actores se refieran a este. El auto de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, No. 004, establece que conflicto armado es el resultado de fenómenos políticos, sociales y culturales que tengan relación con la expresión bélica, dentro de lo cual se incluyen actividades económicas, proyectos agroindustriales, entre otros. De manera que si se determina que en una comunidad todavía hay esos elementos subyacentes, entonces puede hablarse de conflicto armado allí, así no haya enfrentamientos. La noción de orden público es la garantía del ejercicio de los derechos de las personas. La Sentencia C-802 de 2002 tiene criterios importantes para decidir en los casos específicos si hubo conflicto o si hay todavía. Se advierte que la violencia puede ser muy diferente, incluso en las zonas de un mismo municipio, razón por la cual es muy importante reevaluar la tesis del “conflicto generalizado”.

Para concluir, el magistrado Néstor Raúl Correa destaca que hay un avance importante que se ha hecho en el proceso de restitución de tierras y en los escenarios de discusión como los conversatorios, en donde se decantan criterios, se plantean preguntas y se construyen respuestas conjuntamente.

LA COMPLEMENTARIEDAD DE LAS MEDIDAS DE JUSTICIA TRANSICIONAL - CÚCUTA

Octubre 28 de 2013

PRIORIZACIÓN LEGAL DE PROCESOS DE JUSTICIA Y PAZ EN LA MACRO Y MICROFOCALIZACIÓN

Augusto Ibáñez Guzmán

El exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia inicia su intervención haciendo un agradecimiento a la MAPP/OEA y a la escuela judicial por propiciar espacios de intercambio y discusión de las experiencias.

El expositor comienza explicando que la estrategia de política criminal tiene su fundamento en el Derecho Penal Internacional, los estándares de protección y su complementariedad. Resulta importante tener en cuenta que no se puede hablar de la restitución de tierras y la reparación a víctimas sin hablar del bloque de constitucionalidad del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia. Con el bloque de constitucionalidad las obligaciones internacionales se convierten en el factor de interpretación de la normatividad interna. Desde la Sentencia de la Corte Constitucional C-370/93, de Ciro Angarita Gómez, se hablaba de una ordenación del sistema de fuentes en Colombia. En contraste, en la Constitución de 1886 no se tenía el Derecho Internacional como un estándar internacional, sino que se aplicaba solo cuando había estado de sitio como límite de este, aunque en códigos específicos, como en el Código de Santander, en donde se reconocían algunas disposiciones del DIH (Derecho Internacional Humanitario).

Con el bloque de constitucionalidad, el efecto que se crea es la constitucionalización del derecho penal; esto quiere decir que tanto lo dogmático como lo procesal debe seguir los lineamientos de la Constitución Política y de los compromisos internacionales. Esto parte del reconocimiento de la responsabilidad del Estado. Acá hay un giro internacional sobre el concepto de víctima, el cual no surge de la dogmática penal pura, sino que surge como consecuencia de la observación internacional sobre el conflicto y entra por vía del contencioso administrativo en el sistema jurídico colombiano.



En relación con la política pública, se menciona que la política criminal es el inicio y el fin de la discusión actualmente. Pero esta discusión debe ir más allá de la Fiscalía. Debe haber un compromiso de Estado en la política criminal, no solo del Gobierno. En el tema transicional también debe haber una política de Estado, no de gobiernos, en la cual haya una agenda metodológica común al Estado.

Una política de Estado debe ser coherente en lo civil y en lo penal, más aún en un proceso transicional. No puede haber criterios demasiado diferenciados, por ejemplo, sobre el desplazamiento en lo civil y en lo penal. En la coherencia se encuentra gran parte de las posibilidades de éxito o fracaso de una política como la de reparación a víctimas y restitución de tierras. La coherencia es lo que nos lleva al tema de la microfocalización y la priorización legal de los casos de justicia y paz en la aplicación de la Ley 1448 de 2011.

Por otra parte, en cuanto al cumplimiento de los compromisos internacionales, el expositor señala que la Ley de Justicia y Paz, la Ley 1448 de 2011 y la Ley 1424 de 2011, desde el estándar internacional se ven como una única jurisdicción, pues desde el ámbito internacional se examinan las políticas del Estado, no de los gobiernos.

A partir de 2001, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en conjunto han hecho avances en el cumplimiento de los compromisos internacionales. Ejemplo de eso es la ponderación entre un acuerdo bilateral con los convenios multilaterales en el caso de extradición en Justicia y Paz. En este caso en específico se le da más importancia a los derechos fundamentales de las víctimas, como por ejemplo el derecho a la verdad, sobre la importancia de la lucha contra el narcotráfico, que es un interés común a los Estados Unidos y a Colombia.

Otro ejemplo de avances en el cumplimiento de compromisos internacionales es el tema del fuero. A raíz de las interpretaciones jurisprudenciales, se ha llegado a establecer que el fuero tiene que ver con la institución y no con la persona. No es renunciable el fuero cuando hay 'parapolítica' o cuando existen actos de gravísima corrupción, pues allí se da una ruptura con la naturaleza de las funciones del cargo.

En los procesos de ‘parapolítica’ aparece un giro en la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en el caso de La Gabarra y Tibú, con sentencia del 17 de diciembre de 2007. En esta se acepta el tema de la connivencia y la aquiescencia de políticos en los casos nombrados. En este caso hubo un vínculo con las tierras, pues existieron operaciones de mando que han causado desplazamientos y desposesiones.

Por otra parte, a partir del 2008 se aceptó la revisión internacional en materia de jurisdicción. La Corte Suprema de Justicia, como consecuencia de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, levantó la supuesta cosa juzgada que existía sobre algunos asuntos. Es importante recordar que gran parte de los asuntos que han sido revisados por los organismos internacionales sobre Colombia están relacionados con las tierras y el desplazamiento forzado. Esto debe llevar a los actuales jueces de restitución a tener siempre presente y aplicar los estándares internacionales sobre el tema, pues la Ley 1448 de 2011 manda un mensaje claro a los organismos internacionales sobre la responsabilidad del Estado.

En cuanto a la complementariedad de las jurisdicciones, el expositor señala que siempre debe haber un balance entre la persecución y la protección de los derechos. Colombia tiene muy bien manejado el tema de la persecución, pero el problema está en el tema de protección de derechos. Esto último ahora es responsabilidad de los funcionarios encargados de implementar la Ley 1448 de 2011, tanto en lo administrativo como en lo judicial.

Para reflexionar a profundidad los temas señalados, el expositor trae a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre Magallén, con ponencia de la magistrada María del Rosario González Muñoz. El problema jurídico a resolver en esta sentencia es establecer cuál es el estándar de reparación entre el establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el del Consejo de Estado. En esta sentencia aparecen los primeros parámetros de la priorización de la atención a víctimas. Si bien los compromisos internacionales son iguales en derecho penal que en Justicia Transicional Civil en cuanto



al desplazamiento y desposesión, hay más exigencia en el tema de protección y desplazamiento.

Como conclusión, el expositor invita a tener una reflexión profunda sobre las sentencias T-025 de 2004 y T-1037 de 2006. En estas se tiene el punto de llegada como política de Estado en el tema de tierras, que ha sido un problema que ha atravesado la historia de nuestro país, incluso más allá del conflicto armado.

Al abrir el espacio de discusión, un participante menciona que en el escenario de la restitución de tierras el estándar de cumplimiento es más alto que en otros escenarios de Justicia Transicional. Teniendo en cuenta que el capítulo de restitución de tierras de la Ley 1448 de 2011 contiene una intervención territorial escalonada, con la micro y macrofocalización, se pregunta si esto está de acuerdo con los estándares internacionales de cumplimiento y acceso a la justicia. Es decir, la microfocalización es una barrera para el cumplimiento de los estándares internacionales. A esto el expositor responde que la Ley 1448 de 2011 tiene una competencia para la transición; la ley tiene elementos que constituyen el derecho. Pero entre más elementos tiene más restrictivo se vuelve. Esto es lo que sucede con la intervención territorial escalonada.

Al respecto del tema de los estándares internacionales, un participante menciona que uno de los principios internacionales más importantes es el de la igualdad. No puede haber diferenciación en cuanto al derecho a la reparación de las víctimas. El problema es que en la práctica en Colombia sí hay diferencias, pues para los campesinos desplazados existe una indemnización administrativa que tiene un tope de 20 millones de pesos, mientras que si un empresario ve afectados sus derechos de propiedad logra indemnizaciones mucho más altas a través del actuar de abogados sofisticados. El participante menciona como ejemplo el caso de la UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) en los años noventa, en la cual el Estado, por supuesto sin ser responsable por el caos del sistema financiero, invirtió 5 billones de pesos para salvar a 15 banqueros.

El expositor responde que en el momento en que el Estado reconoce que hay conflicto, cada una de las partes tiene que reparar los daños

causados. Por eso sale más económico para el Estado reconocer el conflicto que no hacerlo. Pero como el Estado por el principio de solidaridad está reconociendo indemnizaciones, hay que tener en cuenta que los recursos son limitados y las víctimas, sin dejar de respetar su derecho a la reparación, deben tener en cuenta la limitación de los recursos. El otro participante está de acuerdo en que los recursos son limitados y que hay que tener racionalidad financiera, pero llama la atención por el hecho de que se trate de manera diferente las reparaciones según la procedencia de la persona. Para concluir el tema económico, se hace un llamado a la racionalidad de las órdenes en las sentencias, pues debe haber un principio de sostenibilidad de la sentencia misma para poder garantizar realmente los derechos de las víctimas que sean restituidas.

Al respecto otro participante afirma que la rama judicial no está basada solo en economía política, sino en una filosofía política que tiene unos valores y principios que pueden hacer ceder parámetros de la economía política; por eso desde la filosofía política los costos de reparación son relativos. Por ejemplo, la reparación simbólica no necesariamente tiene altos costos económicos, pero sí costos políticos. Los magistrados y jueces de restitución deben comprometerse con la filosofía política, y garantizar derechos que son comunes a lo penal y a lo civil, como es el derecho a la verdad y esclarecimiento de los hechos victimizantes, sin que esto sea necesariamente costoso en términos económicos para el Estado. El expositor dice que los costos políticos son muy difíciles de medir e imposibles de asumir en época de elecciones, y dice que es un error anclar la política de tierras a una situación coyuntural.

Un participante menciona que no está de acuerdo con que los operadores de la Ley 1448 de 2011 tengan que tener consideraciones fiscales para poder proteger los derechos de las víctimas. Los jueces no tienen por qué limitarse en el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Es el ejecutivo y el legislativo los que tienen que hacer consideraciones de tipo fiscal. Desde los estándares internacionales la interpretación del derecho a la reparación es amplio, por eso es importante aplicar el derecho internacional para llenar vacíos de las normas de Justicia Transicional nacionales y argumentar de manera pro víctima.



El expositor afirma que ningún juez de la República puede apartarse de los estándares de protección de las víctimas. Pero la forma de mediar es la forma en que se presentan las pretensiones en las demandas. Por eso es importante tener en cuenta que no es solo indemnización sino reparación, porque puede haber formas de satisfacción que no son económicas.

LOS MODELOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL Y SU COHERENCIA EN COLOMBIA

Farid Samir Benavides

Farid Samir Benavides comienza su presentación haciendo unas precisiones sobre el modelo de Justicia Transicional Colombiano. Lo primero que aclara es que un modelo de Justicia Transicional no necesariamente es una promesa de impunidad ni una protección menor de los derechos de las víctimas. También hay que tener en cuenta que los modelos de Justicia Transicional se diferencian si se trata de un tránsito de la dictadura hacia la democracia o si se quiere pasar del conflicto armado hacia la paz. En el primer caso hay un momento claro en el que se puede distinguir la transición, pero en el caso del tránsito del conflicto al posconflicto no es tan fácil diferenciar un momento específico de quiebre. Por ejemplo, no se podría decir que se hizo tránsito al posconflicto con la firma de un acuerdo de paz, sino que se trata de un proceso mucho más complejo de construcción de paz. Y, además, en Colombia es más complejo porque se ha decidido comenzar un proceso de Justicia Transicional sin transición.

Hay que diferenciar Justicia Transicional y las políticas de transición. La primera siempre busca garantizar algún tipo de justicia, mientras que las políticas de transición pueden prescindir de la justicia. En el caso colombiano, las negociaciones de paz pueden llegar a mecanismos de Justicia Transicional. La Justicia Transicional busca una lucha contra la impunidad. El énfasis en la verdad viene cuando no hay forma de aplicar justicia penal. Pero lo cierto es que la verdad se ha convertido en un elemento fundamental en los procesos de Justicia Transicional, así las experiencias internacionales, como el caso de Sudáfrica, hayan fracasado en la producción de verdad y reconciliación mientras triunfa

la impunidad. Otro componente que aparece en estos procesos es la memoria, que surge de la búsqueda de la verdad, en la que se trata de recordar para no repetir.

En este punto un participante le pregunta al expositor sobre el alcance de la creación de verdad por parte de los jueces de restitución de tierras. El expositor considera que lastimosamente en los procesos de restitución de tierras no se puede ir más allá de verdades individuales por la naturaleza del proceso judicial. Otro participante también interviene en este tema para mostrar su desacuerdo con la posición sobre la creación de verdad en el proceso de restitución. Según él, si bien es cierto que la naturaleza del proceso judicial determina la creación de la verdad, en este se conoce parte de una verdad que de otra manera no se podría conocer. Si bien no se conoce una verdad total, en el análisis de las partes se pueden estudiar las dinámicas de sistematicidad que en muchas regiones del país llevaron el pulso del despojo.

Por otra parte, el expositor menciona que el elemento más problemático en Colombia es la reparación, que no se puede pensar que se trata de llevar las cosas al estado anterior. La victimización se debe entender como un momento en donde las personas eran vulnerables. Por eso, lo más importante en la reparación de víctimas del conflicto armado no es la devolución de las cosas al pasado, sino que es la visión hacia futuro de la situación de las víctimas de manera que estas no se encuentren de nuevo vulnerables a hechos victimizantes. El fin último de la Justicia Transicional son las garantías de no repetición.

En cuanto a la complementariedad de las leyes de transición, que lo que buscan en el fondo es la garantía de justicia, el expositor dice que el proceso de justicia y paz debe garantizar la verdad y mostrar contextos de victimización. Eso supone que la Fiscalía fortalezca los contextos en los procesos de priorización. Y, a su vez, estos contextos deben estar ligados también a la Ley 1448 de 2011 y a la Ley 1424 de 2011. Debe haber una relación entre las jurisdicciones para poder hablar de una integralidad del proceso transicional. También es fundamental la relación de los diferentes jueces con la información que produce el Centro de Memoria Histórica.



Lastimosamente, la reglamentación del capítulo de restitución no ordena la relación entre estos diferentes centros de producción de información. El Decreto 599 de 2012, que regula la microfocalización, tiene un problema fundamental y es que esta se basa en los informes del Ministerio de Defensa. Esto quiere decir que lo que se hace es priorizar casos en donde no hay conflicto. Pero el origen de esta información debería ser la Fiscalía y los informes del Centro de Memoria Histórica, para poder tener una visión que vaya más allá de lo militar. En conclusión, se está obteniendo la información a partir de la fuente errada.

Como consecuencia de la información que se obtiene para la microfocalización, ha sucedido un fenómeno que no se esperaba al momento de diseñar la Ley 1448 de 2011: los tipos de opositores que se presentan a los casos. De 144 casos con oposición hasta ahora, solo 4 han sido fallados en favor del opositor por demostrar buena fe exenta de culpa. De allí se puede concluir a la ligera que la ley está funcionando muy bien y que solo unas pocas personas tenían razón en la oposición. Sin embargo, lo que en realidad está sucediendo es más complejo: si bien los opositores en algunos casos conocían el conflicto, lo cual de inmediato desvirtúa su buena fe, dado el desarrollo del conflicto armado la única solución que tenían era la de ocupar tierras ajenas. La ley no tenía contemplados a este tipo de opositores.

En el punto de los tipos de opositores, un participante menciona que los opositores que se han encontrado en los procesos son víctimas en aproximadamente un 70%. Muchas veces esos opositores son más vulnerables que las propias víctimas reclamantes. En Cúcuta se está planteando un caso en donde 30 familias se van a unir como opositores en un proceso, dentro de los cuales hay mujeres, hay niños, hay víctimas, etcétera. Al respecto, otra participante menciona que los terceros de buena fe no tienen quienes los defiendan y los defensores de oficio no están preparados de la misma manera que está preparada la UAEGRTD en el tema de restitución de tierras, que es su especialidad.

A esto, un participante responde que la Ley 1448 de 2011 es ambiciosa en cuanto las reglas referentes a los opositores. El hecho de que no se hayan presentado hasta ahora demasiados casos con opositores duros,

no quiere decir que estos casos no existan. Ejemplos son los casos de acumulación de tierras en Cartagena, o en Bogotá hay un caso en donde el opositor es un extraditado.

Para concluir, el expositor menciona que, por otra parte, teniendo en cuenta que las formas de reparación son diversas, la Corte Interamericana y doctrinantes como Rodrigo Uprimny y Diana Guzmán han creado el concepto de reparación transformadora. Con este se busca transformar las condiciones que dieron lugar a la victimización. La restitución de tierras, entonces, debe garantizar que la situación que dio lugar al despojo desaparezca.

Pero para poder hacer una reparación transformadora exitosa, debe haber una diferenciación entre reparación y desarrollo. No se puede presentar como reparación algo que es una obligación como Estado Social de Derecho, entre otras porque con esto no se estaría dando acceso a derechos comunes a todos los colombianos solo a las víctimas del conflicto. El Estado tiene que reparar un daño con miras a la no repetición.

Frente a la intervención del expositor, un participante comenta sobre el concepto de Justicia Transicional. Este se fundamenta en dos principios, unos jurídicos y otros éticos. Basándose en estos el Estado debe crear las políticas públicas de reparación. Una diferencia es que en los procesos de despojo han utilizado la misma legalidad para lograr el despojo y, como el proceso de restitución funciona con independencia de lo penal, la cuestión es ¿en dónde queda la impunidad?

La microfocalización es un instrumento técnico que le permite al Estado implementar un proceso de restitución de manera planeada y organizada. El problema más grande es con la macrofocalización, no con la microfocalización. La macrofocalización se hizo solo teniendo en cuenta la variable de densidad del despojo. Pero hay territorios en donde la UAEGRTD no puede entrar porque no hay macrofocalización.

Un participante menciona que la Fuerza Pública y la Policía están respondiendo que no tienen la capacidad operativa para poder acompañar la entrega material de los predios. Están pidiendo plazos muy



amplios para poder acompañar, pero así suspenden el goce efectivo de los derechos. Los jueces no saben muy bien a quién acudir para quejarse. Hay problemas en la articulación de las entidades. La Policía dice que no es su competencia, el Ejército dice que es competencia del Ministerio Público, y así sucesivamente. Un participante responde que si hay microfocalización, se suponen las condiciones de seguridad. Entonces el juez tiene la facultad de ordenar al Ministerio de Defensa para que garantice el retorno y entrega efectiva. El expositor opina que el Ministerio de Defensa, al decir que hay zonas de retorno seguro, compromete su responsabilidad. En esas zonas los miembros de las fuerzas públicas tienen que acompañar los procesos, so pena de responsabilidades penales por ser máximos responsables. En relación con este mismo tema, un participante menciona que a veces las condiciones de seguridad cambian entre el tiempo de microfocalización y de la entrega material.

En este punto el magistrado Néstor Raúl Correa menciona que un requisito indispensable para poder materializar el derecho a la restitución es el control territorial del Estado, lo cual en medio del conflicto armado está puesto en entredicho por definición. La micro y macrofocalización son una muestra de que el Estado no tiene control sobre todo el territorio, pero sin fuerza pública que logre hacer control territorial en todo el país se hace imposible administrar justicia. Se pregunta ¿qué pasa con el 94% de los municipios, en donde no hay micro ni macrofocalización?

CONCLUSIONES Y CIERRE CONCEPTUAL

Fernando Vargas Valencia

Augusto Ibáñez nos recuerda que hay una relación entre la labor de restitución de tierras y el derecho internacional penal. También nos recuerda que no se puede hablar de la restitución de tierras sin tener en cuenta el bloque de constitucionalidad: la Corte Constitucional ha planteado esta relación con el DIH y su aplicación en el ordenamiento interno, constitucionalizando así el derecho penal, pues existe una relación entre el actuar macro criminal con la desposesión de comunidades vulnerables.

Un dato claro para el juez de restitución de tierras es que hay una aceptación internacional del Estado sobre su responsabilidad sobre las afectaciones producidas en esos contextos, lo que permite enfocarse en el concepto de víctima. Si los orígenes de las reivindicaciones de las víctimas en Colombia son los procesos contencioso administrativos, es importante preguntarse en dónde se encuentra el elemento de responsabilidad del Estado en procesos de restitución de tierras.

Por otra parte, ambos expositores dicen que estamos en una política de Estado y por eso no se puede hablar de diversas justicias transicionales, sino de un solo proceso. Por eso se requieren elementos de coherencia entre lo civil y lo penal. A su vez, tiene que haber una coherencia interna, que es la necesaria interlocución entre la magistratura civil, la penal y las entidades administrativas. La información sobre contextos y los argumentos de macrocriminalidad deben ser traídos del trayecto recorrido ya en la Ley de Justicia y Paz.

Por otra parte, también se recuerda que deben tener en cuenta las discusiones sobre la reconciliación. No debe dejarse por fuera de los foros preguntas como ¿qué es?, ¿quiénes la hacen? y ¿cómo se hace en los territorios?

El compromiso adquirido por el Estado, según el primer expositor, es el cumplimiento de los estándares internacionales. Esto se relaciona con la idea de Farid Samir Benavides que defiende que la finalidad última de la restitución de tierras es que haya garantías de no repetición. Esas garantías de no repetición pueden ser llenadas con contenidos como el de la reparación transformadora. Esto también está relacionado con la pregunta acerca de la forma como se garantiza la no impunidad en el escenario de restitución de tierras.

El segundo expositor plantea una pregunta que es fundamental y es la definición de Justicia Transicional. Se resalta que la Justicia Transicional no se puede asociar con impunidad. De manera que de allí surge una cuestión de primera relevancia para la labor cotidiana de los jueces de restitución de tierras, y es cómo garantizar la no impunidad y la creación de verdad y memoria histórica en el desarrollo de los procesos. De nuevo esto se relaciona con la coherencia interna de las diferentes leyes de transición.



También trae a colación la diferenciación teórica entre la paz negativa y la paz positiva. La Justicia Transicional es, entonces, una promesa de democracia. La Justicia Transicional pone en tensión la temporalidad del Derecho, exigiendo de este que mire al pasado, en el presente, pero con la única finalidad de llegar al futuro que es la promesa de democracia y reconciliación. La reparación mira al pasado a la vez que evoca el futuro.

Para concluir, Fernando Vargas Valencia recuerda que hay unas diferencias entre reparación y desarrollo. Sin embargo, diferenciarlas no puede implicar dejar de lado la reparación transformadora. En muchas situaciones, como es el caso de la vivienda, es muy difícil diferenciar qué es política social del Estado y qué hace parte de la reparación. Para poder diferenciar estas dos, es necesaria la relación de la acción del Estado con el agravio sufrido por la víctima.

DIFICULTADES EN LA RESTITUCIÓN MATERIAL DE PREDIOS EN COLOMBIA: ¿EXISTEN GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN EN LOS TERRITORIOS? - BOGOTÁ

Diciembre 16 de 2013

MICROFOCALIZACIÓN, DIGNIDAD Y CONDICIONES PARA EL RETORNO: ¿RESTITUCIÓN O COMPENSACIÓN?

Luis Jorge Garay Salamanca

Después de agradecer a las diferentes entidades y organismos que han posibilitado estos espacios de discusión a lo largo del año 2013, Luis Jorge Garay comienza su presentación afirmando que la restitución de tierras es uno de los retos más grandes para la construcción de democracia en Colombia. Para poder entender por qué la restitución es importante se hace una introducción sobre el papel de la tierra y el territorio en la historia de Colombia y en el conflicto armado. El proceso de lucha por el territorio no es nuevo, pues este se extiende desde el siglo XIX, como en muchos otros países en América Latina. Esta lucha se llevó a cabo por ejércitos privados de terratenientes. Desde esta época la lucha por la tierra está marcada por el ejercicio de la violencia y el poder.

Esta lucha se ha caracterizado por un exacerbado rentismo, que no se trata solamente de la búsqueda de ganancias. Desde una concepción de sociología política, el rentismo se basa en el hecho de que las relaciones sociales se encuentran mediadas por la estructura del poder. En esta dinámica, los grupos poderosos hacen uso del aparato de poder político, económico y cultural para aprovecharse de las circunstancias para la satisfacción de intereses egoístas y excluyentes a costa del bienestar colectivo. A diferencia de la búsqueda de rentas en un sistema liberal clásico, en la situación de la lucha por la tierra en Colombia hay una falta de corresponsabilidad social en el uso del poder económico, político y social.

El exacerbado rentismo tiene un problema fundamental en la búsqueda de la creación de un sistema capitalista y democrático, y es que las relaciones de confianza e intercambio se rompen y por esto es imposible construir un verdadero mercado. Como la tierra y el territorio han sido



usufructo de esta lucha de poder, la construcción de un mercado de tierras ha sido imposible hasta hoy día. Aunque en la gran mayoría del territorio nacional no hay un mercado de tierras, eso no implica que no haya transacciones de tierras. En este escenario, la tierra se considera más un factor de usufructo del poder que un factor de producción. Esto ha llevado a la disfuncionalidad múltiple que tienen las tierras y los territorios en muchos lugares del país. Ejemplo de esto es la primera característica de la tierra en Colombia, que es la informalidad (el 50% de los predios en Colombia son informales), lo cual implica que la tierra no tributa en la práctica. Otro factor es que el catastro y el registro no coinciden. El catastro de la tierra rural es de solo el 41,6% y el último censo rural fue hace más de 30 años. Esto no son coincidencias y la situación se agrava más aún cuando Colombia quiere dar el salto a la extranjerización y a los contratos de usufructo y el derecho real de superficie, que son nuevas formas de ejercer el derecho de propiedad.

El exacerbado rentismo rompe e imposibilita avanzar hacia la democracia en la ruralidad colombiana, porque es excluyente de los sujetos sin poder. Además, la democracia se basa en la concepción de ciudadanos iguales. Históricamente en Colombia el sector rural está atrasado en ingresos y la pobreza rural siempre ha sido mayor que la pobreza urbana. Este rentismo también ha causado una concentración de la tierra, no solo del derecho de propiedad sino del usufructo de la tierra.

El índice de Gini, con el cual se manejan muchas estadísticas en Colombia, es un índice sintético que esconde cómo es la verdadera distribución de la tierra, pues no permite, por ejemplo, identificar asuntos como el hecho de que la tierra de los pocos y pequeños propietarios no poderosos, tiene una extensión y calidad de tierra supremamente pobre. En la ruralidad colombiana hay un proceso de exclusión de oportunidades que se autoalimenta a través del tiempo, en la medida en que no obstante han existido propósitos de reforma agraria, el establecimiento mismo los ha hecho fracasar. Es decir, este rentismo ha reproducido condiciones de no-mercado y no-democracia en la ruralidad colombiana a través de dinámicas perversas para los más desposeídos y favorables a los nuevos agentes que incursionan en la ruralidad.

Fue así como el siglo XIX fue una lucha territorial entre terratenientes ante la ausencia de un verdadero Estado moderno. La lucha por la tierra en el siglo XX, específicamente la del periodo conocido como de “La Violencia”, se caracteriza por ser la lucha de caciques partidistas también con ejércitos privados. Además, se caracteriza por el uso y usufructo de ciertas fuerzas políticas y militares a favor de esta lucha por la tierra. Entonces se plantea que el rentismo pasó a hacer parte del Estado moderno, en el cual unos caciques partidistas lo aprovechan en la lucha de la apropiación territorial.

En los años setenta comienza un proceso nuevo y complejo que es necesario entender para poder discutir sobre temas específicos de la restitución, como la focalización territorial, la no repetición, etcétera. Desde finales de la década del setenta, Colombia ha sido escenario de reproducción de ilegalidades. El exacerbado rentismo no solo bloquea las posibilidades de democracia y de mercado, sino que, en la medida en que se rompen las relaciones de confianza entre sectores de la sociedad, más aún entre poderosos y vulnerados, se van germinando unas raíces de la aculturación de la ilegalidad. Si los logros se hacen a través del usufructo del poder, y parte de ese poder se obtiene por el ejercicio de la violencia, la ilegalidad se convierte en una forma de relacionamiento social que se reproduce y sirve consecuentemente al bloqueo de la democracia. La ilegalidad en Colombia se manifiesta de muchas maneras, pero todas estas están siempre ligadas al territorio y al usufructo del poder en este. Desde principios del siglo XX apareció una forma de ilegalidad en Colombia que es el contrabando, que se hacía a través del usufructo de los corredores del poder territorial. Lo mismo sucedió con la minería. El Estado colombiano históricamente ha entregado los recursos naturales a los actores que ganaron las guerras a través de la violencia y la ilegalidad, convirtiéndose la minería en un factor crucial para la apropiación de territorios en Colombia.

La ‘bonanza marimbera’ marca el inicio de una nueva etapa de reproducción de la ilegalidad en detrimento de la población. Esta primera forma de narcotráfico fue llevada a cabo por algunas de las élites de la costa Atlántica colombiana, aprovechando el usufructo del poder territorial. Con todos estos ejemplos se muestra cómo el



territorio es, además de un factor de poder, un factor de reproducción de ilegalidad en detrimento de la población.

El episodio de la reciente ola de saqueos y despojos es solo una etapa, no es ni la primera ni la última. En este período cubierto por la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras se produce la lucha territorial entre grandes poderes, atravesados esencialmente por la ilegalidad en la lucha del poder territorial: es la lucha entre ‘narco-guerrillas’ y ‘narco-paramilitarismo’. Esta es una etapa moderna de apropiación del territorio que se caracteriza por la lucha de estructuras macrocriminales que trabajan en una red compuesta por actores abiertamente ilegales, agentes legales y agentes que se mueven entre la legalidad y la ilegalidad. Son crímenes de sistema. La única manera de comprender el problema del despojo es desde la perspectiva de los crímenes de sistema, porque si se entiende predio por predio de manera casuística, el resultado será una política pública ineficiente e incluso contradictoria. En este proceso actúan agentes ilegales, a veces transnacionales y con la participación creciente de la legalidad.

Aunque las figuras políticas cambian, las formas siguen. Ejemplo de esto es que el 30% de los candidatos al nuevo Congreso son familiares de personas pertenecientes a los grupos ‘narco-paramilitares’. Por ello es que la contextualización resulta indispensable para comprender el fenómeno del despojo en Colombia, y los jueces y magistrados de restitución de tierras, así como los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD), tienen que ampliar su visión hacia un entendimiento sistémico e histórico de este proceso.

Una vez el expositor termina la primera contextualización y establece que el proceso de despojo fue estratégico, sistemático y con carácter territorial, pasa a plantear la pregunta acerca del significado de la territorialidad. Esto ha sido ampliamente debatido por la sociología política, la ecología política, la geografía política y la economía política. La lucha por el poder territorial implica una concepción de economía política y ecológica de los agentes involucrados en el proceso, sean los pobladores rurales o sean los victimarios. El territorio es definido por

el proceso de lucha entre diferentes agentes por la apropiación de la naturaleza, que es un espacio específico. El espacio puede ir cambiando, porque el significado de los territorios cambia para los actores que se apropian del espacio. Hoy día la minería se está apropiando del espacio y la naturaleza, hay una lucha de las estructuras macrocriminales por el espacio y cada vez los corredores del narcotráfico son menos importantes. La minería, desde una perspectiva territorial, no sólo causa un daño ecológico y medioambiental, sino también desplazamiento y despojo.

El concepto de territorio y territorialidad es fundamental, no solo para entender la lógica del despojo y usurpación de tierras, sino para entender cómo es la lógica de la restitución, retorno y sostenibilidad social del territorio. El Estado no es predominante en el territorio, y un reconocimiento de esto es la macro y microfocalización. Lastimosamente para el Estado, muchas veces el territorio se traduce únicamente en “condiciones de seguridad”, pero hay que tener en cuenta que el Estado no es solo poder militar, así que debe pensarse en la presencia del Estado más allá de la presencia militar. En este punto el expositor hace énfasis en los problemas y limitaciones de la macro y la microfocalización. Al no haber Estado en los territorios, se está haciendo un reconocimiento implícito acerca de la dificultad que surge para hacer sostenible la restitución y el retorno, que eviten una re-victimización violenta o económica.

Partiendo de la base de que la macro y la microfocalización son un reconocimiento implícito de que no hay Estado en todos los territorios, el expositor plantea que no es posible esperar 100 años a restituir la tierra hasta que exista Estado. Entre más tiempo pasa sin que el Estado reconozca los derechos de las víctimas a sus territorios, la realidad social en los territorios en concreto cada vez se volverá más compleja y será más difícil resolver las situaciones. Los derechos de propiedad no pueden quedar indefinidos por siempre, porque esto erosiona el mercado y el capitalismo. Ya desde los tiempos de John Stuart Mill se hablaba de la relación entre el orden social y la propiedad. En el mundo moderno, sin ser Colombia un Estado moderno por existir el mencionado rentismo, no puede haber indefinición de la propiedad.



Aunque la Ley 1448 de 2011 es una iniciativa única en el mundo, está pensada en una lógica de corto plazo. Esto hace que sea inevitable que se cometan unas injusticias en contra de las personas que habitan las regiones más apartadas, que son las que no están macrofocalizadas. No va a ser posible hacer la restitución de tierras desde 1991 hasta hoy en tan solo 10 años. Aunque se planteaba que los derechos de propiedad no pueden quedar indefinidos, el plazo es demasiado corto, sobre todo si se tiene en cuenta que desde 2007 estamos en una nueva etapa de despojo no violento. Se están haciendo procesos de formalización con apariencia legal sobre tierras públicas, también hay usurpación de tierras de campesinos que les fueron adjudicadas en el pasado por el INCODER. Estamos en un proceso de 're-despojo' con apariencia legal y es por eso que cada día que pasa se introduce un nuevo conflicto social, que si se acumula a lo largo del tiempo va a ser imposible definir los derechos de aquellos que hoy han sido despojados. El expositor insiste en que es importante tener en cuenta que el tiempo es un factor clave en las dinámicas del conflicto, porque el transcurso del tiempo tiene la capacidad de legalizar todo.

Si Colombia quiere avanzar en este tema, se requiere una Justicia Transicional aún más radical. Aun hoy hay demasiado peso del derecho civil tradicional dentro de la Justicia Transicional. Si se quiere restituir y reparar a las personas que han sufridos procesos de macro-victimización, se requiere de una normativa más radical. No es por ineficiencia de los jueces y magistrados que no se puede llevar a cabo la reparación efectiva, sino porque las herramientas legales aún se quedan cortas. De esta discusión hizo parte la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado en el Congreso y allí se defendió la idea de que incluso valía la pena transgredir algunas normas identificadas como funcionales al despojo o como obstáculos para la restitución, con tal de hacer una reparación más efectiva. Pero el país no está listo políticamente para eso, porque en el Congreso hay representación mayoritaria de intereses comerciales y no estarían dispuestos a perder muchas normas que los han favorecido históricamente. Aunque por lo menos ahora está en discusión con destino al Senado un proyecto de ley para la restitución administrativa de tierras, este proyecto tiene un retraso de dos años y, además, ahora tiene la dificultad de los diálogos

de paz. De todas maneras esta iniciativa hay que apoyarla, porque hay muchos procesos que pueden ir resolviéndose desde lo administrativo, sin necesidad de intervención judicial.

Además de la necesidad de nuevos procedimientos que permitan resolver los casos con mayor agilidad, es necesario profundizar en el enfoque territorial para la contextualización de los casos y sobre todo para lo que se denomina “acumulación de casos con enfoque territorial”. En una acumulación de casos de este tipo, podría haber un esquema de acumulación que facilite la labor de jueces y magistrados, sobre todo para los casos de oposición. En la etapa previa es necesario tener herramientas para hacer una investigación más rápida y efectiva. Esto nos lleva a pensar en un problema crucial de la macro y la microfocalización. El proceso de desplazamiento fue masivo y sistemático en la mayoría de regiones del país. Por ejemplo, el abandono forzado fue masivo en un 40%. También el proceso de despojo se dio de manera grupal y masiva. Ante esto, se hace necesario encontrar una forma de acumular casos, lo cual no implica resolver un derecho particular e individual; se necesita una metodología para resolver derechos individuales pero de manera grupal.

Es importante reconocer y hacer conciencia, así no sea políticamente correcto decirlo, que este proceso, tal cual y como va, es socialmente insostenible. El expositor advierte que esta afirmación no se hace como enemigo del proceso, sino más bien desde el imperativo moral y social del que ha tratado todo su argumento. En este sentido, afirma que no se puede esperar cinco generaciones para arreglar un conflicto que afectó de manera sistemática y profunda a tres generaciones. Adicionalmente, hoy día se abren vías jurídicas y de política pública para que diferentes actores legales e ilegales se apropien de los territorios, sin haber surtido previamente el proceso de clarificación de los derechos.

El Estado moderno exige que se definan los derechos de propiedad con premura. La fricción de la apropiación por el territorio bajo nuevas formas de mercado que Colombia nunca ha tenido, como el desarrollo empresarial extensivo e intensivo, exige la clarificación de los derechos previos. En este sentido, existen condiciones objetivas que pueden mantener una indefinición de los derechos de propiedad, y esto se convierte en un



enemigo del proceso de restitución de tierras. Ante la imposibilidad de clarificar los derechos de propiedad ha surgido la posibilidad de dar los baldíos a los campesinos que los piden. Mientras que los otros territorios quedan en pausa, pero esa pausa significa que los futuros privados se queden con esos territorios que eran de los campesinos.

En este punto hay una intervención de un participante que menciona que hay dificultades para armonizar varias políticas en un territorio en concreto. Ejemplo son las medidas cautelares que se han impuesto para evitar que siga la actividad minera en territorios de comunidades afrodescendientes que fueron desplazadas. El problema en concreto es que el juez ordena la medida cautelar, pero la autoridad municipal permite que la actividad minera siga realizándose. Otro juez menciona que el trabajo con las instituciones es muy difícil porque todas las entidades dicen que no son competentes para cumplir las órdenes que los jueces están profiriendo. De estas intervenciones surge una pregunta importante para el proceso y es ¿qué derecho tiene prevalencia, el derecho a la restitución o los derechos al subsuelo? El expositor menciona que la Sentencia de la Corte Constitucional T-174 de 2013, al analizar el principio de precaución, puede dar luces sobre esta tensión.

Por otra parte, en cuanto al retorno y a las garantías de su sostenibilidad, el expositor afirma que en muchas regiones del país las condiciones objetivas no están dadas. Las luchas por la tierra en muchas regiones ya están anunciadas. De hecho, dicha lucha no se dará necesariamente por la vía armada, sino que habrá una disputa “legal” por los territorios restituidos. En días pasados ya se dio el primer paso para comenzar esta disputa, que fue la aprobación de la ley de extranjerización de la tierra. Aunque esta ley es un avance en el sentido de que impone límites a la extranjerización, a la vez acepta como hecho indiscutible que habrá extranjerización de la tierra. En esta ley se evidencia que se establecen nuevas formas del derecho real de superficie y nuevas formas de titularización de la tierra a largo plazo a través de contratos de usufructo. Esta manifestación del capitalismo moderno en el campo dificulta el proceso de restitución, incluso habiendo restitución judicial y material efectiva, pero sin garantías de permanencia de los campesinos en sus territorios. Si a esto se le añade el hecho de que no hay entidades

reguladoras de los precios de la tierra rural, se entiende que no será fácil garantizar la permanencia y aprovechamiento del territorio por parte de los campesinos.

Un participante interviene para decir que para otorgar compensaciones es importante tener en cuenta la realidad de las condiciones materiales de vida de la persona y observar la verdadera y libre voluntad del solicitante, porque se puede confundir la necesidad con la voluntad. El peligro de las compensaciones es que se confundan con medidas de asistencia social.

En cuanto a las condiciones de retorno, un participante menciona que, aunque en su Juzgado ha habido muchas sentencias, de los casos fallados hay muy pocos en los que ha habido retorno. De alguna manera pareciera que el proceso se ha pensado al revés: primero se restituye y luego se encuentran las condiciones para el retorno. Una de las razones que impide el retorno es el tamaño de los predios o su lejanía. El expositor propone tener en cuenta que, aunque la medida de reparación primigenia es la restitución, el juez debe evaluar aquellos casos en los que el retorno resultaría insostenible y en éstos proponer compensación. Si se restituye un predio en el que no hay garantías de retorno, no habrá valido la pena desgastar el aparato judicial. La medida prevalente es la restitución, pero si el juez observa que la restitución no tiene la posibilidad de materializarse, tiene la facultad para reubicar. El juez debe tener en cuenta que se debe evitar la re-victimización, no solo física sino también económica. Para esto, el juez puede tomar las medias alternativas de reubicación y compensación. En este punto surge la propuesta de pensar en la posibilidad de que se haga una priorización según viabilidad, de manera que se restituyan por vía judicial primero los casos en los que haya condiciones para el retorno.

Para concluir, el expositor propone que, en medio de las dificultades, es necesario transgredir los límites impuestos por la Ley 1448 de 2011 e ir un paso más allá para lograr la verdadera clarificación de los derechos de propiedad y la reparación a las víctimas del conflicto armado en Colombia. La reforma del Decreto 4829 de 2011 debe tener en cuenta este tipo de cuestiones. Por otra parte, se afirma que el problema no es



solamente judicial, pues este es tan solo un elemento. El proceso implica cambios radicales en la construcción de políticas públicas que creen condiciones de un Estado Social de Derecho y democrático, más allá de la presencia militar en los territorios, con el propósito de garantizar que no se reproduzcan las lógicas del despojo por ninguna vía.

La compensación no es una medida de asistencia social que dé el Estado. Es muy probable que las víctimas entiendan las compensaciones como asistencia social. Lo simbólico en los procesos de Justicia Transicional es fundamental. La compensación debe entenderse como la vindicación de un derecho.

DILEMAS DE LA RESTITUCIÓN EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

Rodrigo Uprimny Yepes

Rodrigo Uprimny comienza su presentación proponiendo una tesis según la cual, en un contexto de alta desigualdad rural antes de los procesos de despojo de las últimas dos décadas y en un contexto de poca amigabilidad con los pequeños productores, la restitución es (i) necesaria, (ii) difícil e (iii) insuficiente. Teniendo en cuenta estas características de la restitución de tierras en el contexto colombiano actual, se analizarán sus implicaciones prácticas.

¿Por qué es necesaria la restitución? La magnitud del problema del desplazamiento y el despojo en Colombia es enorme: entre cinco y seis millones de hectáreas, sin contar territorios indígenas, han sido despojadas; hay cuatro millones de desplazados, el fenómeno de despojo no afectó exclusivamente a la población rural pobre pero sí tuvo un efecto enorme en este sector, y aquellos campesinos que no eran pobres quedaron sumidos en la pobreza. El despojo acentuó la pobreza. El despojo y el desplazamiento posibilitaron la apropiación criminal e ilegal de tierras. De estos tres elementos se sigue una consecuencia ético-política de revertir el despojo, como mínimo esfuerzo de la democracia colombiana. Si no se hace este mínimo esfuerzo, la democracia premiaría el crimen y sería bastante problemático para la consolidación democrática. La no reversión del despojo genera dificultades en la

justicia distributiva. Mientras que revirtiendo el despojo se mejorarían las condiciones de justicia distributiva en la población rural. Además, la construcción de la cultura de un Estado Social de Derecho tiene que partir de la legalidad. Todas estas son mínimas razones ético-políticas, pero también existe una razón jurídica y es que la restitución de tierras es un componente del derecho a la reparación de la población desplazada, lo cual está reconocido en diferentes instrumentos internacionales y en Colombia reiterado por la Corte Constitucional.

La restitución es una tarea difícil, aún más en el contexto colombiano. Es difícil porque es un campo en donde no hay grandes experiencias internacionales afortunadas o que se dieron bajo circunstancias muy diferentes al caso colombiano. Es importante que la restitución se haga con clarificación de los títulos de propiedad. La informalidad en la tenencia de la tierra rural hace que el mismo punto de partida de la restitución no sea claro. Como no son claros los títulos, se dificulta la tarea. Adicional a esto, se ha identificado con claridad, en algunas regiones, que los despojos han sido legalizados de diferentes maneras. Por otra parte, desde 1991 hasta hoy ha habido varias olas de despojo y 'redespojo', de manera que no se trata de un período corto. Jon Elster dice que entre más tiempo pasa, más dificulta la restitución porque aparecen solicitudes contradictorias. El expositor coincide en que la premura del tiempo es importantísima para la garantía de derechos territoriales. También el hecho de que el despojo haya sido masivo y prolongado, hace que haya varias oleadas de despojo y se generan problemas como los reclamos contradictorios y los segundos ocupantes. Esto sucedió, por ejemplo, en la República Checa. Algunos autores dicen que cuando hay un despojo demasiado masivo y demasiado prolongado, es mejor no intentar la restitución ni otras tareas de justicia correctiva. La tarea en esos casos debería ser de justicia distributiva y una reformulación del pacto social. Esto lo planteó Pablo Kalmanovitz pensando en Bosnia. Puede que este no sea el caso de Colombia, pero lo cierto es que por masividad y prolongación estamos en un límite cercano a esta posibilidad.

La tercera dificultad se refiere a la seguridad. Así en este momento nos encontremos en negociaciones de paz con algunos actores, en



los territorios estos y otros, que no están negociando la paz, siguen actuando. La posibilidad de nuevos despojos es latente. Esta dificultad se manifiesta en lo social, por las amenazas y las muertes de líderes que han impulsado los procesos de restitución de tierras. Pero también dificulta la labor administrativa y judicial de las autoridades. Esta es una de las diferencias con otros casos internacionales de restitución, como el de Bosnia, en donde la restitución se intenta una vez la comunidad internacional ha intervenido en el territorio y ha facilitado la pacificación. Hay una dificultad adicional y es el hecho de que los territorios despojados o abandonados hoy se encuentren ocupados por otros campesinos que están en igual o peor situación de vulnerabilidad que la víctima solicitante. Acá se plantean conflictos de derecho bastante complejos. Todo esto lleva a la conclusión de que la tarea de la restitución de tierras es una tarea difícil pero necesaria.

Existe una dificultad final, que son los límites de la restitución de tierras. Los límites tienen que ver con dos factores: (i) situación previa al despojo, referida a la desigualdad rural muy profunda, (ii) el modelo actual de desarrollo rural. Esto tiene que ver con que en Colombia el despojo profundizó la desigualdad rural. Pero esto no necesariamente tiene que ser así, pues hay estudios que demuestran lo contrario. Por ejemplo, en El Salvador el despojo disminuyó la desigualdad rural, pues fue un despojo de las guerrillas a los propietarios. Pero en Colombia, si volviéramos a la situación del año 1990 regresaríamos a una situación de desigualdad rural que permitió el despojo. Por eso es importante que las medidas de restitución y, en general, de reparación, no vuelvan a las víctimas a la situación original; hay que priorizar las medidas de justicia distributiva sobre las de justicia restaurativa. Si el modelo de desarrollo rural no logra crear espacios dignos y productivos para las personas a quienes se les logre restituir las tierras, entonces se llegaría a una situación de pérdida de la tierra por mecanismos de mercado. Todo esto teniendo en cuenta que la desigualdad estuvo a la base del despojo.

¿Cómo convertir las dificultades en fortalezas de manera que se pueda desarrollar la tarea de la restitución desde las perspectivas de reconciliación y de posconflicto? Desde el Gobierno, más que desde la rama judicial, se debería pensar en la unión entre la restitución y

las políticas de desarrollo rural y las tareas de redistribución. Para superar los límites de la restitución, lo primero que debe evitarse es dejarla como una política aislada. Por el contrario, la restitución como política debe acompañarse con políticas regionales e intentar ligar a otras políticas de Justicia Transicional, como la judicialización de los responsables de graves violaciones de Derechos Humanos. Por otro lado, deben implementarse las metodologías de investigación judicial de la macrocriminalidad. Por otra parte, en Colombia debería haber una comisión de la verdad o mecanismos no judiciales de construcción de la verdad, y estos deberían tener como uno de sus focos develar las estructuras y las lógicas que permitieron el despojo y que se beneficiaron de este.

En cuanto al vínculo entre restitución y desarrollo rural, lo primero que hay que tener en cuenta es que no son lo mismo, no tienen el mismo objetivo y hay que tratarlas individualmente, pero sin que aquello quiera decir que no se conecten en algunos puntos. En específico, la política de desarrollo rural debe pensar el lugar económico que se le da a las tierras y territorios restituidos. En este punto, se hace una intervención para señalar que existen comunidades en las que se han hecho consultas populares que rechazan la intervención minera en un territorio determinado. Se pregunta si, de cara al posconflicto, ¿cómo se podría conciliar la voluntad de las comunidades sobre su propio desarrollo, con la posición del Gobierno que defiende que los asuntos del subsuelo son nacionales y por lo tanto no están sujetos a consulta popular? El expositor señala que las políticas de ordenamiento territorial deben garantizar que no todos los espacios sean susceptibles de ser utilizados por las industrias extractivas. Son los planes de ordenamiento territorial los encargados de parar la feria de licencias mineras.

Hay un tercer elemento que podría ayudar a volver una dificultad en una fortaleza de la restitución y es buscar una movilización ciudadana a favor de la restitución. Si esta tiene que vencer actores poderosos a nivel local y resistencias en el ámbito nacional, es necesario construirle un apoyo político a la restitución, que podría también volverse un refuerzo de los dinamismos democráticos, convirtiéndose la restitución en una agenda de robustecimiento de la democracia. Un elemento importante



de esto, como lo menciona el informe de Human Rights Watch, es hacer una estrategia para juzgar a quienes hacen amenazas a la restitución. Al respecto, un participante interviene diciendo que dicha movilización debe contar, en primer lugar, con las garantías mínimas que merece la oposición en una sociedad democrática.

Para concluir, el expositor afirma que es necesario también disminuir los obstáculos jurídicos de la restitución de tierras. Esto implica poder conceptualizar claramente y repensar las categorías del derecho civil en contextos transicionales. Se trata de reacomodar conceptos de derecho civil para la Justicia Transicional civil. Estos criterios alternativos no siempre son fáciles de construir, y la experiencia cotidiana de los jueces lo demuestra. Al estar en una de las primeras experiencias de restitución judicial, se impone la necesidad de crear conceptos de viabilidad que nunca existieron.

En este último tema, un participante pregunta acerca de las alternativas dentro de la actividad judicial que pudieran ayudar a superar esos obstáculos de la restitución. El expositor responde que es posible defender un cierto activismo judicial que se pueda dar dentro de la reparación transformadora. Adicional a esto, es necesario que por parte de la Corte Constitucional se siga avanzando en conceptos sobre el alcance de ciertas figuras en las problemáticas actuales de la restitución de tierras.

CONCLUSIONES Y DESAFÍOS IDENTIFICADOS EN LOS ENCUENTROS REGIONALES DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS

La experiencia de los conversatorios regionales sobre restitución de tierras dejó como resultado una serie de conclusiones y retos para el proceso, que podrían clasificarse en dos grupos: por un lado, algunas preguntas y propuestas relacionadas con problemas interpretativos y alcance de derechos; por otro lado, un grupo de temáticas relacionadas con la superposición de diversas políticas en un mismo territorio y las dificultades de articulación institucional. A continuación se presentan algunas de las conclusiones de las discusiones que giraron alrededor de estas categorías, sin perjuicio de que muchas de estas sean preguntas por resolver y retos que el proceso de restitución de tierras afronta después de dos años de experiencia.

Como se mencionó, un grupo de discusiones giró en torno a problemas interpretativos. En este tema, uno de los debates más importantes y recurrentes en los cinco conversatorios fue el tema de los segundos ocupantes o terceros que, oponiéndose o no a la reclamación, intervienen en el proceso debido a que tienen intereses sobre los predios objeto de restitución. Los jueces y magistrados han tenido que enfrentarse a una situación que no había sido contemplada por el legislador: los opositores o terceros intervinientes de una cantidad significativa de casos de restitución son otras víctimas, o en algunos casos sujetos vulnerables o de especial protección constitucional, como campesinos, que han ocupado las tierras de los desplazados que hoy reclaman la restitución de sus predios. Ante esta situación los jueces encuentran que los parámetros de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras son insuficientes para resolver una situación en donde se enfrentan los derechos de varios sujetos vulnerables.

Ante este reto, algunos jueces se han visto en la tarea de aplicar a los casos en concreto un test de razonabilidad que permite la ponderación de varios derechos de igual rango. Aunque muchos de los participantes sugerían que una de las posibles soluciones consistía en dejar de aplicar el estándar de buena fe exenta de culpa para los opositores que fueran



víctimas, surgió una propuesta muy interesante en la que se tiene como punto de partida que el objetivo de la Ley 1448 de 2011 es la construcción de la paz y la reconciliación, de manera que los jueces no deben privilegiar a ningún sujeto que se haya aprovechado de la situación de despojo. En este sentido, se propone no dejar de aplicar el estándar de buena fe, pero para los casos con opositores vulnerables el examen del elemento culpa se cambia por el examen del estado de necesidad. Así, si un campesino se convirtió en el ocupante de un territorio abandonado por una víctima del conflicto, la única situación en la que el juez debe proteger sus derechos territoriales será si este sujeto se encontraba en un estado de necesidad manifiesta que lo obligara a hacerse a las tierras de una víctima.

Como bien se puede observar, esta propuesta no resulta de un análisis textual de la ley, sino que la experiencia de los jueces en sus fallos ha llevado a que estos deban realizar una interpretación que incluya elementos sociológicos y políticos, que si bien en la práctica judicial se armonizan con algún principio legal o constitucional, no se limitan al análisis formalista de las normas. Este es uno de los retos más grandes para los jueces, pues su labor es resolver casos con herramientas jurídicas, pero en muchas ocasiones la finalidad misma de las políticas de Justicia Transicional, que es la creación de la paz, impone al intérprete un mandato que es muy difícil de cumplir si la argumentación de los fallos es textualista, más aún cuando la propia ley otorga poderes especiales a las y los jueces de restitución. Esto también está relacionado con la necesidad que existe de que tanto los jueces como los funcionarios de la UAEGRTD tengan una comprensión histórica y dinámica del conflicto armado, pues solo de esta manera es posible detectar elementos subyacentes al conflicto que no necesariamente se expresan en fenómenos bélicos, pero que en la práctica se materializan en injusticias y violencias sistemáticas –no necesariamente físicas– en contra de la población víctima.

Durante los debates surgieron dos propuestas que buscan darles herramientas a los jueces para tener la comprensión del conflicto y sus complejas manifestaciones sociales de manera más amplia. En primer lugar, se hizo un llamado a los jueces a utilizar la cartografía social,

que es un medio probatorio válido en la Ley 1448 de 2011, como una metodología que permite identificar los actores en un territorio, sus intereses y los conflictos que en este suceden. La cartografía social, que comprende no solamente los mapas, sino también todo el material metodológico que, dando cuenta de las dinámicas sociales interrumpidas por la victimización, facilita la construcción de esos mapas, permite al juez aprehender un elemento que es la base de la restitución de tierras: el territorio como unidad de análisis. El hecho de que el territorio sea la unidad de análisis del proceso de restitución permite que en los fallos de los jueces se supere una concepción de la propiedad proveniente del derecho civil clásico, en la cual el sujeto y el derecho son dos aspectos diferentes. El territorio comprende no solamente el espacio físico, sino también las relaciones sociales y culturales, así como los significados simbólicos que se construyen en la relación individuo-comunidad-espacio. Esta comprensión amplia del territorio, a largo plazo puede ser una garantía de permanencia en los territorios de los sujetos cuyos derechos se hayan definido en un proceso de restitución, más cuando existen situaciones en las que la violencia asociada al despojo o abandono forzado de tierras y territorios puede verse asociada a un patrón anti-comunitario que no sólo busca o trae como consecuencia la desposesión masiva, sino también la imposición de presencias distintas a las de los sujetos sociales y colectivos que ejercían relaciones identitarias en los territorios afectados.

Otra herramienta que debe ser utilizada por los jueces con mayor frecuencia es la acumulación de pretensiones y la activación del llamado “fuero de atracción” que permite, por un lado, concentrar los procesos de restitución de predios que se encuentran ubicados en un mismo territorio o comunidad y, por el otro, garantizar fallos que ofrezcan un cierre definitivo sobre posibles debates jurídicos que versen sobre dichos predios. Algunos expositores afirmaron que en la medida en que la gran mayoría de desplazamientos en Colombia se han dado de manera masiva, las afectaciones que se han ocasionado han sido colectivas y no solamente individuales.

Así, pues, una de las maneras que ayudan a que el juez comprenda la dimensión colectiva del daño causado con el desplazamiento es la



acumulación de casos, pues se puede construir un contexto del despojo en el cual el análisis no se centra en la situación de una familia o un individuo, sino que se indaga por las afectaciones que tuvo el desplazamiento sobre la vida comunitaria. Una vez comprendida una dimensión colectiva del daño, el juez podrá ordenar medidas de reparación igualmente colectivas y transformadoras que protegen tanto los derechos individuales sobre el territorio como las relaciones sociales que lo componen. Esta alternativa, que no se limita a que se lleven muchos casos “en la misma cuerda” sino que puede llegar incluso a la aplicación de una regla operativa de precedentes (fallos en un mismo sentido sobre procesos que lleguen con posterioridad a los ya resueltos en una misma vecindad, por ejemplo), permite avanzar en el debate sobre la complementariedad entre medidas de reparación, medidas de apoyo post-restitución y órdenes encaminadas a la realización de obras de infraestructura. Desde este enfoque, no genera dilemas ordenar la construcción de una carretera para complementar la restitución de un número plural de predios como si ordenar lo mismo solamente en favor de una sola persona o familia. Cubrir la ausencia de política social en favor de un número plural de familias restituidas, permite dar mayor contenido a la llamada reparación “transformadora” de que trata la ley 1448 de 2011, al menos desde el ámbito de la restitución de tierras, por cuanto no resulta sostenible devolver a las víctimas a una situación de vulnerabilidad igual o mayor a la que presentaban antes de la victimización y que pudieron facilitarla (la ausencia de una carretera para acceder al mercado, en el ejemplo anterior), de allí que se sugiera que la reparación colectiva en muchas ocasiones crea más garantías de no repetición.

En cuanto al alcance de los derechos, en los diálogos regionales surgen algunos retos que tiene el proceso. En primer lugar, el reto más importante son las garantías de no repetición. Hay muchos aspectos que un juez debe tener en cuenta al momento de ordenar medidas encaminadas a la permanencia de las víctimas en sus territorios. En primer lugar, se debe tener en cuenta que la re-victimización no necesariamente se limita a la violencia, sino que puede haber una de carácter económico si no se garantiza la reconstrucción sostenible del proyecto de vida, individual, familiar y colectivo, de las víctimas. En este tema, del análisis de los fallos proferidos hasta el momento se puede

observar que los jueces no están haciendo uso de todas las facultades que les otorga la ley, por ejemplo, en el tema de reajuste del tamaño de un predio cuando lo que se solicita tiene una medida menor que la UAF. Todo este tipo de medidas se encuentran dentro de la categoría de “reparación transformadora”, en la cual los jueces deben proferir fallos que propendan no solo por la restitución como vuelta a un estado anterior al hecho victimizante, sino también como superación de las condiciones que dieron lugar al despojo o abandono forzado.

En relación con lo anterior, durante los debates también surgió la necesidad de retomar temas como el de protección del patrimonio de la población desplazada en la aplicación de la Ley 1448 de 2011. Aunque la protección es el eje central de la Sentencia T-025 de 2004, en la aplicación concreta de la actual Ley de Víctimas y Restitución de Tierras pareciera que este tema se ha dejado por fuera. Lo mismo sucede con el tema de protección de posesiones. La Ley 1448 de 2011 está muy centrada en el derecho de propiedad, pero los estándares internacionales sobre restitución de tierras no se limitan solo a la propiedad de inmuebles, sino también a las expectativas de derecho, a la tenencia agraria, a los bienes muebles y a las posesiones. Para los jueces resulta difícil aplicar estos dos temas en casos concretos, pues la ley no los trata de manera explícita. Sin embargo, los jueces están llamados a cumplir no solo la Constitución y las leyes, sino también los compromisos internacionales del Estado colombiano en materia de Derechos Humanos. De manera que con el uso de figuras como la excepción de inconstitucionalidad, los jueces de restitución pueden aplicar estándares internacionales de protección en casos en concreto.

En cuanto al segundo grupo de temáticas tratadas en los conversatorios regionales sobre restitución de tierras, que se relacionan con la superposición de diversas políticas en un mismo territorio y las dificultades de articulación institucional, podría concluirse que la preocupación más grande y recurrente que surge en los debates son las contradicciones que surgen cuando la restitución de tierras se encuentra en un territorio con proyectos mineros o agroindustriales. Con la caída del Código Minero hay un claro enfrentamiento entre el ordenamiento territorial y el ordenamiento minero, queriendo este posicionarse sobre aquel.



En las diversas intervenciones y debates se pudo concluir, de manera general, que una vez el juez tiene clara una concepción de conflicto armado no formalista y tiene presente que la restitución de tierras es un instrumento de construcción de paz, debe dársele prevalencia a la restitución sobre la minería o los proyectos agroindustriales, pues de lo contrario se estaría privilegiando un modelo de desarrollo basado en el despojo de tierras de poblaciones vulnerables o cuya vinculación a los fenómenos de violaciones a derechos humanos debe ser esclarecida en distintos ámbitos judiciales y extrajudiciales, en aplicación del principio de *no impunidad* e imperativo de *verdad* sobre el despojo.

Si bien el problema general se entiende como una amenaza externa de otras políticas hacia la política de reparación a víctimas, se menciona que también algunas figuras, como los contratos de uso contemplados en el artículo 99 de la Ley 1448 de 2011, son también amenazas a los mismos fines de la restitución de tierras, más cuando no ha habido hasta el momento una lectura integral-crítica que asocie esta figura con los contratos de usufructo y derechos reales de superficie que proyectos de ley de desarrollo rural y de extranjerización de tierras vienen privilegiando en Colombia, de cara a su *inconstitucionalidad* en el caso concreto. Una experiencia que permitiría evaluar el traslape entre modelos extractivos y agroindustriales con goce efectivo del derecho a la restitución de poblaciones campesinas o étnicas, son las llamadas “alianzas productivas” frecuentes en la altillanura colombiana, donde al tiempo que se capturan rentas, se afecta al campesinado como sujeto autónomo dentro del mercado rural y como sujeto de especial protección constitucional. Así, para que se protejan efectivamente los derechos de las víctimas, es necesario hacer una interpretación de la ley en los casos concretos que sea acorde con los estándares internacionales de protección de Derechos Humanos y, en caso tal de que el juez no logre armonizar la ley con aquellos, debe aplicarse la mencionada excepción de inconstitucionalidad en el caso en concreto.

La tensión entre desarrollo rural y restitución de tierras parecía ser constante en las discusiones. En este punto una de las mayores preocupaciones es la incapacidad de articulación de las entidades estatales en un territorio. Es muy difícil establecer competencias claras y puntos

de encuentro entre diferentes políticas, pero los expositores hicieron énfasis en que las facultades de los jueces les permiten dar órdenes que propendan por dicha articulación. No se puede partir de la base de que la restitución de tierras es contraria al desarrollo rural; por el contrario, la restitución de tierras permite la reconstrucción de la confianza en el mundo rural, para lo cual es condición necesaria la creación de un verdadero mercado de tierras rural, en el cual las transacciones no sean fruto de la violencia y las diferentes formas de despojo, sino de negociaciones contractuales y decisiones trascendentales de los pobladores en condiciones simétricas de negociación y en ejercicio de su derecho a participar en las decisiones que los afectan y a que dichas decisiones obtengan su consentimiento previo, libre e informado. La democracia es condición de un desarrollo justo y la restitución es, a su vez, el primer paso para la construcción de democracia rural.

Por último, en cuanto a la articulación institucional, resulta de la mayor importancia para el proceso de construcción de paz la articulación de las diversas medidas de Justicia Transicional en los territorios, con especial énfasis en los derechos a la verdad y a la justicia. Es decir, cada día se ve con más claridad, por ejemplo, cómo la labor de la Fiscalía General de la Nación resulta pertinente para la construcción de los contextos en los procesos de restitución de tierras, o cómo la compulsa de copias desde los jueces de restitución se hace necesaria para la identificación de los responsables del despojo. Solo en la medida en que se comprenda que la construcción de paz no es la aplicación de una ley, sino un proceso en el cual la articulación de las diferentes medidas de Justicia Transicional desempeña un papel preponderante, podrán potencializarse los enormes esfuerzos que se hacen desde cada una de estas jurisdicciones.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de
ALVI Impresores S.A.S.
Tel.: 250 1584
en el mes de marzo de 2014



La Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado en Colombia, se integra por las siguientes organizaciones:

- Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento - CODHES
- Corporación Viva la Ciudadanía
- Pastoral Social de la Iglesia Católica
- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - DEJUSTICIA
- Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC
- Casa de la Mujer
- Plan Internacional
- Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas CNOA

“Estamos frente a la particularidad de encontrarnos entre lo estable y estático, que en apariencia se expresa en la aplicación estricta del derecho civil; y por otro lado, un ámbito de lo dinámico e inestable que presenta una serie de complejidades e incertidumbres, que es la Justicia Transicional.”

Fernando Vargas Valencia.
Derechos humanos y derecho civil: grados de complementariedad en la Justicia Transicional colombiana
Cartagena 26 de julio de 2013

“Se puede pensar que la especialidad de restitución de tierras se ampliará a la jurisdicción agraria, si se logran acuerdos. Esta última es mucho más compleja y amplia, con más facultades. Es muy posible que en poco tiempo la experiencia de la restitución de tierras sea el ejemplo y punto de partida de algo que es mucho más amplio”.

Néstor Raúl Correa Henao.
Terceros y opositores en el proceso de restitución de tierras
Cali 6 de septiembre de 2013

La presente publicación compila, a manera de memorias, los diálogos y discusiones que se presentaron en los Encuentros regionales de Restitución de Tierras llevados a cabo en las ciudades de Medellín, Cartagena, Cali, Cúcuta y Bogotá en el 2013. Con este documento se pretende dar a conocer los resultados del intercambio de experiencias y conocimientos entre la Misión de Apoyo al Proceso de Paz de la Organización de Estados Americanos – MAPP/OEA, la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla del Consejo Superior de la Judicatura, frente a un proceso de vital importancia para el contexto nacional como la Restitución de Tierras, con el fin de aportar a la consolidación de un escenario favorable para el proceso de paz.

ISBN 958985846-5



9 789589 858462