

Restitución de tierras: la realidad tras la fantasía

Restitution of lands: reality behind fantasy

*John Arturo Cárdenas Mesa**

Fecha de recepción: 13 de julio de 2015

Fecha de aceptación: 24 de agosto de 2015

RESUMEN

Colombia ha tenido grandes avances legislativos y jurisprudenciales en materia de reparación a víctimas del conflicto armado interno. De la Ley 387 de 1997 a la Ley 1448 de 2011, ha habido un cambio de paradigma jurídico-cultural en el cual la reparación por medio de medidas de restitución ha ido cobrando tanta importancia como las reparaciones económicas. Sin embargo, la nueva ley afronta grandes retos para que sea una realidad, como el enorme costo fiscal, la armonización de su normatividad con la Constitución Nacional y el gran desafío de obtener la anhelada reconciliación nacional.

El tema de restitución de tierras, que ha causado profundas divisiones en el país, es objeto de serios reproches debido a una deficiente regulación en muchos tópicos y a una inadecuada estructura de las instituciones que tendrán que afrontar este desafío. De no ser corregidos, estos aspectos posiblemente conducirán a una bola de nieve de procesos inútiles.

Palabras clave: Ley de Víctimas; restitución de tierras; debido proceso; dificultades jurídicas; dificultades prácticas.

ABSTRACT

Colombia has made great progress in legislation and jurisprudence on compensation to victims of internal armed conflict, the Act 387 of 1997 and Act 1448 of 2011, has been a paradigm shift in legal culture in which redress through measures restitution has gained much importance as economic reparations. However, the new law imposes new challenges to make it as a reality, as the huge fiscal costs, harmonization of regulations with the Constitution and the great challenge of obtaining the desired national reconciliation.

The issue of land restitution has caused deep divisions in the country suffers from serious reproach due to poor regulation in many topics and inadequate institutional structure that will face this challenge, if these issues are not corrected may lead us to a snowball useless process.

Keywords: Law of Victims; land restitution; due process; legal difficulties; practical difficulties.

* Abogado litigante en responsabilidad del Estado, magíster en Literatura Colombiana de la Universidad de Antioquia y especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: johnarturo70@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la Ley 1448 de 2011 se ha dado un gran paso en el reconocimiento de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y su derecho a la reparación *lato sensu*; sin embargo, es apenas el embrión que dará vía al desarrollo de una política de Estado acorde con los derechos consagrados en la Carta Política y con la tendencia universal en la materia.

La ley reconoce los avances que ya se habían obtenido en casos contenciosos litigados ante el sistema interamericano de derechos humanos y que habían sido parcialmente plasmados en la Ley de Justicia y Paz; aunque, según el artículo 3º, ello solo se aplica cuando hay infracciones al derecho internacional humanitario o al derecho internacional de los derechos humanos, cometidas con ocasión del conflicto armado interno. Esta calificación especial excluye todas las manifestaciones de violencia común, los hechos de agentes del Estado que no se cometan con ocasión del conflicto armado y, en principio, los hechos cometidos por las hoy denominadas bandas criminales emergentes al servicio del narcotráfico (Bacrim).

En relación con las víctimas de las Bacrim, la Corte Constitucional colombiana, mediante Sentencia C-253A del 29 de marzo de 2012¹, con ponencia del doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, estableció que:

Como se ha dicho, existen elementos objetivos que permiten encuadrar ciertas conductas dentro del conflicto, y hay extremos en los que, por el contrario, también resulta claro que se está frente a actos de delincuencia común no cubiertos por las previsiones de la ley. En el medio existen zonas grises, que no es posible predeterminedar de antemano, pero en relación con las cuales sí es posible señalar que no cabe una exclusión a priori, con base en una calificación meramente formal, y que en el análisis de cada caso debe procederse, a tono con el objetivo mismo de la ley, con un criterio que tienda a proteger a las víctimas. Esto es, probada la existencia de una afectación grave de derechos humanos o de una infracción de las normas del derecho humanitario, en caso de duda sobre la inserción de la conducta lesiva en el marco del conflicto, debe darse prevalencia a la interpretación en favor de la víctima.

Por otra parte, la Ley de Víctimas y Restitución reconoce los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, los cuales se hacen realidad por medio de diversas medidas que, en general, pueden dividirse en dos grandes grupos: compensa-

1 Esta sentencia declaró exequible el parágrafo 3º del artículo 3º de la Ley 1448 de 2011, el cual excluye a las víctimas de la delincuencia común del ámbito de aplicación de la ley.

torias de carácter económico (reparación por vía administrativa, restitución de tierras y vivienda en las modalidades de equivalencia o compensación, planes de condonación de impuestos y créditos, etc.) y reparaciones sin prestación económica (sanción penal a los responsables de los hechos, desmantelamiento de grupos armados, búsqueda de la convivencia nacional, esclarecimiento de la verdad histórica, actos de dignificación de la memoria de las víctimas y reparaciones simbólicas en general). Este segundo grupo se ha subdividido en garantías de no repetición y medidas de satisfacción, aunque muchas de ellas comparten esa doble dimensión².

Sin embargo, estas medidas son complementarias o incluso accesorias a la que, en el sistema interamericano de derechos humanos, se ha denominado la *restitutio in integrum*, esto es, que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere siempre que sea posible el restablecimiento de la situación anterior a la violación. Por ello la normatividad sobre restitución de tierras despojadas y abandonadas forzosamente se constituye, en nuestro sentir, en uno de los mayores avances que se han obtenido a favor de las víctimas del conflicto, específicamente en tratándose de la modalidad de restitución material y jurídica de los predios.

La ley también regula los derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales y el derecho que tienen a recibir ayuda humanitaria de emergencia, así como atención y asistencia social, las cuales, aunque no son consideradas medidas de reparación, se les reconoce un carácter reparador, siempre y cuando se implementen de manera adicional a la política general del Estado. Se ubican aquí el derecho al auxilio funerario, la ayuda para alimentación, los utensilios de aseo y albergue, el derecho que tienen las víctimas a ser informadas de sus derechos y la ruta de acceso a ellos, la prevalencia en materia de educación, salud y vivienda, entre otras.

No obstante, en el caso de graves violaciones a los derechos humanos, sea o no en el marco del conflicto interno, la sanción penal efectiva es el mecanismo idóneo para obtener una reparación. Lastimosamente, la impunidad se constituye en una de las fallas estructurales de nuestro sistema penal, situación que ha facilitado la proliferación de formas de justicia privada y que ha producido en la sociedad colombiana una extendida sensación de desconfianza.

En la última década, los derechos de las víctimas se han ido ampliando de manera progresiva, especialmente en materia de restitución de derechos, gracias no

2 La Corte Interamericana, por su parte, clasifica actualmente las medidas de reparación en tres clases: medidas de restitución, las cuales se ordenan cuando esta es posible; medidas de satisfacción, unas de contenido económico y otras con carácter simbólico; y, finalmente, garantías de no repetición, que buscan tener repercusión pública para que los hechos cometidos no vuelvan a repetirse.

solo a los estatutos de procedimiento penal que existen en nuestro país, sino a múltiples decisiones de las altas corporaciones judiciales.

Por ejemplo, la Ley 906 de 2004, que instauró el sistema penal acusatorio y sustituyó el Código de Procedimiento Penal (que continúa vigente en lo tocante a delitos cometidos hasta el 31 de diciembre de 2004), consagró el recurso de revisión de los fallos cuando el Estado colombiano es condenado en una instancia internacional por no haber investigado seria e imparcialmente a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

La Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz, expedida para buscar la desmovilización de grupos armados al margen de la ley que quieran acogerse a sus beneficios a cambio de verdad, justicia y reparación para las víctimas del conflicto interno, ha tenido ya varias reformas mediante las leyes 1151 de 2007, 1448 de 2011 y 1592 de 2012. Con esto se buscó corregir problemas como la ineficacia y lentitud del sistema, su concepción restringida de las víctimas, el hecho de que la facultad de retirar a los postulados de los beneficios legales recaía en el Gobierno y no en la rama judicial, y la inexistencia de reglas para la priorización de casos y para garantizar la reparación económica de las víctimas.

Las decisiones de las altas corporaciones judiciales son numerosas y han servido de soporte al cambio de paradigma que se viene gestando. A partir de la Sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional, la parte civil en un proceso penal puede pedir reparaciones diferentes a las económicas. En efecto, la normatividad establecía la posibilidad de hacer las peticiones de reparación mediante lo que se conoce como constitución en parte civil, la cual podía darse dentro del proceso penal o por fuera de él. En el primer evento, se exigía la obligación de prestar juramento en el sentido de que no se había acudido a la otra vía en demanda civil. Esta situación ponía a las víctimas en una disyuntiva y, en ocasiones, cuando los regímenes de responsabilidad civil eran objetivos, era más fácil y exitoso en relación a la indemnización de perjuicios acudir a la vía civil por fuera del proceso penal, pero sacrificando la participación en estos procesos y, por lo tanto, los derechos a la verdad y a la justicia.

Dijo la Corte Constitucional colombiana en aquella ocasión:

De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia —no restringida exclusivamente a una reparación económica— fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela

judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello solo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

La misma corporación, mediante la Sentencia C-014 de 2004, abrió la posibilidad de revocatoria de las decisiones de archivo de la investigación y de los fallos absolutorios en los procesos disciplinarios cuando las faltas que originan la investigación disciplinaria son de aquellas que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Antes de dicho fallo, la facultad de las víctimas en los procesos disciplinarios se limitaba a presentar la queja, a pedir pruebas e interponer los recursos frente al auto de archivo del proceso o frente a la sentencia. No podían participar del debate probatorio de manera activa ni hacer otro tipo de alegaciones o actuaciones en defensa de su interés; ello porque se concebía la potestad disciplinaria como una actividad del Estado en defensa de la función pública y nunca de intereses particulares.

Por otra parte, la Sentencia C-370 de 1996 de la Corte Constitucional cambió la orientación de la Ley de Justicia y Paz, poniendo a las víctimas como eje de la ley, en lugar de los paramilitares. Para ello, amplió el concepto mismo de víctima, incluyendo en él a todos los parientes que pudieran haber recibido un perjuicio por el hecho dañoso, y no simplemente a los del primer grado de consanguinidad; impuso la obligación a los postulados de responder con sus bienes, obtenidos lícita o ilícitamente, por hechos cometidos por ellos o por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron; estableció la obligación de devolver las propiedades de las cuales habían sido desposeídas las víctimas, quitando la morigeración de *ser posible* que traía la norma; también declaró inexecutable lo estipulado en los artículos 70 y 71 de la Ley 975, donde se establecía la posibilidad de acumular otras rebajas de penas y se calificaba la pertenencia a grupos paramilitares como delito de sedición, contrario a la realidad histórica y fáctica.

En materia contencioso-administrativa, el cambio de paradigma ha sido profuso. Hasta hace muy pocos años, era común ver fallos de la justicia administrativa que, ante la ausencia de un registro civil de defunción, negaban la declaración de responsabilidad del Estado porque no era posible demostrar la muerte, aunque fuera palmaria y evidente la responsabilidad administrativa y que las víctimas de violaciones a los derechos humanos estaban en condiciones de imposibilidad tanto fáctica como jurídica para realizar las gestiones que de suyo eran una obligación que debía asumir de manera oficiosa el Estado, el

cual se veía favorecido por el incumplimiento de sus deberes. La institución de la caducidad, por su parte, se constituía como una barrera infranqueable para acceder a la justicia; era imposible pensar siquiera en medidas que encarnaran obligaciones de hacer para el Estado, pues ello se consideraba una intromisión del poder judicial en el ejecutivo.

Frente a esta situación absurda, el Consejo de Estado se ha puesto a tono con el devenir histórico y ha proferido varias decisiones paradigmáticas. Por ejemplo, ha relativizado el concepto de caducidad cuando se trata de delitos de lesa humanidad³; ha decretado medidas de justicia restaurativa de manera oficiosa aunque la entidad demandada sea apelante único; en casos de violaciones a los derechos humanos, ha aceptado que el tope indemnizatorio del perjuicio moral no es de 100 salarios mínimos legales mensuales, como se ha reconocido desde 2001, sino de 300 salarios y hasta de 1000, en caso de existir sentencia penal condenatoria en firme en contra de servidores públicos⁴. Adicionalmente, se ha empezado a plantear una nueva forma de reconocer los perjuicios a partir de derechos convencionales o constitucionales, lo que tiene efecto en las tipologías del perjuicio a reconocer.

No obstante los avances esbozados, subsisten aspectos que deberán ser corregidos, verbigracia, el alcance de los preacuerdos que consagra el sistema acusatorio, el cual puede ir en desmedro de los intereses de las víctimas y de la verdad material. También el nuevo Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010) mantuvo en el artículo 171 el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por delitos comunes, desconociendo la *ratio decidendi* de la Sentencia C-878 de 2000, que declaró condicionalmente exequible la norma que regulaba este aspecto en la Ley 522 de 1999, bajo el entendido que:

La jurisdicción penal militar solo tendrá competencia para conocer de los delitos comunes que llegue a cometer el miembro de la fuerza pública, cuando estos delitos tengan relación directa con el marco de las actividades asignadas a la fuerza pública por la Constitución. Si la mencionada relación no existe, la competencia para conocer de la comisión de un delito de esta naturaleza será privativamente de la jurisdicción ordinaria.

- 3 Puede consultarse el auto admisorio del 17 de septiembre de 2013, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en el proceso radicado con el número 25000-23-26-000-2012-00537-01(45092), mediante el cual se admitió una demanda por la muerte de un ciudadano en la toma y retoma del Palacio de Justicia, hecho ocurrido en noviembre de 1985.
- 4 Puede consultarse la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 25 de septiembre de 2013, Radicado 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460), con ponencia del doctor Enrique Gil Botero.

La Ley de Víctimas y Restitución regula los derechos de las víctimas del conflicto armado dentro de los procesos judiciales e irradia todos los estatutos procesales penales, reforzando de paso los derechos de los niños, niñas, adolescentes, personas agredidas sexualmente, grupos indígenas, comunidades negras y, en general, de las personas más desvalidas.

Colombia se encuentra ante grandes desafíos para implementar esta ley, no solo por el enorme reto fiscal, dadas las indemnizaciones por vía administrativa que habrá que pagar a millones de víctimas y los costos para la adecuación de personal y tecnológicas en muchas instituciones del Estado, sino por el gran desafío de obtener la anhelada reconciliación nacional sin que la insurgencia tenga, al parecer, intención sincera de iniciar dicho camino y cuando el otro gran actor del conflicto ha mutado en bandas criminales que conservan las viejas estructuras y estrategias paramilitares. Adicionalmente, no podemos dejar de lado que se requiere una estructuración y consolidación definitiva de la misma ley, ajustándola a la Carta Política, lo que ya se ha iniciado gracias a varias sentencias de constitucionalidad y de unificación de jurisprudencia⁵.

El tema de restitución de tierras es especialmente problemático; primero, porque ha causado profundas divisiones en el país; segundo, porque el Estado y la sociedad en general deberán afrontar el desafío de grupos armados que desde ya se preparan para evitar que sea una realidad. No podemos desconocer la gran cantidad de asesinatos de quienes han tomado la bandera de la restitución y que las amenazas de muerte son constantes, principalmente en zonas como el Urabá antioqueño, Sucre y Bolívar⁶. En tercer lugar, porque adolece, como el resto de la ley, de una deficiente regulación en muchos tópicos, que de no ser corregidos posiblemente conducirán a un sinnúmero de procesos sin objeto.

En este trabajo, nos centraremos en el tercer aspecto problemático, para lo cual plantearemos algunos problemas que nacen de una inadecuada regulación y de algunas dificultades prácticas para la aplicación de la ley de restitución de tierras.

- 5 La Sentencia SU-254 del 24 de abril de 2013 de la Corte Constitucional retomó los avances de la jurisprudencia nacional e internacional en relación con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación; concluyó que estos derechos guardan una inescindible relación entre sí y que la reparación económica de los desplazados, denominada reparación administrativa, hace parte de sus derechos fundamentales.
- 6 “Van más de 50 líderes de restitución de tierras asesinados en 3 años” (*El Tiempo*, 3 de noviembre de 2013). La Defensoría del Pueblo, por su parte, afirma que entre 2006 y 2011, esto es, desde la expedición de la Ley de Justicia y Paz hasta la expedición de la Ley de Víctimas y Restitución, fueron asesinados 71 líderes de tierras (*Semana*, 9 de abril de 2012). De enero a mayo de 2015, fueron asesinados ocho líderes más (*El Tiempo*, 16 de mayo de 2015).

1. PRESENTACIÓN DE LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN LA LEY 1448 DE 2011

El derecho a la restitución tiene su fundamento principalmente en el artículo 2º de la Constitución Política, dado que es un fin esencial del Estado la protección de los ciudadanos en la vida, honra, bienes y derechos consagrados legalmente. Adicional a ello, los artículos 8º y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagran el derecho a tener el recurso judicial efectivo para la protección de los derechos. Además, los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas (Principios Pinheiro) y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (Principios Deng) reivindican el derecho a la restitución de tierras y viviendas en un marco de igualdad, protección contra el desplazamiento, derecho de circulación, de regreso o retorno y, en general, en un marco de dignidad.

La jurisprudencia constitucional ha concebido el derecho a la restitución como un derecho fundamental y de aplicación inmediata que guarda estricta conexidad con los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral en general. En nuestro concepto, la restitución toca con la finalidad esencial de toda acción reparatoria, cual es la restitución plena, pero también toca con las garantías de no repetición, en la medida que los usurpadores se ven despojados de los bienes obtenidos de manera ilícita. Esta sanción de tipo económico se convierte en un mensaje que desmotiva la repetición de este tipo de conductas criminales y hace que terceros se abstengan de negociar con estas personas los predios usurpados.

La Corte Constitucional, retomando la normatividad nacional e internacional, ha definido que la restitución debe entenderse como el medio preferente y principal para la reparación de las víctimas, que debe complementarse con medidas compensatorias que incluyan el pago de bienes muebles y otros daños, y que es independiente del retorno, el cual siempre debe ser voluntario y, en caso de que las víctimas decidan no retornar o les sea imposible hacerlo, el Estado debe garantizar una indemnización adecuada. También ha dicho la Corte que se deben respetar los derechos de terceros ocupantes de buena fe, quienes, de ser necesario, también podrán acceder a medidas compensatorias⁷.

No obstante la claridad normativa y jurisprudencial que rige en este tema, la restitución de tierras fue uno de los puntos de mayor discrepancia entre el

7 Sentencia c-715 del 13 de septiembre de 2012 de la Corte Constitucional colombiana, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

expresidente Uribe y el presidente Santos, al igual que el reconocimiento de las víctimas de Estado y de la existencia del conflicto armado interno en Colombia.

La Ley 1448 de 2011 desarrolla especialmente el tema de la restitución de tierras y vivienda, consagrando las acciones pertinentes para lograrla, los principios que la rigen, los conceptos de despojo y abandono forzado, y los procedimientos de restitución. Así mismo, crea la institución que asumirá el reto: la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y Abandonadas.

Ello dentro del marco general conformado por el Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas, con participación de entidades del orden nacional, territorial y los programas presidenciales para las minas antipersonales y para la atención en derechos humanos y derecho internacional humanitario. Este sistema cuenta con el Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación a las Víctimas, encargado de diseñar y adoptar la política pública en materia de atención, asistencia y reparación a víctimas, y la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, encargada de coordinar la ejecución de la política pública.

El Decreto 4800 de 2011, reglamentario de la ley, desarrolla ampliamente los elementos de prevención y protección, los cuales cobran una relevancia excepcional en el álgido tema de la restitución. Además, consagra, entre otras, medidas para garantizar la seguridad en los retornos y reubicaciones, como también los planes de contingencia, el *mapa de riesgo*, la Red de Observatorios de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el Sistema de Información del Sistema de Alertas Tempranas, el fortalecimiento del programa de defensores comunitarios, la capacitación de funcionarios públicos y miembros de la fuerza pública, la pedagogía social para la reconciliación y construcción de paz y las medidas de protección individual y colectiva.

La Ley 1592 de 2012 estableció normas sobre la destinación de los bienes ofrecidos, entregados, detectados oficiosamente o denunciados por los postulados en el marco del proceso penal establecido en la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz). Por ello, dispuso un conjunto de normas destinadas a organizar el sistema de alistamiento, recepción, transferencia y administración de bienes entre las autoridades encargadas de la ejecución de la Ley 1448 de 2011 y la Ley 975 de 2005.

A su vez, el Decreto 3011 de 2013, reglamentario de las leyes de Justicia y Paz y de Restitución de Tierras —además de la Ley 1592 de 2012—, estableció que el procedimiento para la restitución de los predios debe llevarse a cabo en virtud de la Ley 1448 de 2011. Por ello, dispuso que los expedientes que estuviesen en poder de la Fiscalía General de la Nación con fines de restitución fuesen remitidos

a la Unidad Administrativa Especial creada para tal fin, salvo aquellos que a 31 de diciembre de 2012 tuvieran medida cautelar debido a su ofrecimiento con fines de restitución, cuyo gestión sigue siendo competencia del magistrado con funciones de control de garantías, el cual, mediante trámite incidental decidirá sobre la entrega del bien, la compensación de terceros con buena fe exenta de culpa y todos los aspectos relacionados con la propiedad, posesión u ocupación del bien, en caso de baldíos.

La Ley de Víctimas y Restitución se aplica a las víctimas del conflicto armado interno en el periodo comprendido entre el primero de enero de 1985 hasta el 10 de junio de 2021, pero solo tienen derecho a la restitución de tierras y vivienda quienes hayan sido despojados u obligados al abandono de sus predios con posterioridad al primero de enero de 1991. Las víctimas de hechos anteriores al primero de enero de 1985 tienen derecho a conocer la verdad de los hechos, a la reparación simbólica y a las garantías de no repetición, pero no podrán acceder en principio a la indemnización administrativa, a las medidas de restitución de tierras y vivienda, ni a las de rehabilitación y de satisfacción⁸.

En resumen, si una persona resultó afectada por el conflicto en 1984, no tendría derecho a la restitución de sus predios en caso de haberlos perdido o abandonado, como tampoco a las medidas de asistencia psicosocial; si fue despojada en 1990, tendría derecho al acompañamiento psicosocial, mas no a la restitución de sus tierras; si fue despojada en 1992, tendría todos los derechos que establece la ley; pero si el despojo se produce después del 10 de junio de 2021, nuevamente perdería la acción para obtener no solo la restitución de sus tierras, sino las demás medidas de reparación, lo que es un problema que nace porque la ley parte de un anhelo de posconflicto en medio del conflicto. Consideramos que la ley se prorrogará en la medida que vaya evolucionando el conflicto, como ha venido aconteciendo con la Ley 418 de 1997, que creó mecanismos para la convivencia y la eficacia de la justicia, y, aunque su vigencia inicial era de cuatro años, ha sido prorrogada en varias oportunidades.

Los artículos 3º y 75 de la ley fueron objeto de varias demandas ante la Corte Constitucional, dado que en el sentir de algunos se establecen diferenciaciones arbitrarias entre las víctimas y por ello una clasificación que vulnera la cláusula de no discriminación que consagra la Carta Política. Esas discriminaciones se plantearon en relación con el ámbito temporal de aplicación de la ley y en relación con los derechos de las víctimas del conflicto armado y de aquellas que no lo son.

8 Sin embargo, más allá de lo estipulado por la ley, el artículo 155 del Decreto 4800 de 2011, estableció que aunque no se incluye en el Registro Único de Víctimas a aquellas personas afectadas por hechos cometidos antes de 1985, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación de Víctimas podrá concederles la reparación individual por vía administrativa, siempre y cuando cumplan con los requisitos del Decreto 1290 de 2008. También estableció para estas personas, en el artículo 171, parágrafo 1º, medidas de satisfacción genéricas.

Mediante Sentencia C-250 de marzo 28 de 2012, con ponencia del doctor Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional consideró que las estipulaciones temporales de los artículos 3º y 75 de la ley eran razonables, pues se basaban en estudios históricos objetivos del conflicto armado y en criterios de sostenibilidad fiscal:

Ahora bien, el criterio de distinción de naturaleza temporal empleado en el artículo tercero demandado es idóneo para garantizar la sostenibilidad fiscal, pues delimita el conjunto de víctimas beneficiarias de las medidas de reparación de índole patrimonial.

Finalmente la limitación temporal no resulta desproporcionada respecto de los derechos de las víctimas pues, por una parte, la fecha del primero de enero de 1985 precisamente cobija el periodo histórico en el cual se produce el mayor número de víctimas y se agravan las violaciones al derecho internacional humanitario y en las normas internacionales de derechos humanos, por otra parte las víctimas anteriores a ese periodo resultan cobijadas por otro tipo de medidas de reparación, señaladas en el párrafo cuarto del artículo tercero de la ley, a saber: el derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas.

Además, la misma corporación, mediante Sentencia C-781, proferida el 10 de octubre de 2012, con ponencia de la doctora María Victoria Calle Correa, declaró exequible el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011, en relación con la distinción entre víctimas del conflicto armado y víctimas de la delincuencia común:

Para la Corte la expresión “con ocasión del conflicto armado”, inserta en la definición operativa de “víctima” establecida en el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011, delimita el universo de víctimas beneficiarias de la ley de manera constitucional y compatible con el principio de igualdad, como quiera que quienes lleguen a ser consideradas como tales por hechos ilícitos ajenos al contexto del conflicto armado, aun cuando no sean beneficiarios de la Ley 1448 de 2011, pueden acudir a la totalidad de las herramientas y procedimientos ordinarios de defensa y garantía de sus derechos provistos por el Estado colombiano y su sistema jurídico. La expresión “con ocasión del conflicto armado”, tiene un sentido amplio que cobija situaciones ocurridas en el contexto del conflicto armado. A esta conclusión se arriba principalmente siguiendo la ratio decidendi de la Sentencia C-253A de 2012, en el sentido de declarar que la expresión “con ocasión de” alude a “una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado”.

El fin de la Ley 1448 de 2011 es la restitución tanto jurídica como material de los bienes despojados y abandonados forzosamente. Para ello se crean trámites e instancias administrativas y judiciales, estas últimas con poderes exorbitantes. También proceden la restitución por equivalencia y la compensación económica, esta última solamente en caso de no ser posibles las dos primeras. La restitución por equivalencia es viable cuando el inmueble a restituir se encuentre en zona de alto riesgo de inundación o de desastre natural; cuando haya sido restituido a otra víctima despojada del mismo bien; cuando la restitución efectiva implique riesgo para la vida o la integridad personal o familiar del despojado; y cuando a raíz de la destrucción parcial o total del bien sea imposible su reconstrucción en condiciones similares a las que tenía antes del despojo.

El despojo es la privación arbitraria de la propiedad, posesión u ocupación, mediante aprovechamiento de la situación de violencia, ya sea de hecho, por medio de negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia.

Ha sido una práctica frecuente en el conflicto colombiano la adquisición de tierras mediante compraventas forzadas, pero el hecho de que se incluyan las decisiones administrativas y aun judiciales es un gran paso que se constituye en una excepción a la tradición jurídica del país, en la cual se otorga una presunción de legalidad a este tipo de actos.

Se entiende por abandono forzado de tierras la situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona, quien es forzada a desplazarse y por ello se ve impedida para ejercer la administración y explotación de su predio, o simplemente cuando por esta circunstancia pierde el contacto directo con dicho predio.

El tiempo que dure el despojo o la imposibilidad de ejercer el derecho de posesión no se tendrá en cuenta para interrumpir la prescripción adquisitiva en el caso de los poseedores, o el tiempo de explotación económica necesaria, en el caso de adjudicación de bienes baldíos.

Pasando al tema de la legitimación, obviamente podrán demandar en el trámite de restitución quienes hayan sido propietarios o poseedores de los predios o explotadores de baldíos; adicionalmente, el artículo 81 otorga legitimación al cónyuge, compañero o compañera permanente, y esta debe entenderse también extensible a las parejas del mismo sexo. Además, el inciso tercero de este artículo establece que:

Cuando el despojado, o su cónyuge o compañero o compañera permanente hubieran fallecido, o estuvieren desaparecidos podrán iniciar la acción los

llamados a sucederlos, de conformidad con el Código Civil, y en relación con el cónyuge o el compañero o compañera permanente se tendrá en cuenta la convivencia marital o de hecho al momento en que ocurrieron los hechos.

Consideramos que hay un gran avance en la hipótesis de la desaparición, pues las víctimas no tendrán que iniciar largos y costosos procesos de presunción de muerte, los cuales en muchos casos son tan complicados por las publicaciones en la prensa y radio, y la competencia territorial que estipula la normatividad colombiana, que ello desestimula enormemente el ejercicio de este derecho, aunque dicho asunto debe mirarse con especial cuidado, como veremos más adelante.

La acreditación de la muerte se hará mediante el respectivo registro civil de defunción o, en su defecto, conforme a la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado, con las pruebas supletorias pertinentes⁹.

Adicionalmente, cuando los sucesores sean menores de edad o personas incapaces, o vivan con el despojado y dependan económicamente de él, al momento de la victimización, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas ejercerá la acción en su favor. Sin embargo, creemos que debe haber un acompañamiento obligatorio por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el caso de los menores. En el evento de personas que dependan económicamente del despojado y sean mayores de edad y capaces, consideramos que para ejercer la acción deben contar con la autorización y voluntad de la víctima.

En algunas de sus normas, la ley hizo referencia a los tenedores de los inmuebles, como podrían ser los arrendatarios, aparceros, locatarios, etcétera, lo que dio lugar a pensar que estas personas, que ejercían su derecho reconociendo el dominio o posesión de otro, también tendrían legitimación para iniciar el trámite de restitución cuando hubiesen sido obligadas a desplazarse o a perder la tenencia del bien; sin embargo, la Corte Constitucional aclaró este punto, de manera correcta en nuestros sentir, señalando que estas personas no eran

9 La Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 22 de marzo de 2012, Radicado 23001-23-31-000-1997-08445-01(22206), con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancourth, ordenó indemnizar a los familiares de una víctima civil que falleció en medio de un enfrentamiento entre la fuerza pública y la guerrilla, aunque no se aportó al proceso el respectivo registro civil de defunción. Dicha posición es un cambio frente a la jurisprudencia tradicional y se debió a que se tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones: 1) la exigencia de dicha formalidad afectaría el derecho de los demandantes a la reparación del daño sufrido, al debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; 2) la inexistencia de dicho documento no es imputable a los demandantes; 3) puede admitirse como prueba de la muerte alguno de los siguientes documentos: (i) acta del levantamiento del cadáver; (ii) constancia de defunción suscrita por el médico tratante; (iii) informe oficial elaborado por una autoridad pública; 4) hay que tener en cuenta la complejidad de la situación de los derechos humanos en Colombia y la dificultad en ciertas zonas del país para acceder a las oficinas que cumplen la función de registro civil.

titulares de la acción de restitución, pero podían obtener la reparación de sus derechos mediante los otros mecanismos que trae la ley, verbigracia, la reparación administrativa o la indemnización¹⁰.

La acción es independiente del retorno del despojado y de la responsabilidad penal, administrativa, disciplinaria o civil de las personas involucradas en la desposesión del inmueble, así como de quienes realizaron las amenazas o los actos de violencia. Otra de las características es que la acción es supremamente informal, puesto que la demanda puede ser interpuesta de forma escrita u oral, con o sin apoderado, por intermedio de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, de manera individual o colectiva, cuando se dé uniformidad con respecto a la vecindad de los bienes despojados o abandonados, el tiempo y la causa del desplazamiento. Por otra parte, las notificaciones se surtirán por el medio que el juez o magistrado considere más eficaz.

Los magistrados de los tribunales superiores de distrito judicial especializados en restitución de tierras decidirán en única instancia los procesos en que se reconozcan opositores. Así mismo, conocerán de las consultas de las sentencias desfavorables a las víctimas dictadas por los jueces civiles del circuito especializados en restitución de tierras. Estos últimos también conocerán y decidirán en única instancia los procesos en que no se reconozcan opositores y los tramitarán hasta antes del fallo cuando haya opositores.

El auto que admita la solicitud dispondrá su inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos, la sustracción provisional del comercio del predio cuya restitución se solicita, y la suspensión de absolutamente toda clase de procesos judiciales, notariales y administrativos sobre el predio, salvo los procesos de expropiación, pues se entiende que prima el interés general sobre el particular.

Del inicio del proceso deberán ser notificados el representante legal del municipio donde esté ubicado el predio y el Ministerio Público. Se ordenará la publicación de la admisión de la solicitud en un diario de amplia circulación nacional, para el ejercicio del derecho de defensa y comparecencia de personas determinadas e indeterminadas que pretendan tener derechos legítimos relacionados con el predio. Se dará traslado de la solicitud a quienes figuren inscritos como titulares de derechos y a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, cuando la solicitud no haya sido tramitada con su intervención, y se designará un representante judicial para representar los intereses de los terceros indeterminados, en caso de que estos no se presenten.

10 Sentencia c-715 de septiembre 13 de 2012, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Ahora bien, faltó precisión conceptual cuando la ley dispuso, en su artículo 88, que las oposiciones deberán presentarse ante el juez dentro de los quince (15) días siguientes a la solicitud, cuando el término, de manera obvia, debe contarse a partir de las notificaciones efectivas o de las publicaciones¹¹. Consideramos que hay que empezar a garantizar los derechos de contradicción de los opositores en el marco del debido proceso, si no queremos dar al traste con estos procesos e incurrir en un sinnúmero de nulidades y procesos inocuos. Aunque la ley no lo dice, pensamos que debe intentarse la notificación personal a las personas determinadas que tengan derechos inscritos en el predio objeto de litigio. En este aspecto, sostenemos que, además de la publicación en un diario de amplia circulación nacional, se debió disponer la fijación de un aviso en el predio mismo.

Como excepciones de fondo, solamente pueden admitirse la buena fe exenta de culpa, el justo título del derecho y las referentes al valor del derecho, o la tacha de la calidad de despojado de la persona o grupo en cuyo favor se solicitó la restitución. Consideramos que esta limitación es abiertamente inconstitucional y que pueden surgir otras excepciones que no se pueden desconocer, verbigracia, la identidad jurídica y material del predio cuando haya sido englobado o desenglobado de otro.

Se concentrarán en este trámite especial de restitución todos los actos judiciales, administrativos, notariales o de cualquier otra naturaleza que adelanten autoridades públicas o privadas que ejerzan funciones públicas en los cuales se hallen comprometidos derechos sobre el predio objeto de la acción. También se acumularán las demandas en las que varios sujetos reclamen inmuebles colindantes o inmuebles que estén ubicados en la misma vecindad, así como las impugnaciones de los registros de predios en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. Estamos, pues, ante la presencia de una nueva y generosa concepción de acumulación procesal, en la que prima lo sustancial sobre lo formal.

Los funcionarios que sean informados sobre el inicio de un proceso de restitución por parte del magistrado que conoce del asunto perderán la competencia sobre los trámites que adelanten y procederán a remitírselos a este de manera inmediata.

Para evitar decisiones contradictorias, las entidades públicas que tengan alguna función en relación con este trámite deberán poner al tanto a los funcionarios judiciales, a las oficinas de registro de instrumentos públicos y a las notarías, sobre requerimientos de los procesos de restitución, para lo cual se integrarán sus sistemas de información con el de la rama judicial.

11 La Corte Constitucional efectivamente corrigió este yerro mediante Sentencia C-438 de 2013, con ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos.

El fallo se dictará dentro de los cuatro meses siguientes a la solicitud, término cuyo incumplimiento constituirá falta gravísima, y en él se hará pronunciamiento sobre absolutamente todos los aspectos relativos a la propiedad, posesión u ocupación —en caso de baldíos— del predio objeto de la demanda; se decretarán las compensaciones a que hubiera lugar, a favor solo de los opositores que prueben buena fe exenta de culpa; se ordenará que la restitución o compensación se efectúe a favor de la víctima y su cónyuge, compañero o compañera permanente, aunque uno de ellos no hubiere comparecido al proceso y así no estuvieren unidos por vínculo legal al momento de dictarse el pronunciamiento; se ordenará a la oficina de registro de instrumentos públicos la cancelación de todo antecedente registral posterior al despojo o abandono; se incluirán las órdenes para que los inmuebles restituidos queden protegidos en los términos de la Ley 387 de 1997, si los sujetos a quienes se les restituya el bien están de acuerdo; se pronunciará sobre la declaración de pertenencia o adjudicación de baldíos y sobre la transferencia del bien despojado al fondo de la unidad administrativa, cuando sea imposible restituirlo al demandante; y se decidirá sobre la declaratoria de nulidad de las decisiones judiciales y de los actos administrativos que por efectos de la sentencia pierdan validez jurídica.

Finalmente, se mantiene la competencia de los jueces de restitución para adoptar las medidas necesarias para la protección del bien restituido y la seguridad de los demandantes y sus familias.

Este es, de manera muy general, el espectro de la normativa que rige el trámite de restitución de tierras. Ahora entraremos a analizar algunos aspectos que consideramos especialmente problemáticos, dado que por el afán de ahondar en garantías para las víctimas, se descuidaron muchos aspectos, se regularon mal otros y se obviaron algunos principios constitucionales. Esto sin dejar de lado que no tiene mucho sentido desconocer el proceso de violencia que se vivió en la década de los años ochenta, cuyas víctimas quedaron definitivamente por fuera de la posibilidad de obtener la restitución de sus propiedades. A su vez, quienes perdieron o pierdan sus predios en el marco de violencia generalizada por el narcotráfico o por las hoy denominadas bandas criminales emergentes (Bacrim), posiblemente tanguen que afrontar procesos de tutela o contencioso administrativos cuando sus perspectivas no coincidan con las de la Unidad Administrativa Especial para la Gestión y Restitución de Tierras, dado que, como se explicó anteriormente, aunque la Corte Constitucional no excluyó a priori a estos grupos de la conceptualización como actores del conflicto armado, tampoco fue lo suficientemente clara, pues no delimitó los conceptos de conflicto armado y de delincuencia común.

Una deficiente regulación y aplicación de la ley no hará más que dilatar los procesos y propiciar un sinnúmero de decisiones no solo viciadas de nulidad,

sino injustas e inútiles a la postre para el fin de la reconciliación nacional. Será deber de los jueces de restitución y de la Corte Constitucional ajustar la ley a la Constitución Nacional.

2. ALGUNAS DEFICIENCIAS EN LA REGULACIÓN DE LA LEY 1448 DE 2011

2.1. Deficiencias en la regulación probatoria

El juez de restitución de tierras tiene facultades que ningún otro juez ha tenido en la tradición jurídica colombiana. Así, el artículo 89 de la ley dispone que tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo sin necesidad de decretar o practicar las pruebas solicitadas, lo que claramente consideramos violatorio de la Constitución Política. En efecto, la ley consagra prerrogativas procesales, sustanciales y probatorias para las víctimas, pero no puede agregarse a esto la limitación al derecho de contradicción, de defensa y el debido proceso de las personas contra quienes se instaura la acción de restitución, más aún cuando pueden resultar afectados terceros de buena fe, los cuales, a su vez, tienen que probar, en un grado más alto de exigencia, que su buena fe está exenta de culpa. Las sentencias deben estar sustentadas no en convicciones personales, sino en pruebas objetivamente decretadas, practicadas y controvertidas. Cosa diferente es que el juez pueda negar el decreto de una prueba por considerarla inconducente o impertinente o negar la práctica de una ya decretada si se dan criterios objetivos para hacerlo. Además, no podemos soslayar que la ley no establece recursos cuando se niega la práctica o el decreto de una prueba, y no podría, en estricto sentido, sostenerse que este vacío se llena con la regulación en procedimiento civil, porque, al observar la estructura de la regulación en materia de restitución, vemos que, según el artículo 79, los magistrados de restitución conocen del proceso en única instancia cuando hay opositores, lo que excluye el recurso de apelación, no solo para la sentencia, sino para todos los autos que se dicten en el trámite.

En nuestros estatutos procesales, se ha acudido normalmente a la libre apreciación de la prueba conforme a los criterios de la sana crítica y la experiencia, y excepcionalmente se exige la tarifa legal, como ocurre para probar el derecho a la propiedad y el estado civil, entre otros.

En nuestra legislación, no existe el sistema de la íntima convicción, en el cual, al proferir la decisión, el juzgador no está obligado a dar las motivaciones que lo llevan a ella, como ocurre con los jurados de conciencia. Sin embargo, aunque la norma en comentario no faculta al juez de restitución para no motivar el fallo,

va más allá al autorizarlo para fallar sin practicar las pruebas pedidas o incluso decretadas, lo que, en nuestro sentir, excede las facultades del legislador en la materia.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-203 de 2011, dijo en relación con el poder de regulación del legislador en materia probatoria:

En cuanto a los alcances del poder, conforme el recuento jurisprudencial de la Sentencia C-738 de 2006, en desarrollo de dicha facultad, el legislador tiene las siguientes potestades: [...] iii) La regulación de los medios de prueba, ingrediente consustancial al debido proceso y al derecho de defensa, reconocible en los siguientes derechos: a) “el derecho para presentarlas y solicitarlas”; b) “el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra”; c) “el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción”; d) “el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de este”; e) “el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos”; y f) “el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso”.

Como se observa, la regulación de la actividad probatoria toca con el derecho al debido proceso, el cual es considerado fundamental de manera unánime, no solo en nuestra jurisprudencia, sino en la tradición del sistema interamericano de derechos humanos.

Adicionalmente, la ley establece la inversión de la carga probatoria a favor de las víctimas de despojo o abandono, lo que es un avance importante, dado que nuestro ordenamiento procesal civil parte, por regla general, del principio según el cual quien afirma un hecho debe probarlo, salvo en el caso de negaciones indefinidas, hechos notorios y ciertos indicadores económicos¹². En efecto, el artículo 78 dispone que les bastará probar sumariamente la propiedad, posesión u ocupación, y el reconocimiento como desplazados en el proceso judicial, o, en su defecto, aportar prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución, salvo que estos también hayan sido reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio.

12 El nuevo Estatuto General del Proceso, que entró a regir el primero de enero de 2014, parte del mismo principio reseñado, pero además da al juez la facultad de distribuir la carga probatoria en caso de indefensión o incapacidad de una de las partes o cuando una de ellas tenga más cercanía a la prueba o conocimientos técnicos, entre otras circunstancias. Con esto acoge la jurisprudencia que desarrolló la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Existe una falta de técnica jurídica en lo que toca con la prueba sumaria de la propiedad, dado que, según la legislación civil, esta solamente puede demostrarse con la escritura pública otorgada ante notario y con la correspondiente nota de registro en la oficina de registro de instrumentos públicos. Entonces, debe entenderse que la propiedad habrá de demostrarse según la legislación civil, y, de no hacerse así, de todas formas se podrá acudir a la acción de restitución, no como dueño, sino como poseedor del inmueble u ocupante, en el caso de baldíos. También debe tenerse en cuenta que el artículo 84 de la ley exige que con la solicitud de restitución se presente el certificado de tradición y libertad del inmueble cuya restitución se pretende, lo cual no solo sirve para demostrar la propiedad en la época del despojo o abandono, sino para garantizar los derechos reales de terceros sujetos a registro.

Por otra parte, se establecen presunciones cuando un predio es inscrito en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas, verbigracia, se presume de derecho que existe ausencia de consentimiento o causa ilícita en los actos jurídicos que afecten derechos reales, la posesión u ocupación respecto de inmuebles objeto de restitución, si fueron celebrados entre primero de enero de 1991 y la fecha de vigencia de la ley, sea directamente por la víctima o por quienes tienen legitimación para instaurar la acción, con las personas que hayan sido condenadas por cualquier tipo de relación con grupos armados al margen de la ley, o por narcotráfico o delitos conexos, hayan actuado por sí mismas o por medio de terceros.

Como sabemos, la presunción de derecho no admite prueba en contrario y en este punto la ley debió haber exceptuado del beneficio de restitución a quienes se logre demostrar que se dedicaban a actividades ilegales o utilizaban sus predios para tal fin.

Además, la ley establece otras presunciones, que admiten prueba en contrario, de la ausencia de consentimiento o causa lícita en actos jurídicos que afecten inmuebles en cuya colindancia hayan ocurrido actos de violencia generalizados, fenómenos de desplazamiento forzado colectivo o violaciones graves a los derechos humanos en la época en que ocurrieron las amenazas o hechos de violencia que se alega causaron el despojo o abandono; también respecto de inmuebles vecinos de aquellos donde se hubieran producido alteraciones significativas de los usos de la tierra, como la sustitución de agricultura de consumo y sostenimiento por monocultivos, ganadería extensiva o minería industrial, con posterioridad a la época en que ocurrieron las amenazas, los hechos de violencia o el despojo.

Cuando no se logre desvirtuar la ausencia de consentimiento en los actos jurídicos cobijados con las presunciones legales, se declarará la inexistencia de estos

y todos los actos posteriores que se hayan celebrado sobre la totalidad o parte del bien estarán viciados de nulidad absoluta.

A esto hay que darle un contenido razonable, pues la norma prevé una consecuencia jurídica sancionatoria que puede afectar a terceros de buena fe, como ocurriría en el caso de una persona que adquirió en segundo o tercer grado un predio que fue despojado o abandonado según la presunción establecida en el artículo 77. La víctima inicial puede pedir la restitución del predio frente al actual propietario, poseedor u ocupante, que bien puede ignorar totalmente las circunstancias específicas en las que se realizó el negocio jurídico inicial. Incluso el solo hecho de no tener información sobre el acto jurídico va a imposibilitar su defensa, pues el consentimiento es totalmente personal, y en principio solo pueden tener acceso a dicha información las partes que intervinieron en el negocio, quedándole como única posibilidad de defensa al tercero probar su buena fe exenta de culpa para recibir las compensaciones a que hubiere lugar.

Esta forma de regulación pone en entredicho miles de negocios jurídicos que, aunque se realizaron en zonas de violencia generalizada, cumplieron con todos los requisitos de validez.

No se puede soslayar que zonas como el Urabá antioqueño, Córdoba y Sucre estuvieron bajo absoluto dominio de los paramilitares por muchos años, llegando estos incluso a sustituir al Estado en las labores de seguridad y administración de justicia.

Llama la atención la causal que establece esta presunción en los casos en los que el valor formalmente consagrado en el contrato o el valor efectivamente pagado sean inferiores al 50 % del valor real de la transacción. Evidentemente, la norma tiene sentido cuando se trata del valor efectivamente pagado, no así en la primera hipótesis, pues es costumbre, no solo en el campo, sino en todo el país, firmar los contratos de compraventa con el valor del avalúo catastral, el cual en muchas zonas del país es considerablemente inferior al valor comercial de los bienes, ello con el fin de evitar mayores gastos notariales y de registro, sin que ello implique ningún tipo de ilegalidad que tenga relación con el tema que regula la ley. La norma, entendida literalmente, establece una causal objetiva de restitución, en la cual no importaría realmente si la persona que pretende la restitución recibió un justo precio por su inmueble.

Compartimos las presunciones de derecho que establece la norma, pues de todas formas si el predio ha sido adquirido por terceros de buena fe exenta de culpa, estos tendrán derecho a sus compensaciones, aunque debe inaplicarse cuando se demuestre que quien solicita la restitución se dedicaba a actividades

ilícitas¹³. Pero quedan dudas en relación con la justeza de la norma en la segunda hipótesis referida a los hechos de violencia generalizados, pues el adquirente del predio puede ser perfectamente un tercero de buena fe sin relación con los hechos de violencia y que lo haya adquirido a un precio comercial al momento de la negociación, resultando a la postre sancionado por una situación que se escapa a su responsabilidad y frente a la cual la prueba para oponerse resultaría prácticamente imposible.

No debemos olvidar que los Principios Pinheiro sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas también parten del respeto de los derechos de los ocupantes secundarios, al establecer que:

17.1. Los Estados deben velar por que los ocupantes secundarios estén protegidos contra el desalojo forzoso arbitrario o ilegal. En los casos en que su desplazamiento se considere justificable e inevitable a los efectos de la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, los Estados garantizarán que el desalojo se lleve a cabo de una manera compatible con los instrumentos y las normas internacionales de derechos humanos, proporcionando a los ocupantes secundarios las debidas garantías procesales, incluida la posibilidad de efectuar consultas auténticas, el derecho a recibir una notificación previa adecuada y razonable, y el acceso a recursos jurídicos, como la posibilidad de obtener una reparación. (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2007)

Sea esto un argumento para considerar que la restitución de tierras y viviendas para personas despojadas y obligadas al abandono forzado debe primar ante todo, pero el derecho a la reparación o compensación de los ocupantes secundarios debería depender de la demostración de la simple buena fe, no de la buena fe exenta de culpa, como lo exige la ley.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-740 de 28 de agosto de 2003, diferenció entre ambos conceptos:

La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno, error communis facit jus y, que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años, precisando que “tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existe por ser meramente aparentes, normalmente y con lo que se dijo al exponer el con-

13 En nuestro concepto, sería posible para los jueces aplicar el control difuso de constitucionalidad, el cual permitiría solucionar este problema en caso de que no haya una reforma legislativa en la materia.

cepto de buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error es de tal naturaleza que cualquier persona prudente o diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente ante la buena fe cualificada o buena fe exenta de culpa.

Esta diferenciación cobrará mayor sentido cuando analicemos el tema de la perspectiva parcial de la ley en el acápite de dificultades prácticas para la implementación de esta.

2.2. El principio de cosa juzgada

Históricamente, siempre ha habido una tensión entre los conceptos de seguridad jurídica y justicia, la cual se ha solucionado por medio de diversas instituciones, como la prescripción, la caducidad y el principio de cosa juzgada, entre otras. Pero estas instituciones, que encarnaban el justo medio en un momento histórico determinado, han cedido ante el avance del reconocimiento de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Entonces, hay que armonizar esa tendencia que se proyecta desde hace más de una década, en la cual se va ampliando el abanico de los derechos de las víctimas, con estos principios constitucionales y ver si la Ley de Víctimas y Restitución los regula de manera adecuada.

Las bases para solucionar esta tensión las encontramos en la Sentencia C-014 de 2004 de la Corte Constitucional¹⁴:

Ni el principio de seguridad jurídica, ni el principio de justicia material tienen valor absoluto. El primero, porque la imposibilidad absoluta de remover del mundo jurídico un fallo disciplinario, conduciría en muchos supuestos al sacrificio de la justicia material. Piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de revocar un fallo sancionatorio que se sabe, a buen seguro, fue proferido con manifiesto desconocimiento de la Constitución. Y el segundo, porque en aras de la promoción de un orden justo, a la administración no le está dado desconocer el efecto vinculante de sus propios fallos disciplinarios pues ello desconocería el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos y vulneraría el principio de seguridad jurídica. Piénsese, en este

14 En esta sentencia, la Corte Constitucional sostuvo que es exequible la norma del Código Disciplinario Único que permite la revocatoria de los fallos sancionatorios, mas no de los absolutorios, pero aclaró que si la falta disciplinaria es de aquellas que implican la vulneración de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, sería procedente la revocatoria del fallo absolutorio.

caso, en la incertidumbre generada por la revocatoria generalizada de los fallos disciplinarios.

En ese marco, ya que la Carta Política constituye un sistema armónico de mandatos de optimización, la tarea de regular de una manera u otra las distintas tensiones que se presentan entre tales mandatos le incumben a la instancia legislativa del poder público. Este centro de poder es el legitimado para tomar las decisiones políticas requeridas para compatibilizar las tensiones que surgen ante el valor relativo de los principios constitucionales y ante la necesidad de armonizarlos de tal manera que se promueva la pacífica convivencia.

La Ley de Víctimas y Restitución toma resueltamente partido por el principio de justicia material. En efecto, en relación con las decisiones judiciales, el artículo 77, numeral 4º, dispone que si el solicitante prueba la propiedad, posesión u ocupación, y el posterior despojo de un bien inmueble, “no podrá negársele su restitución con fundamento en que una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada otorgó, transfirió, expropió, extinguió o declaró la propiedad a favor de un tercero, o que dicho bien fue objeto de diligencia de remate”.

En relación con los actos administrativos, se vislumbra la misma situación, pues no podrá negarse la restitución del bien con fundamento en que un acto administrativo posterior legalizó una situación jurídica contraria a los derechos de la víctima. Se presume legalmente que tales actos son nulos y se produce el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad de todos los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del bien o sobre parte de él.

Esto es un cambio no solo normativo sino del paradigma del principio de legalidad, consagrado en los artículos 6º, 29, 121, 122 y 209 de la Carta Política. Históricamente, se han concebido mecanismos como la vía gubernativa y la revocatoria directa de los actos administrativos, además de controles judiciales, no para enervar el principio de legalidad, sino para afianzarlo.

En efecto, los artículos 69 a 74 del Código Contencioso Administrativo anterior, Decreto 01 de 1984, reglamentaban la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular y concreto, la cual se basaba en la protección constitucional de los derechos adquiridos y el principio de seguridad jurídica. Para modificar estas situaciones subjetivas se requería el consentimiento expreso del afectado, salvo si se trataba de un acto presunto positivo o era evidente que el acto ocurrió por medios ilegales. Adicionalmente, los artículos 85 y 136 regulaban la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para enervar, esta vez en la instancia judicial, la validez de dichos actos. El Código de Proce-

dimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, que entró a regir el 2 de julio de 2012, regula la materia, reiterando en el artículo 88 la presunción de legalidad, y en los artículos 93 a 97, la revocatoria directa de dichos actos, contemplando en líneas generales la misma filosofía de la normatividad anterior.

Queda la duda respecto de la facultad del legislador para asignar a estos jueces decisiones que tocan con la anulación de actos administrativos, cuando por expreso mandato constitucional hay una clara división entre la justicia ordinaria y la contencioso-administrativa, según los artículos 235 a 238 de la Carta.

Corresponderá a la Corte Constitucional ponderar todos estos aspectos, cuestión compleja porque, en el marco de justicia transicional que pretende la anhelada paz en Colombia, los derechos de las víctimas han ido tomando una posición privilegiada y, a su vez, se han ido relativizando otros derechos que otrora eran considerados casi absolutos.

La ley aplicada en su tenor literal puede ser un instrumento para propiciar una nueva forma de despojo de la cual serían víctimas los terceros de buena fe que hubiesen adquirido estos predios. Creemos que debió delimitarse la acción de restitución efectiva o material a aquellos bienes que están aún en cabeza de los despojadores, de sus causahabientes, de sus testaferros o de personas naturales o jurídicas respecto de las cuales se pueda probar o colegir razonablemente su relación con el victimario. Ello sin desconocer que la víctima debería tener el derecho de optar a voluntad por la restitución por equivalencia o por compensación. En los casos en que la acción se impetre contra terceros de buena fe, la restitución efectiva debe operar solo en aquellos casos en los que indefectiblemente la víctima de despojo o abandono forzado opte por la restitución material, pero reconociendo a los terceros afectados una compensación material o por equivalencia independientemente de que su buena fe sea simple o exenta de culpa.

La regulación actual de la ley de restitución hace posibles situaciones absurdas e injustas, como el que una víctima de despojo o abandono forzado quiera acceder a una restitución por compensación, porque simplemente no le interesa volver al sitio de los hechos o los herederos de la víctima directa han perdido su nexo con la región, pero ello no es posible porque la ley no les torga la facultad de escoger la modalidad de restitución. Por otra parte, el tercero de buena fe que ocupa el mismo predio puede verse obligado a restituirlo a cambio de una compensación, o en el peor de los casos sin compensación alguna, si no logra probar que su buena fe es exenta de culpa o por el simple hecho de no tener una defensa técnica adecuada en el proceso. Esta última hipótesis no va a ser extraña, pues, como veremos en el siguiente acápite, la perspectiva parcial de

la ley puede crear situaciones injustas y difíciles en zonas donde el despojo fue propiciado por los grupos subversivos, cuya dinámica es diferente de lo sucedido en las regiones donde el despojo se produjo por grupos paramilitares.

2.3. La ley limita la autonomía de la voluntad del despojado

El artículo 72, inciso quinto, de la ley establece que en los casos en los cuales la restitución jurídica y material del inmueble despojado sea imposible o cuando el despojado no pueda retornar por peligro para su vida e integridad personal, se le ofrecerá la modalidad de restitución por equivalencia, esto es, con terrenos de características similares a los que tenía. Solo en caso de ser imposibles los dos eventos anteriores, se optará por la compensación.

A su vez, el artículo 97 determina, al parecer de manera taxativa, los casos en los que se considera imposible la restitución jurídica y material del bien: 1) cuando el bien está localizado en zona de alto riesgo de inundación, derrumbe o catástrofe; b) cuando ha sido restituido a otra víctima de despojo; c) cuando la restitución implica riesgo para la vida e integridad del solicitante o de su familia; y d) cuando haya destrucción total o parcial del inmueble y sea imposible su reconstrucción.

Es claro entonces que el despojado o la persona obligada al abandono forzado de sus tierras no puede optar a voluntad por la compensación o por la restitución por equivalencia.

Consideramos que todo condicionamiento en la materia es arbitrario y, aunque hay un margen de configuración para el legislador, la misma Corte Constitucional ha definido reglas para la restitución y específicamente ha dicho que:

(i) La restitución debe establecerse como el medio preferente para la reparación de las víctimas al ser un elemento esencial de la justicia restaurativa

(ii) La restitución es un derecho en sí mismo y es independiente de que las víctimas despojadas, usurpadas o que hayan abandonado forzosamente sus territorios retornen o no de manera efectiva.

(iii) El Estado debe garantizar el acceso a una compensación o indemnización adecuada para aquellos casos en que la restitución fuere materialmente

imposible o cuando la víctima de manera consciente y voluntaria optare por ello¹⁵ (*destacado fuera del texto original*).

Adicionalmente, los Principios Pinheiro sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas establecen:

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

De la posición de la Corte Constitucional y de los Principios Pinheiro se colige claramente que optar por la compensación económica o por equivalencia, aunque sea posible la restitución material de los bienes, es un derecho de las víctimas: primero, porque por regla general debe darse prevalencia a las interpretaciones extensivas en materia de derechos, principio aplicable en virtud del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶, en concordancia con el artículo 93 de la Constitución Nacional; en segundo lugar, porque muchas de las personas legitimadas para el trámite de restitución son los hijos de las víctimas directas que fueron asesinadas; estas personas se educaron en un entorno social diferente, posiblemente en barrios marginados de las ciudades, y tal vez tienen proyectos de vida ajenos a trabajar o vivir en el campo; y en tercer lugar, porque simplemente las personas legitimadas para iniciar el trámite de restitución pueden haber perdido el interés en retornar a aquellos sitios en donde fueron despojadas.

Hemos tenido conocimiento de algunos casos en los cuales los jueces de restitución han tomado una decisión y, posteriormente, acudiendo al control pos-fallo que debe ejercerse para garantizar la efectividad de la sentencia, la han cambiado, lo que de suyo suena extraño en nuestra tradición jurídica, pues las sentencias por regla general hacen tránsito a cosa juzgada y solo la ley establece las excepciones.

15 Sentencia c-715 de 2012, con ponencia del doctor Luis Ernesto Vargas Silva. En esta misma sentencia se aclaró que, aunque el artículo 72 de la ley solo se refiere a las acciones jurídicas que pueden instaurar las personas despojadas, la norma era aplicable de igual manera a favor de quienes sufrieron el abandono forzado de sus bienes.

16 Este artículo establece las normas de interpretación del articulado que compone la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido de que todos los derechos y garantías reconocidos en ella deben interpretarse de manera extensiva.

Por ejemplo, en un caso del Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Ibagué se había ordenado la restitución jurídica y material de un predio, negando la pretensión de compensación que había instaurado el demandante. No obstante, un año después de emitido el fallo, dictó una “sentencia complementaria”, en la que substituyó la restitución por la compensación, dado que concluyó que cumplir la decisión anterior implicaba un riesgo para la vida o la integridad personal de aquella persona¹⁷.

Consideramos que desde un principio debió respetarse la pretensión del demandante, que optaba por la compensación económica. Sin embargo, creemos que la única hipótesis en la que debe soslayarse la autonomía de la voluntad del demandante se da en aquellos casos en los que su petición ponga en peligro su vida, la de su familia o haga nugatorio su derecho, supuestos estos respecto de los cuales debe haber prueba suficiente.

2.4. Algunas dudas frente a la legitimación por activa

El artículo 75 de la ley otorga legitimación para demandar a los dueños, poseedores o explotadores de baldíos que han sido despojados o se ha visto en la obligación de abandonarlos por los motivos relacionados con el conflicto armado; de igual manera, el artículo 81 le da la misma facultad al cónyuge y compañero o compañera permanente, y en el inciso tercero establece que:

Cuando el despojado, o su cónyuge o compañero o compañera permanente hubieran fallecido, o estuvieren desaparecidos podrán iniciar la acción los llamados a sucederlos, de conformidad con el Código Civil, y en relación con el cónyuge o el compañero o compañera permanente se tendrá en cuenta la convivencia marital o de hecho al momento en que ocurrieron los hechos.

Parece que tanto el despojado directo como su cónyuge o compañero(a) permanente al momento del despojo tienen legitimación de manera autónoma para intentar la demanda. Pero ¿qué sucede en el evento en que ambos intenten la acción con pretensiones contrarias?, verbigracia, el caso en que la esposa pretenda una restitución material, y el despojado directo, una restitución por equivalencia.

Podría pensarse que debe primar la petición de quien aparecía como dueño o poseedor del bien, pero, en la filosofía de la restitución, se concibe el despojo como una afectación no solo al derecho a la propiedad, al trabajo y a fijar de

17 Dicho caso está reseñado en el Primer Informe al Congreso de la República 2013-2014, elaborado por la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011 (p. 210). En dicho informe se hace alusión a otros 13 casos similares.

manera libre el lugar de residencia, sino a la familia en sí y a la estabilidad que para ella da tener un lugar de asentamiento con arraigo, lo que en términos civiles llamamos domicilio.

Esta contradicción entre quienes tienen derecho a la restitución puede solucionarse con las facultades superlativas del juez, quien, en un caso como estos, posiblemente se vería compelido a acceder a ambas pretensiones disponiendo de una restitución en parte material y en parte por compensación, lo que en principio no sería tan complejo, si la misma ley diera campo a la voluntad de quienes pretenden la restitución.

No es tan sencillo en la hipótesis del inciso tercero del artículo 81, la cual puede operar de varias formas: 1) cuando muere o desaparece el despojado directo y le sobrevive el cónyuge o compañero(a) permanente; 2) cuando muere o desaparece el cónyuge o compañero(a) permanente y sobrevive el despojado directo; y 3) cuando ambos mueren o desaparecen.

En estos tres casos, estaríamos frente al ejercicio de una acción hereditaria en caso de muerte¹⁸, la cual eventualmente podría confluir de manera simultánea con la acción personal en las dos primeras hipótesis, y el heredero podrá pedir, en principio, la restitución del predio para la sucesión y el cónyuge o despojado directo para sí, dado que, como se dijo, la ley les otorga legitimación de manera autónoma. Esto tiene la misma solución que ya planteamos para el caso en que el despojado directo y su cónyuge o compañero(a) tienen pretensiones contrarias.

Sin embargo, en la hipótesis de desaparición, la norma es verdaderamente novedosa, pues bastará probar la desaparición con la respectiva denuncia penal o la prueba testimonial bajo el principio de buena fe de las víctimas. Pero ¿para quién se debe pedir?, ¿para el desaparecido?, ¿para el llamado a suceder a quien ha desaparecido?, ¿para la sucesión de quien no se sabe si ha muerto?

Podría pensarse que se trata de una acción hereditaria especial, y en tal caso se aplicaría el artículo 2342 del Código Civil¹⁹. Sin embargo, desde el punto de vista de la lógica jurídica, sería difícil concebir que los herederos del desapare-

18 El tratadista Javier Tamayo Jaramillo (1986, p. 415) se ha referido a esta acción en los siguientes términos: “Como su nombre lo indica, la acción hereditaria está encaminada a que los herederos del fallecido cobren, en su condición de tales, los perjuicios sufridos por la víctima directa del daño, poco importa que esta hubiera iniciado o no la demanda de responsabilidad. Para el ejercicio de la acción hereditaria ha de tenerse en cuenta que la herencia es una comunidad sobre una masa de bienes, y, como tal, cada heredero puede ejercer a favor de la herencia todas las acciones pertinentes sin que sea necesaria la concurrencia de todos los herederos; pueden demandar: uno solo, todos, o solo algunos”.

19 Artículo 2342. Legitimación para solicitar la indemnización. Puede pedir esta indemnización no solo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero solo en ausencia del dueño.

cido actúan a favor (no en representación) de una sucesión que posiblemente no existe, sobre todo si tenemos en cuenta que el patrimonio es un atributo de la personalidad, potencial, inseparable e inalienable que solo termina con la muerte de la persona, al menos desde el punto de vista de las tesis subjetivistas.

Por otra parte, podría afirmarse que, en virtud de la ley, opera una especie de representación en cabeza de los llamados a suceder a quien está ausente mientras dure su ausencia. Sin embargo, esto no se ajustaría al fin de la ley, cual es solucionar definitivamente la situación de los inmuebles objeto de despojo y abandono, pues los representantes herederos no tendrían facultad de disposición mientras no asuman un proceso de presunción de muerte.

¿Qué pasaría, además, si el despojado directo llega a aparecer? Creemos que, tal como se ha venido haciendo en algunos casos ya reseñados, habría que acudir al control posfallo y emitir una sentencia complementaria que disponga la restitución en favor de esta persona.

3. DIFICULTADES PRÁCTICAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY

3.1. Morosidad en el trámite de restitución

Como se dijo, el juez de restitución tiene competencia para solucionar absolutamente todos los aspectos jurídicos del predio, incluso los relacionados con trámites administrativos o notariales que lo afecten. Para ello, en la sentencia que ponga fin al proceso, se pronunciará sobre la declaración de pertenencia o adjudicación de baldíos, según corresponda, de acuerdo con la normatividad referente a la propiedad, la posesión u ocupación (en caso de baldíos), y decretará las compensaciones a que hubiere lugar a favor de los opositores que prueben buena fe exenta de culpa. También se pronunciará sobre la transferencia del bien despojado al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas cuando sea imposible restituirlo al demandante, y decidirá sobre la declaratoria de nulidad de las decisiones judiciales y de los actos administrativos que por efectos de la sentencia pierdan validez jurídica, entre otros aspectos.

Esta regulación, sin duda, dará origen a múltiples conflictos, pues podríamos pensar en un caso en que una persona adquirió de buena fe un predio que había sido despojado con anterioridad y lo afectó con garantía real para el pago de un crédito. Al momento de salir vencida, y probando su buena fe exenta de culpa, tendrá derecho a la compensación económica y el magistrado de conocimiento deberá ordenar las acciones necesarias para garantizar el pago de los créditos.

Pero ¿qué pasará, por ejemplo, con los intereses del crédito que se generen durante el trámite del proceso de restitución, el cual, dada la situación de congestión de la justicia en Colombia, podría durar tanto tiempo que subsuma el valor de la compensación? Y también podría pensarse en bienes por fuera del comercio durante años. Otro panorama no muy claro se daría si el demandado no logra probar la buena fe exenta de culpa, pues al perder el derecho a la compensación, el juez no podría, en sana lógica, ordenar el pago del crédito de un tercero acreedor del opositor con cargo a esta, pues estaría extinguiendo la obligación de quien no tiene derecho a compensación.

Es cierto que ha habido ingentes esfuerzos para paliar el problema de la congestión judicial en Colombia, pero los antecedentes que tenemos nos hacen ser realistas. Por ejemplo, los jueces administrativos fueron creados en virtud de la Ley 270 de 1996, y a su vez la Ley 446 de 1998 los reiteró, pero esto solo fue posible después de haber transcurrido 10 años, gracias a la interposición de una acción popular para el cumplimiento de la ley²⁰.

En los procesos laborales, se implementó la oralidad a partir del Decreto-Ley 2158 de 1948 (Código de Procedimiento Laboral), pero solo desde la promulgación de la Ley 1149 de 2007 se impuso el trámite oral para las actuaciones y diligencias judiciales y la práctica de pruebas como medida de descongestión de la justicia. No obstante, aunque los procesos tienen un trámite relativamente ágil en primera instancia, entran a una lista de espera interminable al llegar a la segunda, por lo que el proceso de descongestión laboral ha sido un fracaso hasta ahora.

En la jurisdicción civil, el problema es más que caótico: miles de procesos van a los juzgados de descongestión donde los usuarios de la justicia se ven obligados a hacer largas filas para averiguar por sus procesos.

Aunque la rama judicial ha tratado de ponerse al día con la implementación efectiva de los jueces especializados de tierras, habrá que esperar que la práctica sea ágil y oportuna en procesos de alta complejidad, más aún dada la avalancha de inscripciones de predios despojados que se inició a raíz de la expedición del Decreto Reglamentario 4829 de 2011, que reguló el trámite previo de registro de tierras ante la Unidad Administrativa Especial creada para tal fin.

Según información del Consejo Superior de la Judicatura, en febrero de 2012 se crearon 22 jueces de restitución que funcionarán en las principales ciudades y

20 La acción popular n.º AP 503 del 18 de julio de 2002 dispuso la protección del derecho al acceso a la administración de justicia de manera eficiente y oportuna. Para ello se ordenó disponer de los recursos necesarios para el funcionamiento de dichos despachos judiciales, la creación de circuitos judiciales administrativos (Decreto 3321 de 2006) y la implementación de los juzgados administrativos (Decreto 3345 de 2006), entre otras medidas.

que se sumarán a cinco que ya venían trabajando desde enero de 2012, además de cinco tribunales de restitución, conformados por tres magistrados, todo esto con un costo de 38 mil millones de pesos.

Desde mayo de 2015, vienen funcionando en el país 41 jueces de restitución, siendo Antioquia la que cuenta con mayor cantidad, ocho en total, seguida por Sucre y Valle del Cauca, con cuatro respectivamente. A su vez, funcionan seis tribunales de restitución en Antioquia, Bolívar, Casanare, Cundinamarca, Norte de Santander y Valle del Cauca.

Por su parte, la Comisión de Seguimiento a la Política Pública de Desplazamiento Forzado verificó que en Colombia existían aproximadamente 6,6 millones de hectáreas de tierras despojadas entre 1980 y julio de 2010, sin contar los territorios colectivos. De esta cifra, solo el 15,4 % de las tierras despojadas lo fueron entre 1980 y 1997, lo que da a entender que el grueso del problema se ubica en el ámbito de aplicación temporal de la Ley de Víctimas y Restitución. Otras cifras menos pesimistas tampoco son muy halagadoras, pues el mismo presidente Santos se ha referido a aproximadamente dos millones de hectáreas, y otros han calculado entre tres y cuatro millones de hectáreas despojadas.

El proceso de restitución no comprende solo el trámite judicial, sino toda la gestión previa ante la Unidad de Restitución, que, como se dijo, es un requisito de procedibilidad obligatorio para instaurar la demanda. Es aquí precisamente donde empiezan las demoras, pues, para que el predio sea inscrito, es necesario que la zona esté micro-focalizada, lo que implica que haya una situación de seguridad consolidada, lo cual ocurre solo con el 2 % del territorio del país donde hay solicitudes de restitución. Adicionalmente, se han creado trámites repetitivos que más bien se han erigido en obstáculo que en garantía.

Las mismas entidades de control, Defensoría, Procuraduría y Contraloría, advirtieron esta situación²¹:

[...] El artículo 76 de la Ley 1448 de 2011 establece un plazo de 60 días “a partir del momento en que acometa el estudio” y en este punto remite al inciso dos del mismo artículo en el que se precisa que “el registro se implementará en forma gradual y progresiva, de conformidad con el reglamento, teniendo en cuenta la situación de seguridad, la densidad histórica del despojo y la existencia de condiciones para el retorno”. Con base en esas disposiciones, el reglamento (Decreto 4829 de 2011), creó una etapa precedente al “estudio” que denominó “análisis previo”, a la que le concedió un término de 20 días, cuyos objetivos son “establecer las condiciones de procedibilidad del

21 Ver el Primer Informe de Seguimiento y Monitoreo de los Órganos de Control a la Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras (2012, pp. 10-12).

registro, descartar de plano aquellos casos que no cumplen los requisitos legales para la inscripción en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente y evitar que se incluyan predios o personas que no cumplen con los requisitos previstos en la ley". Dado que esos objetivos no son sustancialmente distintos a aquellos que podrían indicarse para el "estudio" (que no son explícitos en el reglamento), el lapso concedido al "análisis previo" aparece como una forma de ampliar el plazo de 60 días fijado legalmente. Esta apreciación se fundamenta en que el artículo 13 del Decreto 4829, invoca el inciso cuarto del artículo 76 de la Ley 1448 que es el que fija los 60 días, para establecer como regla la expedición de la resolución que determina el "inicio del estudio". Así, para la UAE-GRTD el plazo de 60 días comienza a contar a partir de la fecha de expedición de esta resolución, que es posterior y, además, resultado del "análisis previo". De manera que el plazo se aumenta a ochenta (80) días y si se llegase a autorizar las dos prórrogas por treinta (30) días adicionales cada una, permitidas por la ley, el proceso administrativo puede extenderse a ciento cuarenta (140) días. Si se tiene en cuenta que las causales de exclusión de la solicitud, después del "estudio" son las mismas establecidas para la exclusión producto del "análisis previo" (inciso 2, artículo 17, DR 4829/2011), se evidencia que las dos etapas no son sustancialmente distintas (destacado fuera del texto original).

Reiteramos: desde ahora se vislumbran largos y tediosos trámites de restitución, los cuales encontrarán su primer obstáculo en la consolidación de seguridad en las zonas de despojo, amén de las dificultades que tendrán que salvarse para poner a tono en materia tecnológica todas las instituciones del Estado que se relacionan con este procedimiento, además de la necesidad de crear mecanismos eficientes de coordinación entre ellas.

3.2. Perspectiva parcial de la ley

En materia de restitución de predios, se pensó mucho en las zonas de influencia paramilitar y poco en las zonas de influencia guerrillera, donde la dinámica del despojo opera de manera diferente. En efecto, en las primeras, los territorios despojados presentaron una economía creciente, se hicieron inversiones en amplios monocultivos, ganadería extensiva y grandes proyectos, dándose por regla general una gran valorización de la tierra, mientras que en las segundas se consolidaron comunidades campesinas que se dedicaron a la agricultura a pequeña escala y en muchas ocasiones al cultivo de la hoja de coca, dándose por lo general el proceso de desvalorización de la tierra.

La Comisión de Seguimiento a la Política Pública de Desplazamiento Forzado determinó que, para 2010, aproximadamente el 25 % del territorio despojado a los campesinos fue por cuenta de los grupos subversivos, aproximadamente 2,4 millones de hectáreas, y según los cálculos más optimistas del Gobierno, 500 mil hectáreas.

Muchas comunidades campesinas han ocupado y explotado durante años predios abandonados por sus propietarios, explotadores o poseedores a raíz de las amenazas o hechos de violencia de la guerrilla; muchas de ellas obtuvieron en ocasiones títulos de manera legal con ayuda del Estado dentro de la política pública de legalización de tierras, y otras, después de dedicarse a actividades al margen de la ley, se acogieron a los planes de sustitución de cultivos ilícitos.

No olvidemos que la normatividad en materia agraria, desde la Ley 200 de 1936, pasando por la Ley 4ª de 1973, el Decreto 508 de 1974, la Ley 1152 de 2007 —o Estatuto de Desarrollo Rural (mientras no fue declarado inexecutable)— y las demás modificaciones reguladas incluso en el Plan Nacional de Desarrollo, tocan con el tema de facilitar el acceso a la propiedad de las tierras que son explotadas económicamente por la población campesina, considerada como una parte débil en el contorno social. Con la Ley de Víctimas, estas personas perderían un sinnúmero de prerrogativas que les habían sido concedidas, al ser la parte contra la cual operan todas las presunciones y la carga probatoria.

Al observar la información sobre los trámites de restitución iniciados, vemos que en los departamentos del sur del país, de mayor influencia guerrillera, el número de solicitudes es mucho menor al de los departamentos de fuerte influencia paramilitar, pero el número de hectáreas cuya restitución se solicita es mucho mayor. Ello se debe a que la dinámica del conflicto en esas zonas posiblemente haya afectado a grandes empresarios de la tierra y finqueros, que igualmente tienen su derecho a la restitución.

A diciembre de 2013, se habían realizado 54 830 solicitudes de inscripción de tierras despojadas y abandonadas. Antioquia se consolidó como el departamento con mayor número de solicitudes, con 9797 (17,87 % del total), y le siguen en orden Tolima, Bolívar, Meta y Magdalena, que en conjunto suman el 50 % de las solicitudes del país²².

El departamento del Vichada presentaba el 0,93 % de las peticiones (510); Casanare, el 0,73 % (402); y Meta, el 7,18 % (3935). Estos departamentos, con Amazonas, Arauca, Guainía, Putumayo, Vaupés, Guaviare y Caquetá, suman

22 Datos tomados del Primer Informe al Congreso de la República 2013-2014, elaborado por la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011, de agosto de 2014.

apenas el 17,64 % de las peticiones de restitución, pero el número de hectáreas reclamadas asciende a un poco más del 50 % del total del país²³.

En Vichada, a febrero de 2013, solo había 298 solicitudes de restitución, las cuales recaían sobre 183 009 hectáreas de tierra, más de la mitad de lo que se pretende recuperar en Antioquia; en el Casanare, con 229 peticiones, se pretenden restituir 142 735 hectáreas; y en el Meta, 2299 peticiones recaen sobre 615 717 hectáreas²⁴.

De igual forma, para finales de 2012, más de la mitad de solicitudes de restitución en el país se endilgaba a despojos de las Farc, 12 106 en total, mientras a los grupos paramilitares se atribuían 10 880 despojos²⁵.

Incluso en departamentos como Antioquia, el segundo en número de hectáreas reclamadas, puede decirse que los despojos y abandonos forzados ocasionados por la guerrilla y los generados por los grupos paramilitares están a la par, lo cual implica de todas formas un tratamiento diferencial.

El artículo 88 de la ley regula las oposiciones que pueden proponerse en el proceso de restitución, como son: la buena fe exenta de culpa, la calidad de despojado del mismo predio (lo que en nuestro concepto operaría en el caso de un despojo anterior al que se alega en el proceso de restitución), el justo título del derecho, las relativas al valor del predio y la tacha de la calidad del despojado de quien solicita la restitución.

Aunque la ley no lo dice, deben admitirse otro tipo de oposiciones, como las relativas a la identidad jurídica del predio, sobre todo cuando ha habido englobes, desenglobes o, simplemente, cuando hay falencias en la demarcación técnica de los predios, pues en nuestro país aún se utilizan linderos determinados con nombres de personas, árboles o puntos que al momento de la restitución pueden no existir. No debe olvidarse tampoco que la identificación catastral del predio hace referencia a una identificación física y jurídica, pero no necesariamente coincide con la relación poseedor-predio, la cual es meramente fáctica.

Consideramos que también podrían proponerse aquellas oposiciones que hubieran impedido el registro del predio ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, como son: la falta de temporalidad, cuando se narran hechos falsos, cuando no se ostenta la calidad suficiente

23 Ver Primer Informe al Congreso de la República 2013-2014 (pp. 165-166).

24 Información tomada en noviembre 29 de 2014 correspondiente a las estadísticas a febrero 4 de 2013 de la página del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural https://www.restituciondetierras.gov.co/manuales/-/document_library_display/gDtRnDP4kufo/view/244446

25 Información tomada de *Semana* (3 de marzo de 2013).

para pedir la restitución, como puede suceder en el caso de un arrendatario, y cuando la causa de la pérdida del predio es diferente a la contemplada en la ley.

Pero el tema que más preocupa y sobre el cual recabamos es el de la buena fe exenta de culpa, pues, si se inicia un proceso de restitución en un predio de gran extensión ocupado por familias campesinas, les resultaría muy difícil probarla, porque posiblemente no cumplirían con el supuesto de la norma para proponer tal excepción, pues recordemos que en los lugares donde operan las guerrillas, además de ejercer su acción armada, en la práctica se han convertido en el sustituto de la administración de justicia, y son estos grupos quienes ordenan o autorizan a los campesinos entrar a explotar los predios abandonados. Adicionalmente, muchas de estas personas estarían ante la imposibilidad económica de contratar un abogado para la defensa de sus intereses y, en general, su situación sería muy desfavorable. No olvidemos que el artículo 91 establece que en el fallo se declararán las compensaciones a favor de quienes probaron la buena fe exenta de culpa, *contrario sensu*, quienes solamente prueben la buena fe simple no tendrán derecho a compensación alguna, o qué pensar de aquellas personas que simplemente no acuden al proceso, sea por ignorancia o por falta de recursos.

Como explicamos anteriormente, la buena fe exenta de culpa va mucho más allá de tener la conciencia de haber actuado de manera legítima en la adquisición del predio; exige, además de ese aspecto subjetivo, la prueba de que se hicieron las averiguaciones o comprobaciones de que quien transfería un derecho era verdaderamente el dueño o que lo había adquirido de manera legítima.

En el informe de la Comisión de Seguimiento al Congreso de la República (p. 204), podemos leer:

Ahora bien, a partir del conocimiento y cercanía que se ha tenido frente a la fase judicial, en especial por la PGN que realiza intervención judicial en los procesos de restitución, se ha podido identificar que los “oposidores”, no siempre corresponden al perfil considerado por el legislador al momento de diseñar la Ley 1448 de 2011, es decir, poderosos empresarios o personas naturales con alto nivel adquisitivo, narcotraficantes o testaferros. Los opositores en muchas ocasiones, son víctimas del conflicto armado o campesinos vulnerables que no cuentan con los recursos suficientes para contratar un abogado que los represente, situación que constituye un desequilibrio procesal, que desemboca en la vulneración de un derecho fundamental como es el del debido proceso.

Reiteramos que la ley debió regular de una manera diferente las oposiciones y darle un mayor alcance a la buena fe simple de los opositores, cuya prueba debería activar las compensaciones para ellos.

En nuestro concepto, la regulación se quedó corta al concebir la restitución solo desde el punto de vista de las desposesiones que los grupos paramilitares hicieron a la población campesina, pues no tuvo en cuenta las hipótesis en las cuales estas fueron ocasionadas en las zonas de influencia guerrillera a empresarios o personas pudientes, quienes obviamente tienen derecho a la restitución. Sin embargo, acceder a la restitución física y jurídica de estos predios podría crear más conflictos sociales que soluciones a la problemática del país, y tal vez miles de familias campesinas tendrían que salir de estos predios.

Mientras tanto, según la Unidad de Restitución de Tierras, en algunas zonas del país se están capacitando abogados de la Defensoría del Pueblo, quienes se encargarán de representar los intereses de los opositores de buena fe. Sin embargo, esto no puede constituirse en una solución aislada, sino más bien en una política pública y ser objeto de debate y soluciones legislativas y jurisprudenciales antes de que se cree una nueva forma de despojo.

3.3. Representación de las víctimas

La inscripción en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, será requisito de procedibilidad para iniciar la acción de restitución, y se comunicará a los que aparezcan con algún derecho en el predio, y al poseedor u ocupante de este.

El Decreto Reglamentario 4829 de 2011 estructuró la implementación gradual y progresiva de este registro, estableciendo los requisitos y la forma de hacerlo, el cual, en todo, caso es gratuito y no requiere de apoderado. También se ocupó de determinar la forma para el cálculo de las compensaciones y los avalúos de los predios a restituir, y, finalmente, cómo funcionará el fondo que se creó para pagar dichas compensaciones.

El artículo 12 del decreto reglamenta los casos en los cuales no se podrá registrar el predio para acceder al trámite de restitución, como sucede cuando el despojo fue antes del primero de enero de 1991; cuando se narran hechos falsos o no se es víctima conforme al artículo 3º de la ley; cuando la causa de la pérdida del predio es diferente a la contemplada en la ley; y cuando no se ostenta la

calidad suficiente para pedir la restitución, como puede suceder en el caso de un arrendatario o simple tenedor²⁶.

La ley trata de desincentivar que se acuda a abogados para hacer la gestión de inscripción del predio. En caso de llevarse ello a cabo, se establece la obligación del apoderado de explicar al cliente la gratuidad del trámite si se hace directamente por conducto de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

Creemos que la representación de las víctimas por esta unidad especializada puede generar inconvenientes, especialmente en aquellos casos en los que haya duda respecto del cumplimiento de los requisitos para acudir al trámite, pues la unidad estaría siendo juez y parte, al estar llamada a resolver el único recurso que procede frente a sus actos, el de reposición. La experiencia nos indica que la mayoría de estos recursos nacen con muy mala vocación de prosperidad, y ello resulta supremamente importante si se tiene en cuenta que la inscripción previa del predio ante la unidad especial es obligatoria para acudir al trámite judicial de restitución.

Según el informe de la Comisión de Seguimiento al Congreso de la República 2013-2014, de las 54 830 solicitudes de restitución presentadas a diciembre de 2013, solo 8359 (15,2 %) habían finalizado etapa administrativa; de estas, se negó la inscripción de 1325 solicitudes (el 15,9 % de las anteriores).

Esto nos puede dar una idea y marcar la tendencia del porcentaje de solicitudes que al final serán negadas por la misma unidad, suma no despreciable si tenemos en cuenta que en determinadas zonas, especialmente en el norte del país, los despojados son campesinos con pocos recursos económicos a quienes les resulta difícil el acceso a un abogado que represente sus intereses. Adicionalmente, el grueso de las peticiones sufre una demora injustificada en ocasiones en las cuales no habría representantes de los dolientes para hacer valer sus derechos frente a la Unidad de Restitución.

Esta no es una situación nimia, pues recordemos que la ley solo se aplica a las víctimas del conflicto armado interno y se excluye todo caso de violencia común. Desde la desmovilización de los grupos paramilitares en el año 2002, el gobierno ha sostenido que los reductos que quedaron o los grupos que emergieron de sus viejas estructuras son bandas criminales al servicio del narcotráfico, lo que excluye en principio toda posibilidad de restitución de bienes despojados

26 Inicialmente, el artículo 207 de la Ley 1448 contemplaba la pérdida de los derechos consagrados en la ley cuando el solicitante acudiese a vías de hecho para la recuperación de sus predios, pero esta norma fue declarada inexecutable mediante Sentencia C-715 de 2012, dado que resultaba una medida excesivamente gravosa y desproporcionada para las víctimas.

o abandonados por la acción de estas organizaciones. Sin embargo, muchas voces nacionales e internacionales sostienen lo contrario, por ejemplo, Human Rights Watch, en su informe de 2010 titulado “Herederos de los paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia”, hace un análisis extenso del asunto y afirma que:

Si bien existen diferencias entre las AUC y los grupos sucesores, estos son en muchos sentidos una continuación de algunos de los “bloques” o grupos paramilitares. Según informó la policía, casi todos los líderes de los grupos sucesores son jefes de las AUC de rango medio que nunca se desmovilizaron o que continuaron participando en actividades delictivas pese a que aparentaron haberse sumado a la desmovilización. Los grupos se encuentran activos en muchas de las mismas regiones en las cuales tenían presencia las AUC, y operan en forma similar a estas: controlan territorios mediante amenazas y extorsión, participan en narcotráfico y otras actividades delictivas y cometen abusos generalizados contra civiles.

El surgimiento de los grupos sucesores era predecible, en gran parte debido a que el gobierno colombiano no desmanteló las estructuras criminales de las AUC, ni sus redes de apoyo económico y político durante las desmovilizaciones. (p. 11)

Además, como explicamos anteriormente, la Corte Constitucional no fue clara al determinar qué se entiende por conflicto armado interno, dejando un amplio margen de discrecionalidad para la valoración de las conductas cometidas por estos grupos, lo que a la postre va a redundar en un perjuicio para las víctimas, quienes tendrán que demostrar que ostentan la calidad de tales, pues la práctica nos ha enseñado que el principio de buena fe y la inversión de la carga de la prueba en su favor han sido prácticamente inaplicados por la otrora Acción Social, hoy Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, y la adscrita Unidad de Atención a Víctimas, situación que consideramos no va a cambiar en el trámite previo de restitución por parte de la unidad especial creada para tal fin.

Adicionalmente, dejar la carga de la representación de las víctimas a una entidad que deberá afrontar miles de procesos de inscripción previa y miles de procesos judiciales ya es de por sí un riesgo; tenemos el ejemplo de los defensores públicos en el caso de los procesos de Justicia y Paz, quienes soportan la responsabilidad de cientos y a veces miles de casos, lo que no ayuda en nada a la comunicación, la asesoría ni al apoyo a las víctimas en condiciones de dignidad, ni mucho menos a la calidad en la representación jurídica, más aún cuando, pese a las enormes garantías para ellas, sin duda alguna habrá procesos difíciles desde el punto de vista jurídico, procesal y probatorio.

La experiencia nos enseña que las instituciones del Estado han sido ineficientes en el manejo de la problemática de las víctimas del conflicto. No en vano, la Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional llegó a la conclusión de que la población desplazada se encuentra en condiciones de vulnerabilidad extrema y manifiesta debido a la falta de una política de Estado coordinada y de recursos suficientes para financiar esta política, lo que hace que se violen sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños. La ineficiencia de la Dirección Antinarcóticos en la administración de los bienes incautados al narcotráfico y la del Fondo de Reparación de Víctimas son también ejemplos palpables del asunto.

Muy posiblemente, nos veamos avocados a la misma situación que se presenta con la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que, según la Defensoría del Pueblo, en el año 2013 fue la entidad más tutelada en el país, con 86 578 solicitudes de amparo, esto es, el 19,03 % del total nacional²⁷.

Este tema cobra especial relevancia cuando analizamos el parágrafo primero del artículo 44 de la ley, que dispone:

Parágrafo 1º. Cuando las víctimas voluntariamente decidan interponer recursos de tutela o acudir a la justicia contencioso administrativa, para obtener una reparación o indemnización por el daño sufrido, los apoderados o abogados que las representen en el proceso no podrán, en ningún caso, recibir, pactar o acordar honorarios que superen los dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el caso de las acciones de tutela, o de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en el caso de las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa, incluyendo la suma que sea acordada como cuota de éxito, cuota litis, o porcentaje del monto decretado a favor de la víctima por la autoridad judicial. Lo anterior tendrá aplicación independientemente de que se trate de uno o varios apoderados e independientemente de que un proceso reúna a varias víctimas.

Mediante Sentencia C-609 de 2012, la Corte Constitucional declaró exequible esta norma. Para ello, tuvo en cuenta que las víctimas son en su mayoría las personas más vulnerables de la población, e hizo una ponderación del carácter transicional de la ley, su vigencia temporal de diez años, y los derechos y deberes de los abogados en un Estado social de derecho.

27 Información tomada de *El Espectador* (26 de agosto de 2014).

Algunos magistrados de la Corte advirtieron en sus salvamentos de voto una situación que ya se está presentando: en aras de proteger en exceso a las víctimas, se está propiciando su desprotección en la representación judicial cualificada. Muchos abogados que litigan en contencioso-administrativo prefieren abstenerse de iniciar este tipo de procesos, en los cuales la mayoría de las veces los gastos son asumidos por ellos dada la incapacidad económica de las víctimas, y los honorarios solo se fijan a cuota litis, la cual se hace efectiva solo cuando hay un resultado favorable en la gestión. Esta norma, pensada para las demandas en contra del Estado por graves violaciones a los derechos humanos, también tiene aplicación en los trámites de restitución de tierras en aquellos eventos en que haya una decisión de la Unidad Administrativa de Restitución contraria a los intereses de los peticionarios. Pensemos en un abandono forzado propiciado por las Bacrim en el que no se acepte la inscripción previa. Las decisiones de la unidad de restitución son actos administrativos que, como tales, estarían sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa o podrían atacarse por vía de tutela, considerando que la restitución y, en general, la reparación son derechos fundamentales. Sin embargo, dada la limitación a los honorarios profesionales, va a ser difícil conseguir los servicios de un abogado calificado que represente a la víctima. Quedaría la opción de acudir a la Defensoría del Pueblo, aunque habrá que esperar que esta entidad se estructure conforme a los objetivos, necesidades y responsabilidades que le endilga la ley.

CONCLUSIONES

La normatividad sobre restitución de tierras y vivienda de la Ley 1448 de 2011 se constituye en un avance paradigmático para lograr la *restitutio in integrum* de miles de víctimas del conflicto armado en Colombia.

Sin embargo, afronta grandes desafíos, como la conformación de ejércitos anti-rrestitución —herederos de los grupos paramilitares desmovilizados desde la expedición de la Ley de Justicia y Paz—, la influencia guerrillera en determinadas zonas del país, las exigentes adecuaciones fiscales e institucionales y, finalmente, el reto mejorar algunos aspectos regulatorios en la materia.

La Corte Constitucional ya definió, bien o mal, algunos puntos problemáticos, al considerar que es razonable que se aplique solo a víctimas del conflicto armado interno por hechos posteriores al primero de enero de 1991, dejando por fuera a las víctimas del proceso de violencia que se vivió en la década de los años ochenta.

Encontramos un gran inconveniente en que la ley no permite a la víctima optar a voluntad por la compensación económica, dado que la limita en cuanto a su

posibilidad de acceder a la restitución material o por equivalencia, lo que viola en principio sus derechos; igualmente, en que no hay claridad sobre la situación de quienes perdieron o pierdan sus bienes inmuebles a raíz de las acciones de las hoy denominadas Bacrim, pues, aunque la Corte Constitucional no las excluyó *a priori* del concepto de conflicto armado, tampoco fue clara en delimitar qué se entiende por conflicto; en tercer lugar, en que la estructura del Estado no sea suficiente y adecuada para representar a miles de víctimas que inicien sus procesos de restitución o que no le interese representarlos cuando sus perspectivas no coincidan con las de la Unidad Administrativa Especial para la Gestión y Restitución de Tierras Despojadas, todo esto unido a que la ley desincentiva el litigio en esta área, al limitar excesivamente los honorarios de los abogados, y a que existen situaciones que pueden ser especialmente problemáticas a raíz de la regulación un tanto confusa de la legitimación por activa de que tratan los artículos 75 y 81 de la ley. Finalmente, preocupa la situación de los terceros ocupantes de buena fe simple, quienes se verán desprotegidos y no recibirán las compensaciones a las que deberían tener derecho. Esta última situación se torna más preocupante ya que la regulación se quedó corta al concebir la restitución solo desde el punto de vista de las desposesiones que los grupos paramilitares hicieron a la población campesina, sin tener en cuenta que la dinámica del despojo y abandono ha sido históricamente diferente en las zonas de influencia guerrillera, donde acceder a la restitución física y jurídica podría crear más conflictos sociales que soluciones a la problemática del país.

REFERENCIAS

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) (2007). *Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas*. Bogotá, Acnur.
- Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011 (2014). *Primer Informe al Congreso de la República 2013-2014*. Recuperado de <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/informe%20al%20Congreso%20de%20la%20Republica%20CSML%202014.pdf>
- Consejo de Estado, Sección Tercera (22 de marzo de 2012). Sentencia 23001233100019970844501/22206 [MP Danilo Rojas Betancourth].
- Consejo de Estado, Sección Tercera (17 de septiembre de 2013). Auto admisorio del proceso radicado 25000-23-26-000-2012-00537-01/45092 [MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

- Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera (25 de septiembre de 2013). Sentencia 05001-23-31-000-2001-00799-01/36460 [MP Enrique Gil Botero].
- Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (2010). *III Encuesta Nacional de Verificación de los Derechos de la Población Desplazada*. Recuperado de <http://www.codhes.org/>
- Contraloría General de la Nación, Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo (2012). *Primer Informe de Seguimiento y Monitoreo de los órganos de Control a la Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras, 2012*. Recuperado de http://viva.org.co/attachments/article/195/INFORME_MONITOREO_Y_SEGUIMIENTO_LEY_1448_2011.pdf
- Corte Constitucional (12 de julio de 2000). Sentencia C-878 [MP Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Constitucional (31 de octubre de 2001). Sentencia C-1149 [MP Jaime Araújo Rentería].
- Corte Constitucional (3 de abril de 2002). Sentencia C-228 [MP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynnet].
- Corte Constitucional (28 de agosto de 2003). Sentencia C-740 [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional (20 de enero de 2004). Sentencia C-014 [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional (22 de enero de 2004). Sentencia T-025 [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional (18 de mayo de 2006). Sentencia C-370 [MP Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas].
- Corte Constitucional (24 de marzo de 2011). Sentencia C-203 [MP Juan Carlos Henao Pérez].
- Corte Constitucional (28 de marzo de 2012). Sentencia C-250 [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

- Corte Constitucional (29 de marzo de 2012). Sentencia C-253a [MP Gabriel Eduardo Mendoza Mar].
- Corte Constitucional (1 de agosto de 2012). Sentencia C-609 [MP Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional (13 de septiembre de 2012). Sentencia C-715 [MP Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional (10 de octubre de 2012). Sentencia C-781 [MP María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional (10 de julio de 2013). Sentencia C-438 [MP Alberto Rojas Ríos].
- Human Rigth Watch (2010). *Herederos de los paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia*. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/report/2010/02/03/herederos-de-los-paramilitares/la-nueva-cara-de-la-violencia-en-colombia>
- Organización de las Naciones Unidas (2007). Manual sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de Refugiados y Personas Desplazadas. Aplicación de los “Principios Pinheiro”. Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/pinheiro_principles_sp.pdf
- Redacción Economía (26 de agosto de 2014). Cada minuto se interpone una acción de tutela en Colombia. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/cada-minuto-se-interpone-una-accion-de-tutela-colombia-articulo-512870>
- Redacción Justicia (24 de marzo de 2011). Van más de 50 líderes de restitución de tierras asesinados en 3 años. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9064506>
- Redacción Medellín (3 de febrero de 2014). Hay poca tierra devuelta y muchos muertos: líderes de restitución. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13449643>
- Semana* (4 de septiembre de 2012). Reina Impunidad en asesinatos de líderes de tierras. *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/reina-impunidad-asesinatos-lideres-tierras/256131-3>

Semana (3 de marzo de 2013). Restitución de tierras: se abrió la caja de Pandora. *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/especiales/restitucion-tierras/>

Tamayo, J. (1986). *De la responsabilidad civil. Tomo II: De los perjuicios y su indemnización*. Bogotá: Temis.