

**JUSTICIA TRANSICIONAL CIVIL EN COLOMBIA, DIFICULTADES
PROBATORIAS DE LA BUENA FE EXENTA DE CULPA EN LA LEY 1448
DE 2011**

CLAUDIA MARCELA PAREJA ARANGO

**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
MAESTRÍA EN DERECHO
COHORTE VI
PROMOCIÓN SÓCRATES
MEDELLÍN
2016**

**JUSTICIA TRANSICIONAL CIVIL EN COLOMBIA, DIFICULTADES
PROBATORIAS DE LA BUENA FE EXENTA DE CULPA EN LA LEY 1448
DE 2011**

CLAUDIA MARCELA PAREJA ARANGO

**Trabajo de grado para optar al título
de Maestra en Derecho**

Asesor temático:

Doctor Juan Pablo Suárez Orozco, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.
Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana,
Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Doctor en Derecho de la
Universidad Alfonso X El Sabio.

Asesor metodológico:

Doctor Carlos Mario Molina Betancur, Jefe de la Maestría y Doctorado en Derecho
de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Constitucional y
Administrativo y Magíster en Derecho Público Interno de la Universidad Panthéon
Assas- París II, Doctor en Derecho Público Interno de la Universidad Panthéon
Assas- París II, Posdoctor en Sociología Jurídica de la Escuela Práctica de Altos
Estudios de París.

**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
MAESTRÍA EN DERECHO
COHORTE VI
PROMOCIÓN SÓCRATES
MEDELLÍN
2016**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, octubre de 2016

A mi padre, quien con su ejemplo, humildad, amor y disciplina, ha sido mi mejor maestro en todos los momentos de mi vida.

Agradecimientos:

Al doctor Juan Pablo Suárez Orozco, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, por concederme el privilegio de acompañarlo en la encomiable labor de administrar justicia, y permitirme la reflexión académica en torno al tema de investigación.

Al doctor Carlos Mario Molina Betancur, Jefe de la Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad de Medellín, por su atenta dirección y constante colaboración en el desarrollo de la presente tesis de grado.

A mi esposo, Marcos Leonardo Cardona López, por su permanente y amorosa compañía en todos los proyectos que he decidido emprender.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	9
CAPITULO 1	
EL POSTULADO DE LA BUENA FE EXENTA DE CULPA EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA CIVIL ORDINARIA Y DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL CIVIL EN COLOMBIA	16
SECCIÓN PRIMERA.	
APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BUENA FE EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO	17
1. La buena fe como forma de la conducta humana	18
2. La buena fe como principio general del derecho	21
SECCIÓN SEGUNDA.	
JUSTICIA TRANSICIONAL. EL CASO COLOMBIANO	25
1. Aproximación al concepto de justicia transicional	25
1.1 Definición del concepto de justicia transicional	25
1.2 Reseña histórica del concepto de justicia transicional.	27
1.3. Mecanismos asociados a los procesos de justicia transicional	29
2. La justicia de transición en Colombia	33
SECCION TERCERA.	
ALCANCES DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EXENTA DE CULPA EN LA LEY 1448 DE 2011	39
1. Caracterización de la justicia transicional civil en Colombia	39
1.1 Justificación.....	39
1.2 Características	43
1.2.1 Aspectos procesales	43

1.2.2 Aspectos sustanciales.....	48
1.3 Antecedentes de la Ley 1448 de 2011	50
1.4 Trámite del proceso de restitución y formalización de tierras despojadas y abandonadas forzosamente (Ley 1448 de 2011)	59
1.4.1 Fase administrativa	59
1.4.2 Fase judicial	62
2. Conceptualización del principio de buena fe exenta de culpa en el marco del proceso de restitución de tierras	65

CAPITULO II

JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS EN COLOMBIA VS. LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE TERCEROS OPOSITORES EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN

DE TIERRAS	72
-------------------------	-----------

SECCION PRIMERA.

FACTORES PERSONALES QUE DIFICULTAN LA ACREDITACIÓN DE LA BUENA FE EXENTA DE CULPA EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS.....	79
--	----

1. Caracterización del fenómeno del abandono forzado y el despojo en Colombia y su relación con el conflicto armado interno.....	84
2. En el proceso de restitución y formalización de tierras no siempre existe identidad entre el opositor y la persona que propició el despojo o abandono forzado o se aprovechó de tal situación.	89
3. La cuestión de los segundos ocupantes en el proceso de restitución y formalización de tierras.....	933

SECCION SEGUNDA.

FACTORES NORMATIVOS QUE DIFICULTAN LA ACREDITACIÓN DE LA BUENA FE EXENTA DE CULPA EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS.....	102
--	-----

SECCION TERCERA.	
ANÁLISIS DE CASOS.....	11111
CAPITULO III.	
LA NECESARIA REFORMULACIÓN JUDICIAL DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EXENTA DE CULPA EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS.....	1155
SECCION PRIMERA.	
¿POR QUÉ ES NECESARIO QUE A NIVEL JUDICIAL SE ADOPTE UN NUEVO ENFOQUE DE LA BUENA FE EXENTA DE CULPA EXIGIDA AL OPOSITOR EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS?.....	115
1. Razones jurídicas	1155
1.1 El enfoque de la acción sin daño.....	11515
1.2 Estándares normativos en materia de justicia transicional.....	12020
2. Razones políticas: Las finalidades de la justicia transicional	1255
SECCION SEGUNDA.	
CRITERIOS PARA LA REFORMULACIÓN JUDICIAL Y LEGAL DE LA BUENA FE EXENTA DE CULPA EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS	1277
1. Propuesta	1277
1.1 La buena fe como principio rector del procedimiento	1288
1.2 Aplicación del postulado de buena fe exenta de culpa según el derecho civil y criterios adicionales de valoración.....	130
1.3. Aplicación de la función creadora del principio de buena fe exenta de culpa.....	13636
CAPITULO IV.	
CONCLUSIONES	1388
BIBLIOGRAFIA.....	144

INTRODUCCION

La expedición de la Ley 1448 de 2011, que busca restituir las tierras que han sido abandonadas o despojadas forzosamente en el marco del conflicto armado interno que desde hace décadas afronta el país, marcó el inicio de un proceso judicial sin precedentes en el ordenamiento jurídico interno, al enmarcar el mencionado procedimiento dentro del concepto de "justicia transicional", por cuya virtud principalmente se busca llevar a cabo *"transformaciones radicales de un orden social y político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz"*, planteándose de esta forma una evidente tensión entre los valores de la justicia y la paz.

De esta forma, a partir del año 2005, se han entronizado en el ordenamiento jurídico interno una serie de mecanismos de justicia transicional, orientados de un lado, a judicializar a los responsables de hechos punibles cometidos en el marco de las graves alteraciones del orden público que se presentan en buena parte del territorio nacional y a permitir su reinserción en la vida civil (Ley 975 de 2005 – Ley de Justicia y Paz-, Ley 1424 de 2010, y Acto Legislativo 01 de 2012 –Marco Jurídico para la Paz-) y por el otro, a brindar atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, como en el caso de la Ley 1448 de 2011.

Ahora bien, a pesar de que la aplicación particularizada de la justicia que exige el contexto de la transición de una situación de conflicto a un estado de paz, mayoritariamente se ha presentado en escenarios en los cuales ya ha cesado la acción bélica de los actores involucrados en el mismo, no es menos cierto que la dramática situación de las víctimas

¹ Uprimny Yepes, Rodrigo, *et al.* ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y transición. Bogotá: Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad, 2006. p. 13. Disponible en: <http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Foros%20Justicia%20Transicional/LIBRO%20J.TRANS.pdf>.

en Colombia², ha exigido la adopción de un conjunto de medidas de reparación inmediatas, dentro de las cuales, desde luego, se incluyen aquellas tendientes a la protección del patrimonio de la población desplazada, pues para nadie es un secreto que el desplazamiento y el conflicto armado se encuentran en estrecha relación con el problema de tierras en Colombia, en la medida en que *“despoblar territorio es una estrategia de los grupos armados ilegales para fortalecer su control territorial y para la apropiación de predios agrícolas”*³, a lo cual se suma que *“no sólo motivaciones bélicas sino meramente económicas han provocado la acentuación de este fenómeno, particularmente en zonas ricas para el cultivo, la producción, y distribución de variados bienes y servicios, actividades que demandan la utilización de vastas extensiones de tierra y recursos naturales a disposición de individuos y comunidades que resultan forzadas a la migración, confinamiento o resistencia”*⁴.

Pues bien, la jurisdicción civil especializada en restitución de tierras creada por ministerio de la Ley 1448 de 2011, en los términos antes anotados, fue puesta en funcionamiento por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el año 2012, con la creación de un juzgado civil del circuito itinerante⁵, 22 juzgados civiles del circuito⁶ y 15 Despachos de Magistrado de Sala Civil⁷, todos especializados en restitución de tierras, los cuales, de acuerdo con un reciente informe⁸, han proferido 1553 sentencias contentivas de 3211 solicitudes, que han restituido 180.115,7 hectáreas.

² Según el más reciente informe de la Agencia de la ONU para los Refugiados –ACNUR–, Colombia ocupa el segundo lugar en el mundo en la cantidad de desplazados internos con 5.368.100, siendo únicamente superada por Siria, con 6.520.800 desplazados. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9562>. [Consultada el 25, junio, 2014].

³ Colombia. Rama Judicial Del Poder Público. Corte Constitucional. Sentencia T 699 A de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁴ *Ibíd.*

⁵ Creado mediante Acuerdo 9266 de 2011, emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

⁶ Creados mediante Acuerdo 9265 de 2012, emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

⁷ Creados mediante Acuerdo 9268 de 2012, emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

⁸ Colombia. Unidad De Restitución De Tierras. Ley 1448 de 2011. Estadísticas de restitución de tierras. Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzadamente. Bogotá, 2016. Disponible

De este modo, se impone apuntalar que, para el adecuado cumplimiento de dicha labor, la Ley 1448 de 2011 dotó a los mencionados funcionarios de una serie de poderes y facultades inéditas en el ordenamiento jurídico interno, los cuales plantean una serie de retos, no solo en el ámbito de la garantía y satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas del conflicto armado interno, sino también en términos del respeto por el postulado del debido proceso y el derecho de contradicción y defensa, con que cuentan los opositores en este proceso, cuestión esta última que constituye el núcleo central de la presente investigación.

Al respecto, debe indicarse que el carácter especializado del proceso de restitución y formalización de tierras, no solo obedece al contexto de justicia transicional que le imprime tal carácter, sino que también viene dado por la aplicación de normas principales como el principio "pro víctima", el cual propende por evitar la revictimización de los reclamantes. De ahí que al momento de proferir sentencia, el Juez o Magistrado cuente con la posibilidad de dar aplicación a las presunciones establecidas en el artículo 77 de la Ley 1448 de 2011; que las pruebas provenientes de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras despojadas en el Registro de Tierras Despojadas y abandonadas forzosamente se presuman fidedignas⁹, o que se repute suficiente la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la 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 predio¹⁰.

En tal virtud, la referida inversión de la carga probatoria en este proceso, indudablemente impone el deber en cabeza del opositor de allegar las pruebas tendientes a desvirtuar la

en: <https://www.restituciondetierras.gov.co/web/guest/estadisticas-de-restitucion-de-tierras> [Consultada enero, 28, 2016].

⁹ Colombia. Congreso De La República. Ley 1448 de 2011 (10, junio, 2011). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2011. No. 48096. Artículo 89.

¹⁰ *Ibíd.*, Artículo 78

calidad de víctima del solicitante, a demostrar el justo título de su derecho o a acreditar que también es despojado del mismo predio, con lo cual la pretensión de restitución estaría llamada al fracaso. De otro lado, si lo pretendido por el opositor es obtener la compensación a que se refiere el artículo 91 de la Ley 1448 de 2011, u obtener un contrato para el uso del predio restituído, en caso de estarse desarrollando un proyecto agroindustrial sobre el inmueble reclamado (artículo 99 de la Ley mencionada), corresponde a la parte resistente acreditar que obró al amparo del principio de buena fe exenta de culpa en la adquisición del bien, exigencia que se erige en uno de los tópicos más discutidos al interior de los procesos judiciales de restitución de tierras, por los alcances que doctrinal y jurisprudencialmente se ha dado a la misma dado que:

(...) para el caso específico de los procesos de restitución de tierras, demostrar la buena fe exenta de culpa en escenarios de violencia puede tornarse muy complejo, pues se tendría que demostrar 1) que la situación de la violencia en la región sólo la conocieron las víctimas que la sufrieron y que no afectó el mercado de tierras y, 2) que se realizaron actos positivos de averiguación para conseguir la certeza de la no afectación del bien por asuntos de violencia¹¹.

En otras palabras, la prosperidad de la oposición basada en la buena fe exenta de culpa, presentada por la parte resistente a las pretensiones de las víctimas dentro del proceso de restitución de tierras, se encuentra determinada en gran medida por el conocimiento del contexto de violencia ocurrido en la zona de ubicación del bien reclamado, sin que al opositor le sea dable alegar que su actuación se encaminó a verificar que el tradente era verdadero propietario del predio.

A este respecto, vale la pena traer a cuento lo expresado por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del H. Tribunal Superior de Antioquia, en relación con la conducta exigida al opositor para tener por acreditada la buena fe exenta de culpa en el proceso de restitución. Sobre el particular, dicha colegiatura sentenció:

¹¹ García Arboleda, Juan Felipe. Pruebas judiciales en el proceso de restitución de tierras. Bogotá: Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2013. p. 66

(...) la situación extraordinaria violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, vivida en el país, requiere un tratamiento excepcional, por eso se exige a quien alega ser adquirente buena fe exenta de culpa, respecto de un bien reclamado dentro del proceso de restitución y formalización de tierras, una indagación más rigurosa que la que realizaría un adquirente en situaciones reguladas por normas de la justicia ordinaria. De allí que se imponga al opositor de los reclamantes, el deber de probar su diligencia, prudencia, conciencia recta, acompañadas de averiguaciones exhaustivas sobre los predios, contextualizadas social e históricamente dentro del conflicto armado interno, para poder inferir que no se aprovechó de la situación de violencia, para privar, arbitrariamente, a una persona de la propiedad, posesión u ocupación de sus tierras o que adquirió de quien no sacó provecho de las circunstancias descritas¹².

Desde luego que el análisis que reviste la aplicación de tal principio en el contexto transicional, debe efectuarse siempre en atención a las especificidades de cada caso concreto. Sin embargo, el estudio de las sentencias proferidas por los Jueces especializados, permite elaborar algunas generalizaciones de situaciones en las cuales la prueba de la buena fe cualificada exigida al opositor para el triunfo de su defensa, puede representar una labor casi imposible de cumplir, con lo cual el derecho de contradicción y defensa, puede verse menguado en favor del derecho fundamental a la restitución establecida en favor de las víctimas.

Y es que no obstante, la imperiosa necesidad de reparar a las víctimas del conflicto armado interno no admite ningún cuestionamiento desde el punto de vista ético, jurídico y político; ciertamente la implementación de una política de restitución de gran calado, como la que ahora se analiza, amerita una aplicación más reflexiva de los postulados propios del debido proceso, pues a pesar de que reglas como la inversión de la carga probatoria o la exigencia al opositor de acreditar una buena fe carente de toda culpa, cumplen la loable función de posibilitar el desarrollo del proceso en condiciones de igualdad, habida consideración del estado de vulnerabilidad que caracteriza a los solicitantes dentro de esta relación jurídica procesal, dicha circunstancia por sí sola, no puede implicar el desconocimiento de otras garantías de orden constitucional, como el derecho de

¹² Colombia. Tribunal Superior De Antioquia. Sala Civil Especializada En Restitución De Tierras. Sentencia del 15 de marzo de 2013. Radicado: 23001 31 21 001 2012 0003 00. M.P. Juan Pablo Suárez Orozco.

contradicción de quien se opone a la pretensión restitutoria, toda vez que eventualmente podrían presentarse casos en los cuales los terceros adquirentes obraron en realidad con la diligencia debida durante la adquisición del bien, pero el elevado estándar probatorio exigido por la norma, tornaría nugatoria su defensa, lo cual conllevaría inevitablemente a aceptar que quien contrata de mala fe y quien se amolda a las circunstancias de la buena fe, pero no lo probó en el proceso, quedan en la misma situación.

Teniendo en cuenta los planteamientos que anteceden, es posible sostener que la respuesta al cuestionamiento acerca de si es posible acreditar la buena fe exenta de culpa en el proceso de restitución de tierras, en principio sería negativa, con las consecuencias que ello implica, no solo desde el punto de vista jurídico como se analizará, sino aún más, desde el punto de vista de los procesos de paz y reconciliación que se pretenden favorecer con esta política, y que indudablemente pueden verse afectados de no adoptarse una reformulación judicial del principio, acorde con la posibilidad de desarrollar juicios contradictorios, no obstante ser un instrumento de justicia transicional.

Con la finalidad de demostrar dicha hipótesis, el objetivo general de la presente investigación se concreta en determinar si la formulación actual del postulado de la buena fe exenta de culpa, contenida en la Ley 1448 de 2011, realmente permite a los opositores dentro del proceso de restitución y formalización de tierras, acreditar que obraron al amparo de tal principio durante la adquisición del bien reclamado, a efectos de obtener la compensación o autorización para la celebración de contratos de uso sobre el predio restituido, en los términos de la mencionada normatividad.

Para tal efecto, se han planteado tres objetivos específicos, a través de los cuales se pretende, en primer lugar, caracterizar la noción de buena fe exenta de culpa en el contexto de la Ley 1448 de 2011, desde la perspectiva de la justicia transicional civil, a partir del estudio de las diferencias que presenta el tratamiento de dicho concepto en el escenario de los procesos civiles seguidos ante la jurisdicción ordinaria y la justicia especializada de restitución de tierras. Una vez delimitadas dichas divergencias, se

propone, en segundo lugar, identificar y analizar las dificultades conceptuales y prácticas que presenta el concepto de buena fe exenta de culpa en el marco del proceso de restitución y formalización de tierras despojadas y abandonadas forzosamente, para finalmente, en tercer lugar, consolidar una reformulación judicial de la política de restitución de tierras como medio efectivo de reparación de los derechos patrimoniales de las víctimas y garantía de los derechos de terceros de buena fe exenta de culpa.

Cada uno de estos tres objetivos específicos, corresponde a los capítulos en que se encuentra dividida la investigación, para cuyo desarrollo se ha empleado la metodología bajo el paradigma cualitativo, con un enfoque analítico hermenéutico que utilizó insumos documentales decantados de la normativa, jurisprudencia e investigaciones en torno al tema.

CAPITULO 1

EL POSTULADO DE LA BUENA FE EXENTA DE CULPA EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA CIVIL ORDINARIA Y DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL CIVIL EN COLOMBIA

Las graves violaciones a los Derechos Humanos que se han presentado en el país desde hace varias décadas, han acelerado el crecimiento de un segmento poblacional agrupado bajo el rótulo de víctimas del conflicto armado interno, cuyos derechos a la verdad, justicia y reparación, actualmente están siendo conciliados con la negociación de políticas orientadas a lograr el establecimiento de la paz y la reconciliación nacional.

En este contexto, emerge diáfano el dilema que pretende resolver la justicia transicional: ¿Cómo permitir la transición de un estado de guerra a uno de paz sin que ello implique el desconocimiento de los derechos de las víctimas de la confrontación que se intenta superar?

Pues bien, con el fin de dar respuesta a dicho interrogante para el caso colombiano, ya se han venido ensayando diversos instrumentos jurídicos en diferentes áreas del derecho, tal es el caso de la Ley 975 de 2005 (conocida como ley de justicia y paz) y de la Ley 1448 de 2011 (ley de restitución y formalización de tierras abandonadas y despojadas forzosamente), de cuyo desarrollo conceptual, a la luz de la idea de justicia de transición, se ocupará este capítulo, para plantear posteriormente la problemática relacionada con la prueba de la buena fe exenta de culpa en cabeza del opositor, dentro del proceso de restitución de tierras, cuyo estudio constituye el núcleo central de la presente investigación.

Para tal efecto, en este capítulo, se propone realizar un análisis comparativo del concepto de buena fe exenta de culpa en el proceso civil ordinario colombiano, en contraposición al proceso de restitución de tierras, efectuando, en primer lugar,

una aproximación conceptual al principio de buena fe en el Derecho Civil Colombiano.

A continuación, se hará referencia a los procesos de justicia transicional vigentes en el ordenamiento jurídico interno, especialmente en materia civil. Una vez caracterizado el procedimiento judicial previsto en la Ley 1448 de 2011, como un instrumento de justicia transicional civil, se hará mención a los antecedentes de dicha norma, así como al trámite del proceso de restitución y formalización de tierras despojadas y abandonadas forzosamente, a fin de conceptualizar el principio de buena fe exenta de culpa en el marco del proceso de restitución de tierras, y por esta vía establecer las particularidades que reviste la aplicación de dicho instituto a la luz de reglas jurídicas transicionales.

SECCIÓN PRIMERA. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BUENA FE EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO

El marco general de la presente investigación se circunscribe a determinar si al interior del proceso de restitución y formalización de tierras despojadas y abandonadas forzosamente, de que trata la Ley 1448 de 2011, el opositor cuenta con posibilidades reales de acreditar la buena fe exenta de culpa en la adquisición de su derecho, y que dicha normatividad exige para el buen éxito de su resistencia a la pretensión restitutoria de la víctima.

Empero, la respuesta a dicho cuestionamiento implica una revisión previa acerca de los alcances de la buena fe exenta de culpa en el derecho civil colombiano, pues tal claridad se hace necesaria, en orden a comprender las variaciones que adopta dicho concepto jurídico en el contexto de la transición del conflicto armado a la paz, que actualmente vive el país, y particularmente en relación con la

conducta esperada de los contratantes durante las negociaciones celebradas sobre bienes inmuebles, que han tenido lugar en regiones afectadas por el fenómeno de la violencia.

Pues bien, de entrada debe advertirse que la buena fe, como objeto de estudio jurídico, ha sido abordada por la doctrina desde variados enfoques, que van desde aquellos que asimilan la buena fe con un estándar jurídico, hasta aquellos que propugnan por su carácter de principio general del derecho, por lo que no es posible encontrar un criterio uniforme acerca de lo que debe entenderse por tal concepto.

Sin embargo, algunas definiciones que se han ensayado por los tratadistas, apuntan a que el postulado de la buena fe tiene una doble faceta, pues es en sí mismo un principio general del derecho y, a la vez, una forma de la conducta humana. En tal sentido, en la autorizada opinión del profesor Jorge Parra Benítez la buena fe:

Es una forma como se presenta la conducta humana en sus relaciones intersubjetivas. Mejor aún, es una conducta en sí misma. En tal sentido, se trata de un objeto propio de la moral, pero con incidencia social. Por esto interesa al derecho, como ordenamiento regulador de conductas (...) Lo esencial de la buena fe es un obrar (...) que envuelve seriedad y compromiso, confianza y lealtad (...) Qué es la buena fe, es una pregunta que podría tener respuestas diversas, según la variedad de enfoques anotados, que apuntan a establecer un objeto y un concepto. Pero subrayada la unidad que al tema reviste, es posible insistir en que la buena fe es un principio e igualmente una forma de la conducta¹³.

1. La buena fe como forma de la conducta humana

¹³ Parra Benítez, Jorge. Estudio sobre la buena fe. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2011.p. 50-51.

La buena fe como forma de la conducta, tiene estrecha relación con la idea de “lealtad” que debe guiar las actuaciones humanas. Al respecto, autores como Valencia Zea, sostienen que durante la fase de celebración y ejecución de los contratos, y aún al momento de su terminación, el postulado de la buena fe tiene cabal aplicación, en tanto *“exige que los contratantes obren con lealtad, es decir, que se debe emplear con los demás una conducta ajustada a las exigencias del decoro social y de la honradez, o sea, tener la conciencia de que se obra rectamente”*¹⁴.

Pero la inteligencia del concepto de buena fe como forma de la conducta, no se agota en un aspecto de índole psicológico o subjetivo (buena fe subjetiva), asociado con la creencia de actuar con lealtad y confiar en que los demás obren de la misma manera, pues en todo caso, *“la existencia de una conciencia recta tiene la virtud de objetivarse”*¹⁵, imponiendo a los contratantes directivas o modelos conductuales orientados a obrar efectivamente con probidad, corrección y lealtad (buena fe objetiva), convirtiéndose de esta forma la buena fe en una regla o norma orientadora del comportamiento de los contratantes en el desarrollo de sus negocios jurídicos¹⁶.

Ahora bien, no obstante la naturaleza bifronte del postulado de la buena fe como forma de la conducta humana (buena fe subjetiva y buena fe objetiva), no tiene el alcance de lesionar la unidad de tal concepto; la jurisprudencia y la doctrina patrias han generado dos categorías disímiles de la buena fe, diferenciando los efectos de aquella que cataloga como buena fe simple, de la denominada buena fe cualificada o exenta de culpa.

En este sentido, se afirma que mientras la buena fe simple, coincide con la buena fe subjetiva, en la medida en que sencillamente corresponde a la conciencia de obrar con lealtad, y no demanda una forma especial de conducta; de otro lado, la buena fe exenta

¹⁴ Valencia Zea, Arturo. Derecho civil. Tomo III. De las Obligaciones. Bogotá: Temis, 1990. p. 137.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil). Sentencia del 02 de agosto de 2001. Radicado: 6146. M.P: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

de culpa o cualificada, no solo exige la conciencia de obrar con lealtad (buena fe simple o en su aspecto subjetivo), sino que se requiere acreditar un factor objetivo o social, consistente en desplegar una conducta diligente, mediante averiguaciones adicionales, tendientes a determinar si quien transfiere es el verdadero titular del derecho que se pretende adquirir, pues la misma tiene la virtud superior de ser creadora de derechos¹⁷.

Al respecto, el profesor Parra Benítez, partiendo del análisis de varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia, señala las diferencias existentes entre la buena fe simple y la buena fe exenta de culpa, indicando que mientras la buena fe simple:

- a) Es la exigida normalmente en los negocios.
- b) La define el artículo 768 del Código Civil, como “la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes u de todo otro vicio”.
- c) Sus efectos consisten en cierta protección que se otorga a quien de tal manera obra. Para la Corte, la ley le otorga ciertas garantías o beneficios (aunque no los concreta) y si es venido en un debate judicial, “el ordenamiento jurídico aminora los efectos de la pérdida del derecho”.
- d) Puede implicar cierta negligencia, cierta culpabilidad en el contratante o adquirente de un derecho.
- e) Se presume.

La buena fe cualificada:

- a) Es buena fe creadora de derechos o situaciones.
- b) Tiene efectos superiores a los de la buena fe simple.
- c) Tiene la virtud de crear de la nada una realidad jurídica.
- d) Exige dos elementos: un elemento subjetivo, tener la conciencia de que se obra con lealtad; y un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario, lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria.

¹⁷ Buitrago Flórez, Diego. La buena fe exenta de culpa. *Error communis facit* en derecho civil y títulos valores. Bogotá: Jurídica Radar Ediciones, 1993.

- e) Hay que probarla (según lo predica el fallo de 25 de septiembre de 1997, que alude a la materia civil y no a la comercial)¹⁸.

Sin embargo, en la autorizada opinión del mismo doctrinante, actualmente hace carrera la tesis según la cual, la división por grados y clases que plantea el Alto Tribunal, entre buena fe simple y buena fe exenta de culpa, carece de valor científico, como quiera que *“toda buena fe puede crear efectos en derecho”*¹⁹, pues de aceptarse que toda buena fe exige actuar con diligencia y que ésta se mide con el parámetro de la culpa, resultaría imposible *“pensar en un estado de buena fe culposo, o sea, fruto de imprudencia, negligencia o impericia o que provenga de haber obrado con la violación de un determinado reglamento que debió observarse para que un resultado concreto no se produjera”*²⁰.

2. La buena fe como principio general del derecho

Caracterizar la buena fe como un principio general del derecho, desde luego implica aceptar que él mismo desempeña las tres funciones principales. Esto es: crear, interpretar e integrar el ordenamiento jurídico²¹.

De esta manera, es posible afirmar que la buena fe como parámetro hermenéutico del derecho, tiene aplicación en varias esferas de un sistema normativo dado, empero, por su relación con el desarrollo del tema propuesto, se examinará lo relativo a la buena fe como criterio de interpretación de los contratos. En tal sentido, se precisa memorar que a la luz de lo dispuesto en el artículo 1618 del Código Civil Colombiano, al momento de desentrañar las cláusulas del contrato, el Juez debe darle prelación a la verdadera intención de las partes, más que al tenor

¹⁸ Parra. Op. cit., p. 128

¹⁹ Ibíd., p. 126

²⁰ Ibíd., p. 127

²¹ Valencia Restrepo, Hernán. Nomoárquica, Principialística Jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho. Medellín: Comlibros, 2007.

literal de sus palabras; y asimismo, deberá adoptar aquella interpretación “*que mejor cuadre con la naturaleza del contrato*”²².

Sin embargo, al dar aplicación a las reglas de interpretación contractual, contenidas en el Código Civil, el sentenciador no puede soslayar que, en todo caso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1603 de la referida obra, “*los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella*”, o como bien lo ha pregonado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

(...) todo contrato existente y válido, obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (*esentialia negotia*), ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia negotia*) o expresamente pactado (*accidentalia negotia*), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (*pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus*, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes²³.

Por lo tanto, la buena fe como parámetro de hermenéutica negocial, implica aceptar que el cumplimiento de lo pactado en ningún caso se restringe a aquello que las partes expresamente acordaron en el texto del contrato, sino que las mismas también quedan obligadas a cumplir todo aquello que emane de la naturaleza del acuerdo o que por ley pertenezca al contrato, sin necesidad de cláusula expresa.

A su turno, el carácter normativo del principio de la buena fe, en el sentido de que crea reglas para las partes e integra el contrato, conduce a que por ahí mismo este postulado sea considerado como un principio integrador, en la medida en que en virtud del mismo las partes no solo se encuentran obligadas a lo expresado en el tenor literal del contrato, sino también al cumplimiento de todas las reglas que emanan del principio, como: cumplir

²² Colombia. Código Civil, artículo 1621.

²³ Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil). Sentencia del 30 de agosto de 2011. Radicado: 11001310301219990195701. M.P: William Namén Vargas.

las prestaciones con lealtad, honestidad y moralidad; el deber de información; el respeto por los derechos ajenos y el no abuso de los propios; el respeto por la firmeza de los acuerdos y la vinculación a los mismos; los deberes de cooperación con la contraparte, de honestidad y respeto a un determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres; y la teoría de los actos propios en la confianza legítima²⁴.

Pero el desarrollo de las funciones principales asignadas a la buena fe en el ordenamiento jurídico, no se agota en su carácter de criterio interpretativo o integrador, pues quizá el aspecto de mayor calado se reserva a la función creadora que el mismo reviste.

Pues bien, de antaño, la jurisprudencia civil patria, se ha ocupado de poner de presente la estrecha relación existente entre la función creadora que cumple la buena fe exenta de culpa y la teoría de la apariencia, explicada y reglamentada técnicamente a través de la máxima "*error communis facit jus*"²⁵. Al respecto, delantamente debe indicarse que la función creadora de la buena fe se concreta en hacer surgir el derecho del hecho²⁶. Hecho que puede consistir en realizar actos jurídicos en virtud de apariencias engañosas, como ocurre en el caso del otorgamiento de actos ante testigos incapaces, la celebración de contratos con una sociedad irregularmente constituida, o con gerentes, administradores o representantes irregularmente nombrados o autorizados, o con titulares aparentes de un derecho. Todos estos constituyen casos de apariencia, que en palabras de la Corte Suprema de Justicia "*produce el error común, una especie de buena fe colectiva*", pues siguiendo a Mazeud, "*la situación de hecho contraria al derecho*

²⁴ Neme Villarreal, Martha Lucía. El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *En*: Revista de derecho privado. 2006, no. 11. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/575>.

²⁵ Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil). Sentencia del 20 de mayo de 1936. M.P: Eduardo Zuleta Ángel.

²⁶ Parra., Op. cit.

*nacida del error invencible, debe ser mantenida (...) No habría seguridad social si quien obra con toda la prudencia necesaria no se encontrara protegido*²⁷.

Sin embargo, no todo error de hecho o de derecho, da lugar a la convalidación del acto celebrado al amparo de una falsa apariencia, pues la misma sala de casación civil estableció en la providencia que se viene comentando, los siguientes requisitos del error:

- a) Que se trate de un error generalizado, es decir, de un error no universal, pero si colectivo;
- b) Que el error haya sido invencible, o sea que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido (...) En esa investigación se tienen en cuenta los usos corrientes, y, sobre todo, las medidas de publicidad que han rodeado el error. Los terceros han podido atenerse legítimamente a las declaraciones contenidas en la publicidad²⁸.

Como puede apreciarse, la buena fe exenta de culpa corresponde a una forma especial de la conducta humana, que exige una mayor diligencia en la adquisición del derecho por parte del contratante, y es a la vez, un principio general del derecho, que visto desde el punto de vista de su función creadora, permite convertir la apariencia en derecho.

Finalmente, vale la pena aclarar que el concepto de buena fe, tiene una amplia incidencia en todas las materias jurídicas, sin que su aplicación se agote en el campo del derecho privado, sin embargo, para efectos de la presente investigación, únicamente se analizará la buena fe al interior del derecho civil, particularmente, en lo que atañe con el desarrollo de los negocios jurídicos, tanto en forma previa a la celebración del contrato, como durante la ejecución del mismo.

²⁷ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de mayo de 1936. Op. Cit.

²⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de mayo de 1936. Op. Cit.

Al respecto, Betti plantea que la buena fe se puede tomar en cuatro sentidos:

1. Como actitud de la conciencia que consiste en la ignorancia de perjudicar un interés ajeno, tal como acontece en el matrimonio, en el pago de lo no debido o en la posesión. “la buena fe debe ser ignorancia, pero también, ignorancia legítima, es decir, de tal naturaleza que no haya podido superarse con el empleo de una diligencia normal”.
2. Como creencia en la apariencia de legitimación de otro individuo (calidad de sujeto), como acontece en el caso del deudor que paga a quien cree acreedor o en casos de domicilio aparente, o de acreedor aparente.
3. Como lealtad para que la conclusión de un contrato (buena fe precontractual), que implica algunas obligaciones de carácter negativo.
4. Como actividad activa de cooperación en interés ajeno (en el campo de los contratos). Es la buena fe contractual, que impone obligaciones de carácter positivo, representativa de un deber recíproco, que unas veces amplía, y en otras restringe, las obligaciones de las partes y que debe examinarse tanto en casos de cumplimiento del contrato como en la llamada fase patológica de incumplimiento²⁹.

En este orden de ideas, antes de analizar cómo se conjugan estos cuatro aspectos de la buena fe en el proceso de restitución de tierras regulado por la Ley 1448 de 2011, resulta pertinente efectuar unas anotaciones previas en relación con el paradigma de justicia transicional, y particularmente de la justicia transicional civil, en el cual se inserta la referida ley, cuestión que se abordará a continuación.

SECCIÓN SEGUNDA JUSTICIA TRANSICIONAL. EL CASO COLOMBIANO

1. Aproximación al concepto de justicia transicional

1.1 Definición del concepto de justicia transicional

²⁹ Betti, citado por Parra Benítez. Op. cit., p. 230

La necesidad de pensar normas para el posconflicto, que propendan por que los responsables de graves violaciones de Derechos Humanos rindan cuentas de sus actos, y a la vez reparar a las víctimas de los atroces crímenes cometidos, da pábulo a un concepto de relativa reciente creación denominado justicia transicional, el cual, *“...se compone de los procesos de juicios, purgas y reparaciones que tienen lugar dentro de una transición de un régimen político a otro”*³⁰.

Empero, el paradigma de la justicia transicional como es conocido en la actualidad, no se agota en las transiciones que conlleva el cambio de un régimen político a otro, pues la justicia transicional *“ha estado presente cuando quiera que una sociedad ha pasado del conflicto, el autoritarismo o la guerra a los caminos de la paz y la democracia. Estos cambios se denominan “transición social” y son los que dan a la justicia transicional su nombre”*³¹.

Lo anterior, permite concluir que en los procesos de justicia transicional confluyen los intereses, si se quiere contrapuestos, de varios actores. Al respecto, el autor Juan Fernández Carrasquilla sostiene que:

(...) en estos procesos (sociales o judiciales) no intervienen únicamente los intereses de los victimarios al castigo justo y adecuado por medio de un debido proceso legal, sino también los de las víctimas (por su pretensión de indemnizaciones integrales que no desborden los límites de lo razonable ni se conviertan en obstáculo al cambio social, a la realización de justicia razonable, razonada y conmisericordiosa y a la obtención de la verdad), pero deben considerarse asimismo los intereses de la “comunidad pretensora” a que se haga una transición social y política de beneficio general, se realice la “imputación justa y adecuada” en tiempo razonable contra los culpables y únicamente contra éstos y nunca más allá del límite de su culpabilidad individual ni por fuera de las reglas del debido proceso, se cumplan los acuerdos (*pacta sunt servanda*), se registre y se mantenga viva la memoria histórica sin pretensiones de “verdad oficial incontrovertible” y se reemprenda el camino pacífico hacia un restablecimiento justo del equilibrio social y este,

³⁰ Elster, Jon. Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica. Buenos Aires: Katz Editores, 2006. p. 15.

³¹ Fernández Carrasquilla, Juan. Concepto y límites del derecho penal actual y nociones de justicia transicional, perdón y reconciliación, 3ª edición. Bogotá: Temis, 2014, p. 170.

además de mantenerse, abra nuevos horizontes para el óptimo desarrollo posible de los derechos fundamentales de todos (igualdad)³².

En este orden de ideas, es posible concluir que la justicia transicional *“hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia”*³³.

1.2 Reseña histórica del concepto de justicia transicional.

Este concepto corresponde a una definición actual del mismo, si se tiene en cuenta la existencia de cierto consenso entre los autores, de ubicar el origen del término justicia transicional a partir de la segunda mitad del siglo XX.

En efecto, en su obra *“Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica”*, Elster parte de la afirmación según la cual *“la justicia transicional democrática es casi tan antigua como la democracia misma”*³⁴, e inicia su estudio abordando el análisis de los casos de restauración de la democracia en Atenas (411 y 403 a.C); sin embargo, el concepto de justicia transicional empezó a ser usado al interior de círculos académicos, políticos y jurídicos con mayor profusión, al comenzar la década de los noventa, después de los históricos cambios de 1989, cuando al finalizar la guerra fría se iniciaron las transiciones hacia la paz o la democracia³⁵.

³² *Ibíd.*, p. 177.

³³ Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En: Rettberg, Angelika. (Comp.). Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005. p.215.

³⁴ Elster, Jon, *Op. cit.*, p. 17

³⁵ Mani, Rama. La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la justicia reparadora en el posconflicto. En: Crocker, David y otros. Justicia transicional. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011

Ahora bien, resulta razonable aceptar que, desde el mundo antiguo las sociedades se han tenido que enfrentar al siguiente dilema tras la finalización de un período de confrontación armada cuyas consecuencias se traducen en graves atentados contra la dignidad humana: ¿Se debe castigar a los culpables, o, se deben olvidar estos abusos para favorecer los procesos de reconciliación? Sin embargo, los expertos insisten en ubicar el origen del término justicia transicional a partir de la segunda mitad del siglo XX, y particularmente después de la finalización de la guerra fría ¿A qué se debe esto?

Pues bien, una posible explicación obedece al hecho de que los procesos gestados en el marco de la transición de un conflicto o guerra civil a la paz o establecimiento de un régimen democrático, con anterioridad a la década de los noventa, únicamente daban respuesta a uno de los dilemas de la justicia transicional como es entendida hoy en día.

Así las cosas, mientras en la década de los años 50 y 60, los territorios coloniales de Asia y África lograron su independencia sin que las víctimas del régimen depuesto hubieran contado con posibilidades reales de acusar a sus antiguos líderes coloniales o de solicitar reparaciones³⁶; durante la segunda posguerra se aplicaron los estándares internacionales de justicia de manera estrictamente retributiva, que lejos de ser ponderados con otros valores, fueron aplicados con mayor rigor en los Tribunales de Nuremberg, pues los perpetradores de estos graves crímenes fueron juzgados severamente, lo cual se explica porque, a diferencia de las transiciones que han tenido lugar en los últimos 30 años, la transición de la posguerra no requirió ningún tipo de negociación, sino que se trató de una imposición por parte del bando victorioso de la guerra³⁷.

³⁶ Ibid.

³⁷ Uprimny, Op. cit.

A diferencia de estos dos casos, en los últimos años se ha producido una transformación radical en la forma de encarar las transiciones de la guerra a la paz, o de la dictadura a la democracia, que obedece a la creación del concepto de justicia transicional, cuyo énfasis marcado se encuentra justamente en el término justicia, pero entendida ésta fuera del contexto de normalidad, pues el significado actual de la palabra justicia en el paradigma de la transicionalidad, consiste en *“la necesidad de resolver la tensión entre los imperativos jurídicos internacionales de castigo a los victimarios y las exigencias prácticas de amnistía que imponen los contextos transicionales”*³⁸.

1.3. Mecanismos asociados a los procesos de justicia transicional

Los mecanismos de justicia transicional incluyen el uso de instrumentos judiciales y extrajudiciales³⁹, dentro de los cuales los más representativos son:

- Investigaciones y procesos judiciales. El enjuiciamiento de los responsables de graves y sistemáticas violaciones a los Derechos Humanos, es el instrumento más visible de reivindicación de los derechos de las víctimas, en la medida en que se sanciona a los victimarios por los actos cometidos y a la vez sirve como mecanismo de afianzamiento de la confianza ciudadana en las instituciones estatales. Sin embargo, ello no significa que sea posible perseguir judicialmente a todos los implicados, pues este mecanismo tiene estrecha relación con el principio de justicia transicional, según el cual se deben adoptar criterios de priorización y selección para la persecución penal, por cuya virtud se parte del entendido de que es imposible investigar a todos los supuestos

³⁸ Ibid., p. 215

³⁹ Uprimny Yepes, Rodrigo, *et al.* ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Bogotá: ediciones Antropos, 2006. Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recurros/fi_name_recurso.201.pdf

autores de las violaciones cometidas en un momento determinado, y por tal motivo los Estados deben desarrollar estrategias de enjuiciamiento que sean específicas al contexto en el que se encuentran y determinar con claridad cuáles autores serán perseguidos y cuáles no, sin acudir a criterios de selección arbitrarios o discriminatorios⁴⁰.

- Comisiones de la Verdad y Reconciliación. Se trata de órganos oficiales, creados con el específico propósito de investigar presuntas violaciones a los Derechos Humanos en un lugar y época determinados. Se estima que, si bien no son un sustituto de la acción judicial, cuentan con la posibilidad de tomar declaraciones, realizar investigaciones y celebrar audiencias públicas, en condiciones de imparcialidad e independencia, antes de presentar públicamente sus conclusiones y formular las recomendaciones a que haya lugar⁴¹.
- Investigación de antecedentes en la administración pública. En aquellos Estados cuya pretensión es superar el régimen autoritario e implantar la democracia, es presumible que algunos de los funcionarios afines al régimen que se pretende sustituir, hayan participado en forma activa o pasiva en violaciones de Derechos Humanos. Por esta razón, uno de los instrumentos de la justicia transicional comprende el desarrollo de programas de depuración institucional, orientados a impedir que los perpetradores de violaciones del pasado cuenten con la posibilidad de participar en el gobierno o en puestos oficiales.

⁴⁰ Colombia. Ministerio de Justicia. Informe rendición de cuentas. Julio 2012-junio 2013. Bogotá: Imprenta nacional de Colombia, 2013. Disponible en: <http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Informe%20de%20Rendici%C3%B3n%20de%20cuentas%20Ministerio%20de%20Justicia.pdf>

⁴¹ Sersale di Cerisano, Federico. Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano. En: Revista IIDH, enero- junio, 2013, vol. 57, p. 115-136. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32271.pdf>

- Programas administrativos de reparaciones. Corresponden a un conjunto de medidas de reparación sistemáticamente vinculadas entre sí, cuya finalidad es proveer a las víctimas medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, compensación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición.
- Esquemas de amnistías e indulto. En el caso de graves y sistemáticas violaciones a los Derechos Humanos, es previsible que al pactar una salida negociada al conflicto, se establezcan

(...) medidas jurídicas que evitan que una persona reciba la totalidad del castigo retributivo que, conforme al ordenamiento, amerita por un crimen atroz, sin importar la naturaleza jurídica de esas figuras. Así, puede tratarse de amnistías generales, indultos particulares o subrogados penales tipo libertad provisional (parole), condena de ejecución condicional (probation) o sustitución de la pena privativa de la libertad por otras medidas⁴².

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, actualmente, la voluntad de los Estados de dar aplicación a medidas de este tipo, se encuentra limitada por normas de Derecho Internacional que fijan básicamente dos restricciones específicas a esta facultad, a saber:

(...) En primer término, la expedición de leyes o medidas de amnistía o indulto debe constituir la única alternativa posible a disposición de un Estado para facilitar un proceso de transición a la democracia y al Estado de derecho. En segundo lugar, una amnistía o un indulto nunca pueden abarcar conductas que impliquen crímenes internacionales como los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra o el genocidio, ni vulneraciones graves de los derechos humanos tales como homicidios fuera de combate o poniendo a la víctima en estado de indefensión, desapariciones forzadas, violencia sexual, desplazamientos forzosos, tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, ataques contra la población civil y reclutamiento de niños y niñas menores de quince años, entre otros delitos internacionales⁴³.

- Mecanismos de recuperación y preservación de la memoria histórica. Los ejercicios de memoria histórica tienen relación con la obligación, a cargo de los Estados, de asegurar que la información relativa a los períodos de opresión o

⁴² Uprimny Yepes, Rodrigo, *et al.* ¿Justicia transicional sin transición? Op. Cit., p. 22.

⁴³ *Ibíd.*, p. 57-58.

violencia será preservada, con el fin de evitar que los actos violatorios de los Derechos Humanos sean olvidados o repetidos. Para ello generalmente se acude a actos de conmemoración con la participación activa de las víctimas, conservación de archivos oficiales, publicación de los resultados y conclusiones de los ejercicios de verdad; y fundamentalmente, a través del componente educativo incluyendo en los currículos programas académicos sobre esta materia.

- Mecanismos asociados con la reforma legal y la reconstrucción institucional. Los instrumentos de esta estirpe buscan, fundamentalmente, la reforma de las instituciones para fortalecer el Estado de Derecho tras el conflicto, recuperar la confianza pública, promover el respeto por los Derechos Humanos y fomentar el buen gobierno. Este tipo de mecanismos propende por la reforma de sectores como el de seguridad (por ejemplo, garantizar que los organismos militares y de inteligencia operen bajo el mando de civiles) y la lucha contra la corrupción (a través de medidas como incentivar a los servidores públicos a observar códigos de conducta).

Vale la pena anotar que los mecanismos de justicia transicional antes referidos no constituyen una lista taxativa, ni su aplicación se encuentra limitada tan solo a uno de dichos instrumentos, pues los mismos pueden ser empleados de forma simultánea.

Ahora bien, no obstante las grandes discusiones en torno al concepto de “justicia transicional” que se han suscitado alrededor del mundo desde mediados del siglo XX, en Colombia dicho debate ha adquirido mayor ímpetu a partir de la expedición de la Ley 975 de 2005, con la cual los círculos académicos, políticos y jurídicos del país, han dirigido su mirada al modelo de justicia propio de las sociedades del posconflicto, situación que ha motivado la expedición de varias normas

constitucionales y legales de este tipo, cuyo análisis general se desarrollará a continuación.

2. La justicia de transición en Colombia

Antes de proceder a evaluar lo relativo a la implementación de normas de carácter transicional en Colombia, resulta imperativo señalar que la experiencia en la aplicación de un conjunto de normas de este tipo, en todo caso, se encuentra mediada por una de las tensiones propias de la justicia de transición: ¿Qué papel ocupan las víctimas en la justicia del posconflicto?

En efecto, autores como Francisco Barbosa Delgado han ilustrado este dilema indicando:

Orozco Abad comenta sobre estas ideas que “la Justicia Transicional también es trágica porque [...] es el lugar donde se despliegan las más fuertes tensiones entre el idealismo y el realismo, el universalismo y el contextualismo, el principio de mayoría y los derechos humanos, la racionalidad administrativa y la racionalidad judicial, la racionalidad político-militar y la policivo-punitiva, las lógicas de la justicia y las lógicas de la reconciliación, y porque dichas tensiones dan lugar a fórmulas transaccionales que son percibidas como fórmulas de *second best* y hasta de ‘mal menor’”.

Ejemplos de esta tensión se dan en múltiples formas. Recordemos: ... autores como el juez de la Corte Internacional de Justicia y antiguo juez de la Corte Interamericana de derechos humanos, Antonio Cançado Trindade y el experto Cherif Bassiouni “consideran que con las amnistías e indultos se ha implementado la impunidad; ésta se ha convertido en el precio político que ha de pagarse para hacer cesar la violencia en los conflictos en curso, o para garantizar un cambio de régimen, en cuyo caso las víctimas se convierten en objeto de compensaciones y la justicia en instrumento de la Realpolitik”. Esta forma de contrasentido institucional, adopción de indultos y amnistías, se contraponen con la aceptación de nuevos desarrollos institucionales como la llamada “Justicia Transicional” que permite la implementación de una forma transitoria de justicia que cumpla con los estándares de derechos humanos. Esta justicia internacional permite el enjuiciamiento de los responsables de la violación de derechos humanos, sin caer en lo que una parte de la doctrina idealista considera sobre de las comisiones de verdad. Esta nueva manera de

comprender la justicia se formalizó a través de la adopción de los principios de Chicago de Justicia Transicional en los cuales se explica que este tipo de justicia debe responder a criterios de flexibilidad conforme a las reglas locales, respetando la discrecionalidad procesal del Estado⁴⁴.

Lo anterior denota la evolución, a lo largo del tiempo, del debate que se ha dado en torno a la idea de justicia transicional, pues mientras en un principio se sostenía la conveniencia de un modelo que privilegiaba las amnistías e indultos, como mecanismos adecuados para facilitar la transición de un conflicto a la paz, hoy en día se habla de estándares internacionales en materia de protección a los derechos de las víctimas, con los cuales se pretende que al momento de poner fin a un período de confrontación armada, también se garanticen los derechos de quienes se vieron obligados a soportar las consecuencias de ese conflicto.

Al respecto, Rodrigo Uprimny ha señalado:

(...) En efecto, en las últimas décadas se han consolidado imperativos jurídicos internacionales que protegen los derechos de las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos ocurridas en la etapa previa a las transiciones y que buscan impedir que hechos como los acaecidos vuelvan a suceder. Estos derechos se concretan en el conocimiento de la verdad de los hechos ocurridos, en la obtención de una reparación por concepto de ello y en la judicialización y responsabilización del culpable de los crímenes. Sin embargo, las necesidades de paz y reconciliación nacional propias de los procesos transicionales presionan en dirección opuesta a dichos derechos, pues –sobre todo cuando el proceso transicional es consecuencia de una negociación política– para que los responsables de crímenes atroces acepten dejar atrás el régimen despótico o la guerra civil, es necesario que encuentren incentivos para hacerlo, tales como el perdón y el olvido de sus actos. No es posible ignorar estas tensiones entre justicia y paz; por ello, si bien es deseable buscar vías que tiendan a reducirlas, debe hacerse con la conciencia de que no es posible eliminarlas ni ignorarlas y que no existen fórmulas únicas satisfactorias en materia de justicia transicional⁴⁵.

⁴⁴ Barbosa Delgado, Francisco. La memoria, la historia y el derecho a la verdad en la Justicia Transicional en Colombia: una paradoja irresoluble en el conflicto armado colombiano. En: Revista Derecho del Estado, no. 31, julio- diciembre, 2013, p. 110. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n31/n31a03.pdf>

⁴⁵ Uprimny Yepes, Rodrigo, *et al.* ¿Justicia transicional sin transición? Op. Cit., p. 13

En este orden de ideas, de entrada debe advertirse que la expedición de normas de contenido transicional en Colombia, no escapa a este tipo de tensiones, y es por ello que al momento de analizar las leyes que se han proferido en esta materia, sectores dominantes de la doctrina patria han formulado serias críticas al respecto.

En el libro *“Memoria y reparación: elementos para una justicia transicional pro víctima”*, los autores Luis Jorge Garay Salamanca y Fernando Vargas Valencia, analizan el fenómeno del despojo de tierras en Colombia, a la vez que plantean una serie de estándares que en su criterio, debería guiar la labor de los jueces de restitución de tierras. Sin embargo, al analizar los antecedentes normativos de la ley de restitución de tierras, se alude al proceso de justicia y paz, en relación con el cual los mencionados doctrinantes formulan objeciones al procedimiento por considerar que se trata de un proceso sin la presencia de víctimas. Al respecto, refieren lo siguiente:

Por otra parte, en Colombia, a la luz de la llamada Ley de Justicia y paz (Ley 975 de 2005), se han desmovilizado aparentemente miles de miembros de las autodefensas; sin embargo, un porcentaje significativo de ellos se ha vuelto a vincular al conflicto a través de las Bacrim o simplemente nunca renunciaron al ejercicio de la violencia y al conflicto, reafirmando el dispositivo narco-paramilitar como un gran aparato de poder cuyas atrocidades masivas y sistemáticas han sido funcionales a ciertos intereses económicos y políticos de vieja data regionales e incluso nacionales. Lo anterior permite concluir que el narco-paramilitarismo no ha sido en Colombia una expresión transitoria.

Por supuesto, ello ha tenido efectos perversos sobre los derechos de las víctimas. La precariedad del marco judicial de los procesos de justicia y paz para la realización efectiva de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y las garantías de no repetición ha sido claramente señalada por distintas organizaciones sociales y de víctimas, así como por grupos de investigación (...)

La ausencia de verdaderas medidas de prevención y protección, aunada a la falta de reconocimiento de víctimas de las graves y masivas violaciones de los derechos humanos, las cuales se han ejercido en el marco de aparatos organizados de poder que cometen crímenes sistemáticos al servicio de intereses ilegales y en muchas ocasiones también supuestamente legales y

grises, ponen en entredicho la transición que algunos sectores afirman está sucediendo en Colombia⁴⁶.

Así las cosas, es posible concluir que la aplicación de normas transicionales en el sistema jurídico colombiano, tampoco escapa a la tensión que se ha evidenciado en otras latitudes respecto de la realización simultánea de niveles razonables de justicia (derechos de las víctimas) y la posibilidad de alcanzar la paz (en una especie de perdón y olvido para los perpetradores).

Empero, el análisis de la normatividad colombiana en esta materia, ineludiblemente debe realizarse a la luz de una particularidad propia de la dinámica del conflicto en el país, tal y como lo describe Rodrigo Uprimny en su obra “*¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*”, donde plantea la complejidad y relevancia de este fenómeno, en un país donde el conflicto aún se encuentra latente.

Partiendo de estas reflexiones generales sobre la vigencia de normas transicionales en el ordenamiento jurídico interno, huelga mencionar que las leyes que al respecto se han proferido, encuentran su campo de aplicación en materia penal y civil, e incluso, como más adelante se analizará, dicha normativa ha tratado de extender puentes de comunicación entre ambas materias.

En el ámbito penal, la Ley 975 de 2005 (conocida como Ley de Justicia y Paz), modificada por la Ley 1592 de 2012; la Ley 1424 de 2010 y el Acto Legislativo 01 de 2012 (o el denominado Marco Jurídico para la Paz, que elevó a rango constitucional la justicia transicional), han propendido por brindar herramientas para judicializar penalmente las conductas cometidas por grupos alzados en

⁴⁶ Garay Salamanca, Luis Jorge y Vargas Valencia, Fernando. Memoria y reparación: elementos para una justicia transicional pro víctima. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 61-62.

armas dentro del marco del conflicto armado interno, con miras a lograr su reinserción social y a establecer la paz, garantizando los derechos de las víctimas.

Por su parte, la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas, ha sido definida en Sentencia C 581 de 2013, por la Corte Constitucional como...

...un trascendental estatuto a través del cual se procura integrar un conjunto de disposiciones especiales, adicionales a las antes contenidas en los principales códigos y en otras leyes de carácter ordinario, relativas a los derechos de las víctimas de unos determinados hechos punibles y a otras situaciones consecuenciales, reglas que en razón a ese carácter especial se superponen y se aplicarán en adición al contenido de tales normas ordinarias durante su vigencia, que de manera expresa se previó temporal, por el término de diez (años) hasta junio de 2021⁴⁷.

En efecto, la Ley 1448 de 2011, en su artículo 3º, consagra el marco general actual de atención a las víctimas del conflicto armado, esto es, a favor de *“...aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno⁴⁸”*.

Adicionalmente, el artículo 8 de la misma ley consagra la definición legal vigente de justicia transicional en el derecho colombiano. Al respecto, el mencionado canon establece:

Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos

⁴⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 581 de 2013 (28, agosto, 2013). M.P. Nilson Pinilla Pinilla

⁴⁸ Colombia. Congreso de la República. Ley 1448 de 2011 (10, junio, 2011). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2011. No. 48096. Artículo 3º.

a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible⁴⁹.

Ahora bien, estructuralmente la Ley 1448 de 2011 se divide en nueve títulos, así: los tres primeros relativos a las disposiciones generales de la ley, a los derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales y a las medidas de ayuda humanitaria, atención y asistencia. El título cuarto, es quizá el de mayor innovación en materia de reparación a las víctimas, pues constituye la génesis de un proceso de justicia transicional civil sin precedentes en el ordenamiento jurídico interno: el proceso de restitución y formalización de tierras despojadas y abandonadas forzosamente, cuya estructura y trámite, será objeto de análisis a continuación. Finalmente, los títulos quinto a noveno, contienen el marco regulatorio de la institucionalidad creada para la atención y reparación a las víctimas, así como algunas normas de enfoque diferencial para los niños, niñas y adolescentes afectados por el conflicto, y sobre participación de las víctimas en el diseño, implementación y ejecución de políticas relativas a su condición.

Cabe anotar que, en materia de restitución de tierras, la Ley 1448 de 2011, consagra las reglas generales del procedimiento a que se viene haciendo alusión, pero paralelamente, se ubican las normas proferidas para la restitución a favor de ciertas comunidades, como ocurre en el caso del Decreto- Ley 4633 de 2011, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas; el Decreto- Ley 4634 de 2011, por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo Rrom o Gitano y el Decreto- Ley 4635 de 2011, por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de

⁴⁹ Ibíd. Artículo 8º.

restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

SECCION TERCERA. ALCANCES DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EXENTA DE CULPA EN LA LEY 1448 DE 2011

1. Caracterización de la justicia transicional civil en Colombia

1.1 Justificación

El proceso de restitución y formalización de tierras abandonadas y despojadas forzosamente, previsto en la Ley 1448 de 2011, constituye por antonomasia, el mecanismo de justicia transicional que en forma decisiva se orienta a superar la situación de despojo y desplazamiento que agobia desde hace varias décadas a gran parte de la población rural del país. En efecto, el paradigma de la justicia transicional civil parte del reconocimiento de un orden comercial anormal en determinadas regiones, como consecuencia de los fenómenos de violencia y graves violaciones a los Derechos Humanos, que impiden que el Juez de restitución falle bajo estándares de normalidad jurídica, aplicables a los negocios jurídicos celebrados entre particulares en el giro normal de sus relaciones contractuales.

Se parte del entendimiento de que el concepto de víctimas del conflicto armado no se agota en aquel conjunto de personas que han sido sujetos pasivos de la comisión de conductas punibles, como el homicidio o la desaparición forzada, dentro de un contexto de violación sistemática de Derechos Humanos, sino que se acepta que las consecuencias de tales hostilidades también afectan, en forma grave, la relación de los individuos con sus bienes, y en especial con la tierra, pues no en vano, el desplazamiento forzado constituye el principal foco de victimización en el país.

De acuerdo con la actual definición de desplazado interno, contenida en la el parágrafo 2 del artículo 60 de la Ley 1448 de 2011:

(...) se entenderá que es víctima del desplazamiento forzado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de las violaciones a las que se refiere el artículo 3° de la presente Ley.

Nótese que el núcleo central de la definición descansa en el concepto de abandono que realiza la persona de sus bienes o actividades económicas. A su turno, el abandono forzado de tierras es definido por el inciso segundo del artículo 74 *ejusdem*, al indicar que: “*Se entiende por abandono forzado de tierras la situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona forzada a desplazarse, razón por la cual se ve impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios que debió desatender en su desplazamiento durante el periodo establecido en el artículo 75*”.

Sin embargo, debe anotarse que el desplazamiento forzado no es únicamente consecuencia del abandono, como al parecer lo establece la definición legal antes citada, pues a la par del concepto de abandono forzado, el despojo de bienes, también es hontanar de dicho flagelo.

De acuerdo con el inciso primero del referido artículo 74, “*se entiende por despojo la acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia*”, que han dado lugar a la formulación de las denominadas “tipologías de despojo”, dentro de las cuales se encuentra el despojo de tipo jurídico, por cuya virtud se acude al uso

ilegal de las figuras legales e institucionales para perpetrar el abandono o despojo, y por esta vía adquirir la titularidad de un bien.

En este contexto, se hace apenas obvia la insuficiencia de los procesos judiciales existentes en materia civil para procesar pretensiones de restitución, como las requeridas por las víctimas de despojo o abandono forzado de tierras que a causa del conflicto armado fueron privados de la propiedad, posesión u ocupación que venían ejerciendo sobre sus bienes, bien mediante la fuerza, o la celebración de negocios jurídicos, en condiciones de intimidación, o incluso, en virtud del estado de necesidad de la víctima, pues recuérdese que uno de los elementos que configuran la definición legal de despojo, tiene que ver precisamente con el aprovechamiento de estas condiciones externas de violencia al momento de contratar.

De allí, que la Ley 1448 de 2011, como instrumento de justicia transicional civil, sea el fruto del reconocimiento de la necesidad de diseñar procedimientos judiciales ágiles y expeditos, que propendan por la restitución de bienes como medida de reparación integral en favor de las víctimas, mediante procesos abreviados, tramitados y decididos por jueces especializados, aplicando una normatividad particular, expedida en el marco de una justicia temporal y excepcional, implementada para atender la situación concreta de aquellas personas que han sido despojadas de sus bienes, a causa del conflicto armado interno.

Al respecto, resultan ilustrativos los lineamientos, que desde el año 2010, ha incluido la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, en sus recomendaciones sobre la materia:

Para la Comisión de Seguimiento es un avance que el documento de lineamientos haya planteado la necesidad de implementar un marco de justicia transicional civil que permita resolver, mediante el diseño de procesos legales

y mecanismos procesales, simultáneamente, en lo posible, los diferentes casos que se presentan alrededor de cada predio, en busca de la aplicación de procesos abreviados. En este sentido, también es un avance que el Gobierno nacional reconozca que la restitución no podrá ser exitosa si se atiende caso por caso, al expresar que “la complejidad que resulta de los reclamos de las víctimas sobre la tierra despojada o abandonada, hace que los procedimientos jurídicos normales se tornen insuficientes y limitados para resolver oportuna y ágilmente esos reclamos”. En términos más puntuales, el documento de lineamientos afirma que “la justicia ordinaria no está suficientemente organizada y especializada para conocer de casos de tierra y en particular de aquéllos relacionados con el despojo y el abandono en la magnitud y complejidad descritas”, razón por la cual “es necesario diseñar procesos legales y mecanismos procesales, en el ámbito de la justicia civil transicional, que permitan resolver simultáneamente, en lo posible, los diferentes casos que se presentan alrededor de cada predio, y que los procedimientos aplicables sean abreviados para responder a la urgencia y a la magnitud descritas anteriormente⁵⁰.

En este marco conceptual se inserta la tensión que se pretende dilucidar a través del desarrollo de la presente investigación, pues resulta innegable la necesidad del mantenimiento de una justicia civil especializada en el marco de la transición del conflicto a la paz, que resuelva los litigios derivados de los negocios jurídicos celebrados sobre inmuebles en regiones afectadas por el fenómeno de la violencia masiva y sistemática a la que se ha visto enfrentado el país en las últimas décadas. Pero por otra parte, no es posible soslayar la inconmensurable magnitud de la tarea a la que se encuentra enfrentado el Juez transicional civil, quien en su afán de contribuir a la reparación de las víctimas a través de la restitución de sus bienes, debe dar aplicación al nuevo enfoque que se cierne sobre conceptos clásicos como el postulado de la buena fe, establecido en la normativa actual como presunción a favor del reclamante (artículo 5 de la Ley 1448 de 2011) y como tema de prueba en cabeza del opositor (artículo 88 de la Ley 1448 de 2011), siendo éste último tópico el que mayor dificultad puede llegar a representar, dadas las características asignadas al concepto de buena fe exenta de culpa en el marco

⁵⁰ Colombia. Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado. El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Aplicar políticas públicas idóneas y eficientes II. Vol. 6. Colombia: Industrias Graficas Darbel, marzo de 2010, p. 25. Disponible en: http://www.oim.org.co/component/docman/doc_download/276-el-reto-ante-la-tragedia-humanitaria-del-desplazamiento-forzado-aplicar-politicas-publicas-idoneas-y-eficientes-vol-6.html?Itemid=

de los procesos judiciales seguidos bajo el paradigma de la justicia transicional civil, según se apreciará más adelante.

Sin embargo, antes de analizar los rasgos distintivos que reviste la buena fe exenta de culpa en el contexto del proceso de restitución y formalización de tierras despojadas y abandonadas forzosamente, resulta de la mayor trascendencia para este estudio escudriñar las características que a nivel procesal y sustancial, ostenta la denominada justicia transicional civil, dentro de la cual se inserta el proceso de restitución de tierras regulado por la ley 1448 de 2011.

1.2 Características

1.2.1 Aspectos procesales

Flexibilización probatoria. La Ley 1448 de 2011, necesariamente implica una nueva forma de interpretar y aplicar el derecho civil, en función de la idea de una justicia propia de sociedades que atraviesan una transición del conflicto armado a la paz, lo cual se evidencia en conceptos procesales propios de esta normatividad como el hecho de que las pruebas provenientes de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras despojadas en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente se presuman fidedignas, o que se repute suficiente la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la 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.

Adicionalmente, las reglas de valoración probatoria que deben acoger los jueces transicionales de restitución de tierras, encuentran su consagración en el principio

pro víctima y en el principio de la buena fe, en tanto fundamentos basilares del trámite restitutorio. Al respecto, el artículo 5 de la Ley 1448 de 2011, establece:

El Estado presumirá la buena fe de las víctimas de que trata la presente ley. La víctima podrá acreditar el daño sufrido, por cualquier medio legalmente aceptado. En consecuencia, bastará a la víctima probar de manera sumaria el daño sufrido ante la autoridad administrativa, para que esta proceda a relevarla de la carga de la prueba.

En los procesos en los que se resuelvan medidas de reparación administrativa, las autoridades deberán acudir a reglas de prueba que faciliten a las víctimas la demostración del daño sufrido y aplicarán siempre el principio de buena fe a favor de estas.

En los procesos judiciales de restitución de tierras, la carga de la prueba se regulará por lo dispuesto en el artículo 78 de la presente Ley. Sobre este mismo punto el jurista Juan Felipe García afirma que:

(...) mientras el punto de partida de la jurisdicción civil es que todos aquellos que llegan al proceso son iguales materialmente {y que} por ello, lo que conocen sobre el objeto probatorio del proceso debe ser oído con iguales garantías, y valorado sin un privilegio sobre lo dicho por alguna de las partes (...) en escenarios donde se implementan medidas de justicia transicional que pretenden remediar los daños producidos durante períodos de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos (...) se ha constatado que las víctimas son, por lo general, un grupo social en condición de asimetría y por mucho tiempo quedan desprotegidos frente a los mecanismos de construcción de verdad, persecución de los crímenes y reparación. Por esta condición de asimetría, en lo que hace referencia a la construcción de la verdad, se ha subrayado la importancia de dirigir los esfuerzos hacia producir una memoria multidireccional (con múltiples perspectivas y múltiples voces) que permitan ante todo la inclusión especial de quienes fueron víctimas de la violencia, pues su exclusión en estos procesos tendería hacia el asentamiento de una memoria incompleta, una memoria que sólo tiene en cuenta las voces de los perpetradores de la violencia⁵¹.

En este orden de ideas, en la sentencia T 821 de 2007, cuya importancia radica en el reconocimiento del carácter fundamental del derecho a la restitución de la población desplazada, la H. Corte Constitucional sentó las reglas fundamentales

⁵¹ García, J. El testimonio de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos en el proceso de restitución de tierras. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2014, p.14

de valoración de las declaraciones rendidas por las víctimas al interior de los procesos judiciales:

De otro lado, la Corte ha señalado que los funcionarios deben tener en cuenta, en todo momento, las razones por las cuales existen las reglas anteriores. Se trata simplemente de reconocer que las personas en situación de desplazamiento forzado merecen un trato especial por parte del Estado, dada la extrema situación de vulnerabilidad por la que atraviesan, las cargas desproporcionadas o exorbitantes que han debido soportar y el radical abandono al que han sido sometidas. En este sentido, la Corte ha señalado que al momento de valorar los hechos y el derecho aplicable, es obligación del Estado atender a las siguientes circunstancias:

- a. Que la mayoría de las personas desplazadas por la violencia provienen de ambientes donde la educación a la que tuvieron acceso es exigua -motivo por el cual el grado de analfabetismo es alto-;
- b. Que en muchas ocasiones quien es desplazado por la violencia proviene de contextos en los cuales se ha educado a las personas en una especie de "temor reverencial" hacia las autoridades públicas;
- c. Que en el momento de rendir un testimonio ante las autoridades, el grado de espontaneidad y claridad con el que podrían hacerlo se reduce considerablemente;
- d. Que a las circunstancias del entorno de origen de los desplazados, se añaden las secuelas de la violencia. No es fácil superar el trauma causado por los hechos generadores del desplazamiento forzado. Esta situación puede conllevar traumas psicológicos, heridas físicas y afectivas de difícil recuperación, además de la inminente violación de derechos humanos que se da desde que la persona es víctima del delito de desplazamiento que pueden influir en el desenvolvimiento del desplazado al momento de rendir la declaración.
- e. El temor de denunciar los hechos que dieron lugar al desplazamiento hace que no exista espontaneidad en su declaración.

Tales factores deben ser tenidos en cuenta al momento de valorar la declaración de desplazamiento forzado, ya que en su virtud pueden ser explicadas inconsistencias accidentales, narraciones apenas parciales de acontecimientos, en fin, insuficiencias informativas en lo que atañe a circunstancias de tiempo y modo del desplazamiento⁵².

Así las cosas, las particularidades que en materia probatoria revisten los procesos de justicia transicional civil, saltan a la vista, y más aún al contrastar dichas

⁵² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 821 de 2007 (5, octubre, 2007). Acción de tutela interpuesta por Rosmira Serrano Quintero contra Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Acción Social. M.P. Catalina Botero Marino.

especificidades con la estructura de la justicia ordinaria civil, caracterizada por ser típicamente dispositiva, a partir del reconocimiento de la igualdad de las partes en contienda.

Régimen de presunciones. Los desarrollos legislativos de la justicia transicional civil, pueden apreciarse con mayor claridad a partir de normas como aquella que consagra el novedoso régimen de presunciones legales y de derecho, contenido en el artículo 77 de la Ley 1448 de 2011, en relación con los bienes inscritos en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, el cual responde a una necesidad muy sentida de la justicia transicional civil, en la medida en que busca efectivizar los derechos de las víctimas a través de procedimientos sumarios, con flexibilidad probatoria, más allá de los serios cuestionamientos⁵³ que una normativa de este tipo puede llegar a plantear en relación con el debido proceso y el derecho de defensa del opositor.

Competencia posfallo ¿Excepción al principio de cosa juzgada? La Teoría General del Proceso enseña, que una providencia judicial se encuentra ejecutoriada una vez vencido su término de notificación si contra ella no proceden recursos, o si existiendo éstos, los mismos ya fueron decididos o la parte dejó de interponerlos⁵⁴. Tal concepto de linaje procesal, se encuentra estrechamente ligado al principio de cosa juzgada, el cual

(...) confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces (...) Se distingue entre los conceptos que en la doctrina se conocen bajo las denominaciones de cosa juzgada material y cosa juzgada formal. La segunda hace que no se pueda

⁵³ Serrano Gómez, Rocío y Acevedo Prada, Milena. Reflexiones en torno a la aplicación de la ley 1448 de 2011 y la restitución de tierras en Colombia. *En*: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, enero- junio, 2013, vol. 43, no. 118, p. 533-566. Disponible en: <http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2358/2101>

⁵⁴ Azula Camacho, Jaime. Manual de derecho procesal civil. Bogotá: Temis, 1994.

volver a revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado dentro del mismo proceso y por los mismos hechos y fundamentos que motivaron tal resolución, mientras que la primera, también conocida como cosa juzgada sustancial, implica la absoluta inmutabilidad de la sentencia en firme, no ya dentro de un proceso determinado, sino ante cualquier otro proceso y en relación con cualquier motivo o fundamento, pues a ella se accede por el agotamiento de todas las posibilidades procesales y supone, por tanto, que la actividad jurisdiccional del Estado se desplegó íntegramente en relación con la materia debatida⁵⁵.

Pues bien, para el caso del proceso de restitución de tierras regulado por la Ley 1448 de 2011, el artículo 101 *ejusdem*, consagra la denominada competencia posfallo radicada en cabeza del juez transicional, y la cual consiste en que *“Después de dictar sentencia, el Juez o Magistrado mantendrá su competencia sobre el proceso para dictar todas aquellas medidas que, según fuere el caso, garanticen el uso, goce y disposición de los bienes por parte de los despojados a quienes les hayan sido restituidos o formalizados predios, y la seguridad para sus vidas, su integridad personal, y la de sus familias.”*

En este orden de ideas, surge palmaria la cuestión relativa a la ejecutoriedad del fallo proferido en el marco del proceso de restitución de tierras, pues si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 1448 de 2011, dicho procedimiento se tramita en única instancia, la sentencia dictada en este tipo de asuntos cobra ejecutoria, y con ello hace tránsito a cosa juzgada, una vez surtida la notificación de la mencionada providencia judicial a las partes. Sin embargo, el mantenimiento de la competencia posfallo por parte del Juez o Magistrado, eventualmente puede llegar a reñir con tal concepto, pues en todo caso el funcionario jurisdiccional quedaría facultado para dictar en cualquier momento, so pretexto de garantizar el derecho a la restitución de la víctima favorecida con el fallo, cualquier tipo de orden adicional a las ya impartidas con ocasión de la

⁵⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 543 de 1992 (1, octubre, 1992). Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 12 y 25 del Decreto 2591 de 1991. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

sentencia que resolvió sobre la restitución, y por esta vía introducir modificaciones, que impedirían a la misma hacer tránsito a cosa juzgada.

1.2.2 Aspectos sustanciales

La vigencia del paradigma de justicia transicional civil, indudablemente implica para el Juez de restitución una nueva forma de acercamiento a la teoría de los contratos y obligaciones, pues al dar aplicación a las presunciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 1448 de 2011, el sentenciador cuenta con la posibilidad de declarar inexistentes o nulos los negocios jurídicos celebrados en el marco de la informalidad que caracteriza las transacciones realizadas sobre predios rurales en el país, o que aun siendo perfeccionados con el cumplimiento de las solemnidades legales prescritas para tal efecto, eventualmente podrían llegar a configurar un despojo de tipo jurídico, que ameriten un estudio más detallado del contexto bajo el cual se celebraron tales actos jurídicos.

De esta manera, al ponderar los efectos de la justicia transicional civil en la aplicación y comprensión de los aspectos relativos a los derechos sustanciales debatidos en el proceso, resultan ilustrativas las afirmaciones efectuadas por la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, que al respecto señaló:

(...) en el orden jurídico se mantiene con plena vigencia la aplicación de disposiciones del derecho civil especialmente referidas a la propiedad y los modos de adquirirla, que lejos de constituirse en protectoras y preservadoras de este derecho, representan no sólo condiciones limitantes a su goce legítimo, sino factores que lo vulneran directamente. Dichas normas, continúan formando parte del conjunto de estrategias y herramientas de las que hacen uso los actores armados, y también narcotraficantes y otros grupos y estructuras delincuenciales, para apoderarse de la tierra y los territorios más ricos o de uso promisorio⁵⁶.

⁵⁶ Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado. Op. Cit., p. 25.

De otro lado, para dicha Comisión, existen algunas instituciones que deben considerarse eliminadas o inexistentes en los casos en que constituyan medios para atentar contra los derechos de las víctimas, como ocurre con figuras como la posesión irregular, la venta de cosa ajena, la simulación, el pacto de retroventa, la falsa tradición o posesión inscrita, la consagración de la lesión enorme como objetiva y la acción oblicua de prescripción, pues

(...) el corpus que constituye la justicia transicional civil debe operar como un sistema normativo especial y paralelo, aplicado sin preocuparse por los efectos que pueda tener sobre el conjunto del sistema normativo ordinario vigente (expedido para ser aplicado en condiciones de normalidad institucional), sino por la realización efectiva de los derechos de las víctimas. El carácter especial lo proveen las víctimas como destinatarios principales, de modo que siempre que un asunto administrativo o judicial involucre a una víctima del conflicto armado, se entienda que el régimen jurídico aplicable es el sistema de justicia transicional civil. De esta forma los efectos de la decisión se aíslan y se reducen a las personas concernidas, sin que pueda entenderse que afecten el sistema jurídico ordinario vigente⁵⁷.

Como puede observarse, la conjugación de aspectos de índole procesal y sustancial que componen el entramado de la justicia transicional civil, ostentan un marcado énfasis en la satisfacción y garantía de los derechos de las víctimas al interior del proceso, objetivo cuyo cumplimiento sería, en principio, limitado si se obrara al amparo de los estándares procedimentales y sustanciales que rigen para la justicia ordinaria civil, en la que, al menos teóricamente, las partes intervienen en el terreno de la igualdad procesal.

Sin embargo, en el escenario que se plantea para el proceso de restitución y formalización de tierras despojadas y abandonadas forzosamente, se encuentran enfrentados los intereses contrapuestos de dos contratantes: la víctima reclamante y el opositor, cuya actividad probatoria en el caso de éste último, se encuentra legalmente restringida a tachar la calidad de despojado del solicitante, a acreditar que también fue despojado del mismo predio, a aportar prueba del justo título o del

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 27.

valor del derecho y a alegar la buena fe exenta de culpa en la adquisición del predio. Buena fe que, desde luego, no se evalúa desde la perspectiva elaborada durante varias décadas por la doctrina y la jurisprudencia patrias, que simplemente impone deberes de conducta a los contratantes inmersos en el contexto de transacciones comerciales regulares, sino desde el entendimiento de que, en el marco de la justicia transicional civil, es perfectamente plausible que situaciones jurídicas –de propiedad o posesión- consolidadas en cabeza del opositor a la luz del ordenamiento jurídico vigente para la fecha de la celebración de un contrato sobre un predio ubicado en una zona afectada por el conflicto armado, puedan llegar a ser declaradas inexistentes o anuladas en virtud de una norma jurídica posterior, como el caso de la Ley 1448 de 2011, aplicada por una justicia temporal, que propende por la reparación integral de una de las partes en contienda, tal y como se vislumbra desde los antecedentes que rodearon la expedición de la mencionada norma, y que en apretada síntesis, se exponen a continuación.

1.3 Antecedentes de la Ley 1448 de 2011

Desde que en el año 1990 se reconoció la verdadera dimensión de la problemática del desplazamiento forzado en Colombia⁵⁸, se han expedido un sinnúmero de instrumentos normativos tendientes a combatir las graves consecuencias de este fenómeno, a través de la prestación de atención humanitaria y políticas asistenciales, de cuyo desarrollo no se ocupa el núcleo central de esta investigación.

Se trata por el contrario, de rastrear aquellas decisiones judiciales y normas jurídicas que se han ocupado del problema de la tenencia de la tierra en Colombia, y particularmente por la aplicación de políticas que posibiliten la restitución y el retorno de las víctimas de desplazamiento forzado en el país.

⁵⁸ Riveros, C. Desplazamiento forzado, víctimas y restitución de tierras. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2014.

De esta forma, es posible afirmar que hasta el año 1997, el tratamiento del problema del desplazamiento forzado en Colombia obedeció a medidas de derecho blando interno, en la medida en que la política pública para mitigar los efectos de este fenómeno, se encontraba recogida básicamente en los Documentos CONPES 2804 de 1995 y 2924 de 1997, de tal suerte que la expedición de la Ley 387 de 1997, constituyó un importante paso al trasladar la solución de esta problemática del derecho blando interno (documentos de política) al derecho duro (Ley de la República)⁵⁹.

En materia de restitución de tierras, siendo el reconocimiento de un orden comercial anormal un presupuesto básico en el paradigma de la justicia transicional civil, a partir del cual se impide que se falle bajo los estándares de normalidad jurídica, la Ley 387 de 1997 estableció herramientas como *“la creación de un registro público de tierras despojadas, con lo cual se reconocía que ciertas transacciones sobre los bienes no se habían desarrollado en un contexto de normalidad sino que había situaciones de violencia que habían mediado las transacciones”*. Dicho registro, fue reglamentado por el Decreto 2007 de 2001.

Cabe anotar que si bien desde la expedición de la Ley 387 de 1997, y por espacio de siete años, se trataron de aplicar políticas eficientes en materia pública de desplazamiento forzado, a través de la creación de unos procedimientos e instituciones encargadas de atender en forma integral a los afectados por dicho fenómeno, los resultados de tales esfuerzos redundaron en un rotundo fracaso, al punto de que en la sentencia T 025 de 2004, la H. Corte Constitucional se vio compelida a declarar inconstitucional el estado de cosas relacionado con las víctimas del desplazamiento forzado en el país.

La sentencia T 025 de 2004, considerada una decisión histórica en esta materia, resolvió 108 acciones de tutela interpuestas por miles de personas desplazadas

⁵⁹ Ibíd.

en todo el país y contiene numerosas órdenes encaminadas a lograr la satisfacción de los derechos reconocidos a este grupo de personas a nivel nacional e internacional. En efecto, en lo relativo a la restitución de las tierras de las personas que se vieron forzadas a abandonar sus bienes como consecuencia del conflicto armado, el Alto Tribunal concluyó: “(...) (f) *En cuanto al componente de retorno, no se han aplicado los programas de reactivación económica, ni proporcionado los elementos que permitan que las comunidades que intentan volver a sus lugares de origen puedan sobrevivir de manera autónoma. Tampoco se han implementado los mecanismos que protegen la propiedad o la posesión de las tierras de las personas desplazadas*”.

Naturalmente, dicha decisión ha sido objeto de numerosos controles, a través de los cuales la misma Corte Constitucional ha pretendido hacer seguimiento a las órdenes impartidas, como ocurrió en el año 2009, fecha de expedición del auto de seguimiento 008, cuyo acápite 4.2 relativo a la reformulación de la política de tierras, acogió las recomendaciones formuladas en este sentido por la Comisión de Seguimiento, ordenando expresamente lo siguiente:

Dada la precariedad de la protección actual de las tierras abandonadas por la población desplazada, la Corte Constitucional ordenará a los Ministros del Interior y de Justicia y de Agricultura y Desarrollo Rural, al Director de Acción Social y a la Directora de Planeación Nacional - dentro de la respectiva órbita de sus competencias - y después de un proceso de participación que incluirá, entre otras organizaciones que manifiesten su interés, a la Comisión de Seguimiento, que reformulen la política de tierras. A este proceso de diseño podrán ser convocadas otras entidades del orden nacional o territorial cuya participación sea considerada pertinente. Las características de la nueva política de tierras habrán de ser definidas por el gobierno con miras a lograr, a lo menos, los siguientes objetivos:

- (i) Contar con un mecanismo para esclarecer la verdad de la magnitud, las modalidades y efectos de los abandonos y despojos de tierras ocurridos en el marco del conflicto armado;
- (ii) Identificar reformas institucionales y normativas que sean necesarias para asegurar la restitución de bienes a la población desplazada;
- (iii) Diseñar y poner en marcha un mecanismo especial para recibir, tramitar y resolver las reclamaciones de restitución de tierras de las víctimas de

abandonos o despojos, teniendo en cuenta las distintas formas de relación jurídica de la población desplazada con los predios abandonados (propiedad, posesión, tenencia, etc.).

83. Para el replanteamiento de la política de tierras, los Ministros del Interior y de Justicia y de Agricultura y Desarrollo Rural, el Director de Acción Social y la Directora de Planeación Nacional podrán considerar lo siguiente:

- El diseño de un mecanismo excepcional y expedito para resolver las reclamaciones sobre restitución de predios;
- La definición de presunciones de ilegalidad de las transacciones realizadas sobre los predios e inversión de la carga de la prueba en relación con (i) los predios abandonados durante periodos de despojo expresamente reconocidos en procesos de justicia y paz; (ii) predios ubicados en zonas en donde se haya expedido informe de riesgo; (iii) territorios colectivos de indígenas y afrocolombianos respecto de los cuales se haya solicitado la titulación colectiva de un territorio ancestral;
- La identificación de los asuntos que requieren reformas urgentes para facilitar restitución a población desplazada, en especial, en relación con (i) el sistema de información sobre la titularidad de las tierras del país; y (ii) los obstáculos de acceso a los mecanismos de reconocimiento y protección de los derechos ostentados sobre las tierras, que impiden que las personas que han sufrido abandonos y despojos puedan probar y hacer valer sus derechos;
- La identificación de medidas transitorias para que en los procesos administrativos, civiles, agrarios y penales en curso adelantados para la reclamación de tierras por parte de población desplazada, se garanticen los derechos a la verdad, la justicia y a la reparación, y se autorice el cambio de jurisdicción cuando persistan presiones y amenazas en las zonas donde se han iniciado tales procesos que impidan el esclarecimiento de la verdad y un acceso real a la justicia;
- La identificación de zonas piloto para aplicación de los mecanismos de protección y restitución de tierras que diseñe la comisión
- El diseño de un mecanismo para la presentación de informes periódicos sobre la verdad de los abandonos y despojos de tierras en el marco del conflicto armado colombiano
- El cumplimiento a los requisitos mínimos de racionalidad de las políticas públicas señalados por la Corte Constitucional entre otras en la sentencia T-025 de 2004 y en los Autos 185 de 2004, 178 de 2005, 218 de 2006, 092 de 2007 y 251 de 2008.[30]
- El enfoque de derechos como criterio orientador de las políticas públicas y el respeto del enfoque diferencial.
- La protección de territorios colectivos de comunidades indígenas y afrocolombianas
- La realización de un “censo” de tierras en riesgo o abandonados, tituladas y en proceso de titulación y su registro, dada la diferencia en cifras que existe entre los informes entregados a la Corte Constitucional por el gobierno, la Comisión de Seguimiento, la Contraloría General de la República, el Movimiento Nacional de Víctimas y algunos centros académicos.

El cumplimiento de dicha orden fue la génesis del proyecto de ley 085 de 2010, de la Cámara, por el cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras, sometido a consideración del Congreso por parte de los Ministros del interior, justicia, agricultura y desarrollo rural, y que, al ser sumado al proyecto de ley 107 de 2010- Cámara (Por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario), culminó en la expedición de la Ley 1448 de 2011, cuyo contenido es bifronte, como quiera que por un lado, desarrolla las medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, y por otra parte, regula el trámite del proceso de restitución y formalización de tierras despojadas y abandonadas forzadamente, objeto de la presente investigación.

No obstante lo expuesto en este panorama, no puede desconocerse que el incidente de cancelación de títulos fraudulentos, tramitado en el marco de la Ley 975 de 2005, también constituye un antecedente inmediato del proceso de restitución de tierras regulado en la Ley 1448 de 2011, dado que ambos comparten su carácter transicional y desarrollan procedimientos de restitución, pues incluso a partir de la vigencia de la Ley 1592, se articularon ambos sistemas normativos, en aras de lograr procesos de reparación armónicos y coherentes.

En este punto, huelga resaltar que el mencionado incidente de cancelación de títulos fraudulentos carece de regulación legal expresa en el texto original de la Ley 975 de 2005, y que su trámite, como audiencia preliminar en el proceso de justicia y paz, tan solo fue explícitamente incluido a partir de la reforma introducida por el artículo 13 de la Ley 1592 de 2012, modificadorio del artículo 9 de la Ley 975 de 2005. De este modo se da lugar a la actual coexistencia de dos procedimientos judiciales tendientes a la restitución de bienes a favor de las víctimas: de un lado, aquel que se tramita como incidente de cancelación de títulos fraudulentos en el

marco de la Ley 975 de 2005, modificado por la Ley 1592 de 2012, y por otra parte, el proceso de restitución y formalización de bienes despojados y abandonados forzosamente de que trata la Ley 1448 de 2011, lo cual obedece a que no obstante la regla general establecida por la Ley 975 de 2005, en el sentido de que las solicitudes de restitución de bienes despojados o abandonados a causa de la violencia generada por los grupos armados organizados al margen de la ley deben tramitarse en el marco de la Ley 1448 de 2011, la excepción a dicho precepto general se encuentra en el artículo 38 de la Ley 1592 de 2012, contentivo del régimen de transición entre ambos conjuntos normativos, al indicar que los incidentes para la restitución de tierras que se encontraban en curso al 3 de diciembre de 2012, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1592, se deben continuar tramitando dentro del marco de la Ley de Justicia y Paz, siempre y cuando, para esa fecha existiere medida cautelar sobre el bien objeto del mismo⁶⁰.

De tal suerte que, si en la actualidad se están tramitando en forma concomitante procesos orientados a restituir los bienes a las víctimas del conflicto armado interno, en el marco de la justicia transicional penal y civil, vale la pena analizar la inteligencia del postulado de la buena fe exenta de culpa en ambos contextos, y por esta vía establecer los paralelismos que admite la aplicación de tal concepto en uno y otro régimen transicional.

De esta manera, en relación con los incidentes de cancelación de títulos fraudulentos tramitados a la luz de la Ley 975 de 2005, y con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1592 de 2012, se advierte que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en asignar la competencia para resolver sobre dichas peticiones a los Magistrados con funciones de control de garantías de las Salas de Justicia y Paz, quienes en aplicación del deber de reparación que rige con mayor rigurosidad en el ámbito de la justicia transicional,

⁶⁰ Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal). Auto del 27 de mayo de 2013. Radicado: 41292. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

deben propender por la restitución de los bienes de las víctimas de desplazamiento forzado que fueron obligadas a abandonar sus parcelas, como consecuencia de la falsificación de títulos de dominio a través de los cuales se consumó la tradición ilegal de bienes inmuebles a favor de miembros de los grupos paramilitares o de sus testaferros.

Así las cosas, el incidente de cancelación de títulos fraudulentos en el contexto de la Ley 975 de 2005, comporta una media de restitución patrimonial para las víctimas del abandono y despojo de bienes, el cual se resuelve por fuera de la sentencia, mediante trámite incidental en el que se garanticen *“los derechos de terceros de buena fe, se acredite que el desmovilizado confesó en su versión libre el desplazamiento y se acredite la apropiación espuria por medio de títulos fraudulentos de los bienes de los desplazados⁶¹”*.

Sin embargo, es de resaltar que no obstante el proceso de restitución y formalización de tierras despojadas y abandonadas forzosamente y el incidente de cancelación de títulos fraudulentos tramitado dentro del proceso de justicia y paz, comparten su carácter transicional, y en ambos casos resulta imperativo respetar los derechos de terceros adquirentes de buena fe, lo cierto es que a diferencia de lo que ocurre en el contexto de la Ley 1448 de 2011, los incidentes tramitados conforme a las reglas de la Ley 975 de 2005, sin las modificaciones incorporadas por la Ley 1592 de 2012, parten de aceptar que la carga de la prueba recae en la promotora del incidente, valga decir, en la víctima del desplazamiento.

Adicionalmente, la buena fe exenta de culpa exigida por el Juez transicional penal, siguiendo los parámetros de la Corte Constitucional al estudiar dicho concepto en relación con la acción de extinción de dominio, difiere del estándar adoptado por el Juez Civil Especializado en Restitución de Tierras, pues mientras éste exige en

⁶¹ Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal). Auto del 15 de septiembre de 2010. Radicado: 34740. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

términos generales la comprobación de que al momento de la negociación el bien no estuviere afectado por una situación de violencia o de violación sistemática de los Derechos Humanos, tal y como se desarrollará más adelante; aquel se contenta con el criterio del Juez ordinario civil, quien entiende que la buena fe exenta de culpa exige acreditar la conciencia de obrar con lealtad y la seguridad de que el tradente es realmente el propietario del bien, mediante averiguaciones adicionales que comprueben tal situación, razonamiento puesto de presente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al acoger la posibilidad de *“... acudir a las normas del procedimiento civil a efectos de tramitar dentro del sistema acusatorio las actuaciones incidentales de quienes se postulan como terceros de buena fe en relación a los bienes afectados con medidas cautelares”*⁶².

Empero, con la entrada en vigencia de la Ley 1592 de 2012, la aplicación del postulado de la buena fe exenta de culpa en los incidentes promovidos, con el fin de obtener la restitución de los bienes despojados en el marco de la ley de justicia y paz, ha merecido una nueva lectura por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que la aleja de la concepción propia del Juez ordinario civil y la acerca, cada vez más, al análisis desarrollado por los Jueces civiles especializados en restitución de tierras, por mandato expreso del artículo 39 de la Ley 1592 de 2012. Incluso, dicho viraje se hace patente en un reciente pronunciamiento del Alto Tribunal, que en aplicación del principio de la inversión de la carga de la prueba y del régimen de presunciones de la Ley 1448 de 2011, revocó la decisión adversa a los intereses de las víctimas, emanada del Magistrado con funciones de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, argumentando la notoriedad del hecho de la violencia en la región del Urabá Antioqueño.

⁶² Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil). Sentencia del 30 de agosto de 2011. Radicado: 11001310301219990195701. M.P: William Namén Vargas.

En sustento de dicha determinación, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló:

ix) Tratándose de un proceso de restitución de bienes despojados, no pueden apreciarse separados del contexto de la transferencia de dominio los elementos de las obligaciones del artículo 1502 del Código Civil como si se tratara de un negocio jurídico celebrado en condiciones de normalidad. Ello por cuanto el legislador colombiano reconoció la existencia de un conflicto armado interno (artículo 3 Ley 1448/11) y la violación grave y masiva de los derechos humanos de algunos sectores de la población, situación por la cual estableció criterios especiales para regular el trámite de devolución (...) Y aunque la normatividad civil constituye un marco de referencia ineludible, debe armonizarse con las pautas y prerrogativas establecidas en la justicia transicional y de restitución de tierras.

(...)

En efecto, constituye hecho notorio que esa región en la década de los años noventa y en la mayor parte de los años 2000 se vio sometida al accionar paramilitar, generador de asesinatos y desplazamientos de la población civil, situación que obligaba a los interesados en comprar en esa zona a tomar precauciones adicionales y no conformarse con el estudio de títulos, insuficiente cuando se pretende adquirir propiedades en territorios que se sabe han sido azotados por el crimen y la intimidación⁶³.

Como puede verse, resulta apenas claro que los antecedentes normativos de la Ley 1448 de 2011, parten del seguimiento efectuado por la Corte Constitucional al cumplimiento de las órdenes emitidas por esa misma Corporación, en procura de mitigar las penosas consecuencias que el fenómeno del desplazamiento forzado ha creado en el país. De allí que para lograr revertir estos procesos de despojo y abandono de bienes en el marco del conflicto armado interno, se haya generado un instrumento jurídico como el proceso de restitución de tierras, cuyo trámite se analizará con detenimiento a continuación, a fin de proporcionar claridad acerca del marco procedimental en el cual se inserta el problema de investigación, en relación con las reales posibilidades con que cuenta el opositor en el proceso para acreditar que obró al amparo del postulado de la buena fe exenta de culpa y

⁶³ Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal). Auto del 11 de febrero de 2015. Radicado: 44688. M.P. María del Rosario González Muñoz.

cuáles son las consecuencias del cumplimiento de dicha carga probatoria, al momento de proferirse sentencia por parte del Juez transicional civil.

1.4 Trámite del proceso de restitución y formalización de tierras despojadas y abandonadas forzosamente (Ley 1448 de 2011)

El proceso transicional de restitución y formalización de tierras, ostenta un carácter mixto en virtud del cual intervienen autoridades administrativas y judiciales, tal y como pasará a estudiarse a continuación.

1.4.1 Fase administrativa

Antes de que la solicitud de restitución de tierras llegue a manos del Juez transicional para decidir de fondo sobre dicha pretensión, es necesario que el bien reclamado se encuentre debidamente inscrito en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, el cual contiene información acerca de la identificación del predio, las personas cuyos derechos sobre estos fueron afectados, el tiempo o período de influencia armada en relación con el predio, el tiempo de vinculación de los solicitantes con el predio y toda la información complementaria que sea necesaria para la inscripción en el registro y el proceso de restitución, todo lo cual exige el agotamiento previo del correspondiente trámite administrativo ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, cuya duración es de sesenta días, prorrogables por treinta más.

En este sentido, el procedimiento de inscripción en el mencionado registro, bien sea de oficio, o a solicitud de parte, se encuentra regulado en el Decreto 4829 de 2011, con fundamento en el cual es posible señalar los siguientes hitos procedimentales:

- Microfocalización. Toda vez que la inscripción en el registro es gradual y progresiva, resulta imperativo definir las áreas geográficas en las cuales se realizará el estudio de las solicitudes recibidas, mediante el proceso de macro y microfocalización, que se lleva a cabo por municipios, veredas y corregimientos.
- Análisis previo. Una vez recibida la solicitud de inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, se procede a efectuar un estudio previo con miras a establecer las condiciones de procedibilidad del registro, descartar de plano aquellos casos que no cumplen con los requisitos legales para la inscripción en el mismo y evitar que se incluyan predios o personas que no cumplen con los requisitos previstos en la ley, para lo cual la entidad desarrolla actividades como búsqueda en bases de datos institucionales, labores de cartografía social y estudio de títulos. El término para efectuar este análisis previo es de veinte días contados desde la recepción de la solicitud.

Una vez concluida la fase de análisis previo, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas deberá decidir el inicio formal del estudio del caso para determinar la inclusión del predio en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, o la exclusión si es el caso.

El artículo 12 del Decreto 4829 de 2011, establece los siguientes criterios de exclusión:

1. Cuando no se cumpla el requisito de temporalidad señalado en el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011.
2. Cuando la relación jurídica del solicitante con el predio no corresponda a alguna de las previstas en el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011.
3. Cuando se establezca que los hechos declarados por el solicitante no son ciertos, o que ha alterado o simulado deliberadamente las condiciones requeridas para su inscripción.

4. Cuando no se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 3° de la Ley 1448 de 2011 sobre la calidad de víctima.
 5. Cuando se verifique que el solicitante incurrió en las vías de hecho establecidas en el artículo 207 de la Ley 1448 de 2011.
 6. Cuando los hechos que ocasionaron la pérdida del derecho o vínculo con el predio no correspondan con el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011⁶⁴
- Resolución de inicio del estudio. Corresponde al acto administrativo de iniciación formal del estudio. Contiene la orden de que el predio quede cobijado, con carácter preventivo y publicitario, con la medida de protección en el folio de matrícula del inmueble respectivo; la orden de comunicar el inicio del estudio de la solicitud a quien actualmente ostente la calidad de propietario, poseedor u ocupante del predio objeto de reclamación, quien a partir de la notificación cuenta con el término de diez días para aportar la información y documentos que pretenda hacer valer en el trámite administrativo; el requerimiento de información a otras autoridades; la orden de acumular las solicitudes que estén vinculadas a un mismo predio; y las medidas de apoyo institucional, priorización y coordinación preventiva a que haya lugar.
 - Resolución de apertura de la etapa probatoria: El período probatorio es de treinta días.
 - Decisión sobre la inscripción de la solicitud en el Registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente. Es posible negar la inscripción en el registro por las mismas causales de exclusión que fueron anunciadas con anterioridad, pero si se acepta la inscripción, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas deberá comunicar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar que le corresponda al predio, la

⁶⁴ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4829 de 2011 (20, diciembre, 2011). Por el cual se reglamenta el Capítulo III del Título IV de la Ley 1448 de 2011 en relación con la restitución de tierras. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2011. No. 48280.

decisión y los efectos en relación con las medidas cautelares previamente ordenadas, para que se proceda de conformidad.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 4829 de 2011, la inscripción en el Registro incluirá como mínimo la siguiente información:

1. La identificación precisa de los predios objeto de despojo, en forma preferente mediante georreferenciación individual y colectiva.
2. La identificación de la víctima o víctimas de despojo.
3. La relación jurídica de las víctimas con el predio.
4. El periodo durante el cual se ejerció influencia armada en relación con el predio.
5. La inclusión de la información complementaria, respetando todas las garantías constitucionales de las víctimas.

Una vez culminado este procedimiento, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas podrá solicitar al Juez o Magistrado la titulación y entrega del respectivo predio incluido en el registro de tierras despojadas a favor del titular de la acción y representarlo en el proceso⁶⁵.

1.4.2 Fase judicial

El artículo 83 de la Ley 1448 de 2011, establece que una vez cumplido el requisito de procedibilidad de la acción, esto es, la inscripción del predio en el registro de tierras despojadas, la víctima podrá dirigirse directamente al Juez o Magistrado, mediante la presentación de demanda escrita u oral, por sí misma o a través de apoderado, o a través de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, tal y como lo autoriza el inciso final del artículo 81 y el artículo 82 *ejusdem*.

En su solicitud, al reclamante únicamente le está permitido ejercer las acciones de que trata el artículo 72 de la Ley 1448 de 2011, así:

⁶⁵ Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1448 de 2011, artículo 82.

En primer lugar, deberá solicitar la restitución jurídica y material del inmueble, caso en el cual el Juez deberá restablecer el derecho de propiedad, ordenando la inscripción de la sentencia en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria; la posesión, caso en el cual el sentenciador también se encuentra facultado para declarar la pertenencia; o en el caso de los ocupantes, se procederá con la adjudicación del derecho de propiedad del baldío a favor de la persona que venía ejerciendo su explotación económica si durante el despojo o abandono se cumplieron las condiciones para la adjudicación.

Ahora bien, cuando la restitución jurídica y material del inmueble despojado sea imposible o cuando el despojado no pueda retornar al mismo, por razones de riesgo para su vida e integridad personal, el reclamante podrá reclamar en forma subsidiaria, en su orden, la restitución por equivalente para acceder a terrenos de similares características y condiciones en otra ubicación, previa consulta con el afectado, o el reconocimiento de una compensación en dinero, la cual sólo procederá en el evento en que no sea posible ninguna de las formas de restitución.

De otro lado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 75 y 81 de la Ley 1448 de 2011, las personas legitimadas en la causa para iniciar cualquiera de las acciones de restitución antes mencionadas son:

En primer lugar, los propietarios o poseedores de predios o explotadores de baldíos cuya propiedad se pretenda adquirir por adjudicación, que hayan sido despojados de estos o que se hayan visto obligados a abandonarlos como consecuencia directa e indirecta de los hechos que configuren las violaciones de que trata el artículo 3 de la Ley 1448, entre el 1º de enero de 1991 y el término de vigencia de la Ley (diez años contados desde el 10 de junio de 2011). Se excluye

de la posibilidad de iniciar la acción de restitución a los tenedores del inmueble, tal y como se advirtió en la sentencia C 715 de 2012.

En segundo lugar, el cónyuge o compañero o compañera permanente, de las personas antes mencionadas, con quien se conviva al momento en que ocurrieron los hechos o amenazas que llevaron al despojo o al abandono forzado. Si 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.

En este sentido, se itera que cualquiera de las referidas personas se encuentra legitimada para iniciar las acciones referidas en el artículo 72 de la Ley 1448 de 2011, ante el Juez o Magistrado de restitución de tierras del lugar donde se hallen ubicados los bienes, quienes tramitarán el proceso en única instancia, haciendo la claridad de que mientras los jueces transicionales deciden de fondo las solicitudes en las cuales no se haya registrado oposición, al juez colegiado le fue reservada la tarea de proferir sentencia en aquellos procesos en los cuales se haya presentado oposición⁶⁶.

Finalmente, el trámite previsto en los artículos 84 y siguientes de la normatividad en cita, establecen que una vez presentada la solicitud con observancia de los requisitos previstos en el artículo 84 de la Ley 1448, el Juez de restitución de tierras profiere auto admisorio de la solicitud, el cual debe contener las ordenes de que trata el canon 86 *ibídem*, y del cual se dará traslado a quienes figuren como titulares inscritos de derechos en el folio de matrícula inmobiliaria del bien reclamado, quienes cuentan con el término de 15 días para presentar oposición. Si no se formula resistencia a las pretensiones de la víctima, corresponde al Juez

⁶⁶ *Ibíd.*, artículo 79.

decretar y practicar las pruebas en un término de 30 días y dictar sentencia en los términos del artículo 91 de la Ley 1448, en caso contrario, una vez concluida la etapa probatoria, deberá remitir el proceso a la Sala Civil Especializada en Restitución de tierras, a fin de que proceda a proferir el correspondiente fallo, el cual únicamente es susceptible del recurso de revisión.

En este sentido, a voces del mencionado artículo 91 ibídem, la sentencia que se produzca al interior de este trámite deberá contener un pronunciamiento definitivo “sobre la propiedad, posesión del bien u ocupación del baldío objeto de la demanda”, pero adicionalmente, en caso de ser procedente, deberá decretar el valor de las compensaciones a que haya lugar “a favor de los opositores que probaron buena fe exenta de culpa dentro del proceso”. Es decir que, por mandato expreso de la ley, el fallo proferido en este proceso, deberá contener un pronunciamiento puntual y analítico en torno a la buena fe exenta de culpa alegada por el opositor, quien no debe ser identificado a priori como el responsable del despojo o el abandono forzado del bien que se restituye, siendo en este punto procedente entrar a analizar los alcances y características que reviste el postulado de la buena fe en el proceso regulado por la Ley 1448 de 2011.

2. Conceptualización del principio de buena fe exenta de culpa en el marco del proceso de restitución de tierras

El inciso 3 del artículo 88 de la Ley 1448 de 2011, establece que quien pretenda oponerse a la pretensión restitutoria elevada por el reclamante, deberá aportar las pruebas tendientes a acreditar que obró de buena fe exenta de culpa, caso en el cual el Magistrado de restitución de tierras ordenará el pago de una compensación

a su favor⁶⁷ y, en caso de estarse desarrollando proyectos productivos en el predio, la autorización para celebrar un contrato para el uso del predio restituido⁶⁸.

Como puede apreciarse, la necesidad de acreditar una conducta ajustada a tal postulado, no reviste poca importancia para el contradictor de la solicitud, como quiera que en ella descansa el verdadero éxito de su oposición. Sin embargo, tal y como se ha venido anunciando y se pretende demostrar en este artículo, la inteligencia de este principio dista en forma considerable de lo establecido en esta materia por el derecho ordinario civil patrio.

En la autorizada opinión de Luis Garay, el principio de buena fe exenta de culpa en el ámbito transicional de restitución de tierras, admite la siguiente formulación:

(...) a quien habiendo adquirido con un título aparentemente válido argumenta haberlo hecho ignorando la situación de violencia o la condición de víctima del tradente, le compete la carga de la prueba de los actos positivos de esmerada y juiciosa diligencia que sustentaron su decisión negocial, de lo contrario, puede presumirse, con base en el artículo 74 de la Ley 1448 de 2011, un aprovechamiento de la situación de violencia, que descarta la actuación decorosa, leal o recta. Ello por cuanto “la buena fe objetiva” implica una exigencia de comportamiento diligente, advertido, pundonoroso, y la consiguiente carga probatoria del sujeto que ha de comportarse así⁶⁹.

Visto con detenimiento, se hace apenas obvio que dicho planteamiento pone el énfasis en el “contexto”, pues en todo caso, la conducta especialmente diligente que se espera del opositor en el proceso de restitución de tierras, se encuentra orientada a acreditar que el mismo desplegó todas las actuaciones necesarias en orden a verificar que el bien adquirido no fue afectado por situaciones de violencia que permitieran inferir la existencia de un orden jurídico anormal en el contexto de ubicación del predio, de tal suerte que...

⁶⁷ *Ibíd.*, artículo 91.

⁶⁸ *Ibíd.*, artículo 99.

⁶⁹ Garay Salamanca, Luis. Vargas Valencia, Fernando y Rico, G. Derechos patrimoniales de víctimas de la violencia: reversión jurídica y material del despojo y alcances de la restitución de tierras en procesos con oposición. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2014, p. 192.

(...) para el caso específico de los procesos de restitución de tierras, demostrar la buena fe exenta de culpa en escenarios de violencia puede tornarse muy complejo, pues se tendría que demostrar 1) que la situación de la violencia en la región sólo la conocieron las víctimas que la sufrieron y que no afectó el mercado de tierras y, 2) que se realizaron actos positivos de averiguación para conseguir la certeza de la no afectación del bien pos asuntos de violencia⁷⁰.

De esta manera, es claro que por el influjo del principio pro víctima, propio de un paradigma transicional de esta naturaleza, la mayor carga probatoria se asigna a quien resiste la pretensión del afectado, de allí que la buena fe exenta de culpa exigida al opositor en el proceso de restitución de tierras, corresponda a...

... una forma cualificada del deber de lealtad contractual que exige por parte del contratante la plena observancia de dos condiciones: 1. Conciencia probada de obrar con lealtad, y 2. Ausencia de culpa y, por ende, la exigencia de un comportamiento diligente encaminado a realizar todas las labores necesarias e indispensables, en términos de verificaciones y averiguaciones, para corroborar que los bienes objeto de negocio no están siendo viciados por una situación que lo haría ineficaz, como es la existencia de cuadros de violencia o de desplazamientos forzados⁷¹.

Colofón de lo expuesto, la buena fe cualificada en el proceso de restitución de tierras se orienta fundamentalmente a examinar la conducta del opositor, en relación con un determinado contexto de anormalidad en el tráfico contractual, en zonas del país donde sus habitantes han sido afectados por graves y sistemáticas violaciones de los Derechos Humanos, y en especial, por situaciones de desplazamiento forzado, todo lo cual encierra una serie de dificultades y dilemas que deben ser cuidadosamente analizados por el juez transicional al momento de proferir sentencia.

⁷⁰ García, J. El testimonio de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos en el proceso de restitución de tierras. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2013, p. 66.

⁷¹ Garay Salamanca, Luis Jorge y Vargas Valencia, Fernando. Memoria y reparación: elementos para una justicia transicional pro víctima. Op. Cit., p. 49.

Y es que no debe olvidarse que, sin lugar a dudas, la buena fe constituye un principio general de derecho que irradia las relaciones de los particulares entre sí, y de éstos con el Estado, por lo que su ámbito de validez no es exclusivo del derecho privado, sino que permea todo el ordenamiento jurídico en sus diferentes vertientes. A la vez, es una forma de la conducta humana que implica la conciencia de obrar con honradez y lealtad, desplegando actos positivos acordes con tal fin.

Ahora bien, como quiera que la buena fe exenta de culpa constituye, en términos generales, una formulación más exigente de la buena fe, en la que se impone al agente que la alega el deber de acreditar un mayor nivel de diligencia y cuidado en la realización de los negocios, siendo éste un criterio aceptado con cierta uniformidad en la doctrina, resulta elocuente el hecho de que con la irrupción de la Ley 1448 de 2011, en el escenario normativo patrio, se hayan producido importantes diferencias en el tratamiento de este concepto en materia ordinaria civil y al interior del proceso de restitución de tierras, tal y como se ha venido exponiendo a lo largo de este capítulo.

De esta forma, en apretada síntesis, es posible afirmar que la aplicación de la buena fe exenta de culpa en el campo civil ordinario y en materia transicional civil, resulta disímil en relación con los siguientes puntos:

En primer lugar, frente a la conducta externa desplegada por el agente que la alega, vale la pena analizar lo relativo al concepto de culpa y a la publicidad en el registro.

En relación con el concepto de culpa, que debe acreditar quien alegue haber actuado bajo el imperio de la buena fe cualificada, se otea que en materia ordinaria civil, ésta es la misma culpa leve. Al respecto Diego Buitrago, plantea:

(...) como la locución culpa sin ninguna otra calificación no significa otra cosa que culpa leve, descuido leve o descuido ligero, la buena fe cualificada se debe demostrar probando, además de otros elementos, una diligencia y cuidado de aquella clase que los hombres ordinariamente emplean en los negocios que le son propios, de los hombres que administran sus asuntos como buenos padres de familia. Hablamos de la diligencia y cuidado que la mayoría de las veces exige en los contratos que se celebran para beneficio recíproco de las partes, esto es, en los contratos onerosos, ya sean conmutativos o aleatorios (artículos 63, 1497, 1498 y 1604 del C.C)⁷².

Por su parte, en el proceso de restitución de tierras, la buena fe exenta de culpa, hace referencia a la culpa levísima. Al respecto, Luis Garay señala que: “...*la ausencia de culpa que se exige a quien alegue haber actuado con buena fe exenta de culpa es la denominada culpa levísima. Dicho de otra forma, a esta persona le corresponde probar no un cuidado ordinario, sino la suma diligencia en su conducta*⁷³”.

De otro lado, es posible señalar la existencia de marcadas diferencias en lo atinente a la función de publicidad del registro del bien como criterio para establecer la buena fe del adquirente. En efecto, en materia ordinaria civil, se ha sostenido que...

... un efecto trascendente de la función de publicidad que cumple el mencionado registro, es que, en línea de principio, permite presumir la buena fe de quienes hayan celebrado negocios jurídicos amparados en la información que aparecía inscrita al momento en que ellos fueron celebrados. Sin embargo, no se puede afirmar que esa buena fe se sostiene única y exclusivamente en la inoponibilidad de los actos que, pese a estar sujetos a registro, no han cumplido con ella, pues cabe la posibilidad de predicar la mala fe de un tercero, con independencia del registro en cuestión (...) tratándose de la adquisición de inmuebles, la buena fe se funda en un elemento externo consistente en el registro inmobiliario, que es, conforme al art. 1° del decreto 1250 de 1970, “un servicio del Estado” que se presta por funcionarios públicos, y que permite a toda persona que desea celebrar actos o contratos sobre bienes de tal naturaleza, indagar mediante la obtención de un certificado de tradición y libertad, cuál es la situación jurídica de un determinado bien raíz, cuáles sus titulares, sus limitaciones etc., y por ello, si una persona, confiada

⁷² Buitrago Flórez, Diego. Op. Cit., p. 38

⁷³ Garay Salamanca, Luis. *Et al.* Derechos patrimoniales de víctimas de la violencia: reversión jurídica y material del despojo y alcances de la restitución de tierras en procesos con oposición. Op. Cit., p. 91

en la información reflejada en uno de tales documentos, obtiene, por vía de ilustración, de manos de su verdadero propietario el derecho de dominio, sin que aparezca que existe alguna limitación, gravamen o medida cautelar que pueda afectarlo, la ley protege la buena fe de ese tercero, así con posterioridad apareciere que sobre tal inmueble existía una específica restricción, acordada o decretada ex ante, pero no inscrita oportunamente⁷⁴.

Empero, llama la atención que, a diferencia de lo que ocurre en el escenario del proceso civil, e incluso en los procesos de extinción de dominio, la buena fe exenta de culpa en el proceso de restitución de tierras no se acredita demostrando “la conciencia de obrar con lealtad” y “la seguridad de que el tradente es realmente el propietario”, a través de averiguaciones adicionales que comprueben tal situación, sino mediante *“verificaciones y averiguaciones para corroborar que el bien objeto del contrato no esté viciado por una situación que lo haría ineficaz, como es la existencia de un cuadro de violencia o desplazamientos forzados”*⁷⁵.

Por otro lado, Luis Garay, al respecto, anota lo siguiente:

A la luz de la Ley 1448 de 2011 y del Auto 008 de 2009, no basta con un estudio de títulos ordinario entendido como la simple lectura de las inscripciones incluidas en un certificado de tradición y libertad, para demostrar la buena fe exenta de culpa en relación con la información necesaria para determinar si un bien inmueble rural se encuentra debidamente saneado, es decir, libre de cualquier gravamen o acto que coloque en entredicho la validez del título con base en el cual se dispuso del bien⁷⁶.

Dicho criterio ha sido acogido por gran parte de los Jueces y Magistrados de restitución de tierras del país, como se analizará en profundidad en el siguiente capítulo.

En segundo lugar, que a diferencia de lo que ocurre en los procesos civiles (donde la negociación se ha adelantado con el titular aparente del derecho) y de extinción

⁷⁴ Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil). Sentencia del 19 de diciembre de 2008. Radicado: 15001310300319960815801. M.P: Arturo Solarte Rodríguez.

⁷⁵ Garay Salamanca, Luis Jorge y Vargas Valencia. Op. Cit., p. 49.

⁷⁶ Garay Salamanca. Et al. Op. Cit., p. 202.

de dominio (donde la génesis de la propiedad ha sido una actividad ilícita), en los cuales, por virtud de la vieja máxima según la cual el “error común crea derecho”, el tercero adquirente de buena fe exenta de culpa hace real un derecho que tan solo ostentaba en apariencia; en el proceso reglado por la Ley 1448 de 2011, la buena fe cualificada no cumple la función creadora tradicionalmente asignada a tal principio, en la medida en que el opositor que demuestre haber actuado al amparo de la misma, no radica en su cabeza la propiedad del bien que le ha sido disputada, sino que es compensado en los términos de los artículos 91 y 98 ibídem.

Por lo expuesto, es posible concluir que, el tratamiento de la buena fe exenta de culpa en materias ordinaria civil y transicional civil, ostenta importantes diferencias que, de entrada, van a definir el alcance y los términos en que el opositor del proceso de restitución de tierras debe plantear su resistencia a la petición restitutoria de la víctima, y por ahí mismo, establecer si la forma en que actualmente se encuentra configurado el paradigma de la justicia transicional civil en Colombia, ofrece posibilidades serias y reales al contradictor de acreditar los presupuestos en que funda su defensa.

CAPITULO II

JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS EN COLOMBIA VS. LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE TERCEROS OPOSITORES EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS

El proceso de restitución y formalización de tierras despojadas y abandonadas forzosamente, regulado por la Ley 1448 de 2011, en términos generales, podría ser descrito como un instrumento de reparación de los derechos patrimoniales de las víctimas de desplazamiento forzado que, como consecuencia del conflicto armado interno, han sido despojadas u obligadas a abandonar los predios frente a los cuales ostentaban una relación jurídica de propiedad, posesión u ocupación, y el cual admite la caracterización jurídica, política y social que a continuación se enuncia.

Desde el punto de vista jurídico, Rodrigo Uprimny y Nelson Sánchez, en un artículo sobre la restitución de tierras⁷⁷, sostienen que existe consenso entre los diferentes sectores políticos del país sobre la identificación de la restitución de tierras como un derecho fundamental. Afirman que el proceso de justicia transicional colombiano se diferencia de otros procesos similares en el mundo porque se realiza en una época en que los estándares internacionales de Derechos Humanos limitan considerablemente las opciones jurídicas para realizar dicha transición, en la medida en que exige que no se restrinjan considerablemente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, de manera que el ideal de la restitución ostenta una importancia reforzada en el diseño de políticas públicas de reparación de las víctimas del desplazamiento.

⁷⁷ Uprimny Yepes, Rodrigo y Sánchez, Nelson. Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos, julio-diciembre, 2010, vol. 12, no. 2, p. 305-342. Bogotá: Universidad del Rosario. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73315636010>

Agregan que, en los últimos años, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha adoptado estándares específicos que reconocen la prevalencia de la restitución como forma de reparación, entre los cuales se encuentran los “*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2005; los “*Principios Deng*” o principios rectores sobre desplazamientos internos, y los “*Principios Pinheiro*” sobre restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos; documentos que si bien no ostentan la calidad de tratados internacionales, si se encuentran integrados al bloque de constitucionalidad en sentido lato, según lo estableció la H. Corte Constitucional en sentencia C 280 de 2013.

En este sentido, los principios de las Naciones Unidas sobre restitución constituyen un importante hito en materia de protección a los derechos de las víctimas, en la medida en que precisa el alcance y contenido de la obligación de los Estados de reparar a las víctimas de violaciones de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, señalando las cinco formas básicas de reparación, a saber: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición⁷⁸.

De igual forma, la primacía del derecho a la restitución, como forma prevalente de reparación, se hace evidente en otros instrumentos internacionales. Así, el principio 2.2 de los Principios Pinheiro, claramente dispone que:

⁷⁸ Gómez Isa, Felipe. La restitución de la tierra y la prevención del desplazamiento forzado en Colombia. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos, julio-diciembre, 2010, vol. 12, no. 2, p. 11-58. Bogotá: Universidad del Rosario. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73315636002>

2.2. Los Estados darán prioridad de forma manifiesta al derecho de restitución como medio preferente de reparación en los casos de desplazamiento y como elemento fundamental de la justicia restitutiva. El derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio es un derecho en sí mismo y es independiente de que se haga o no efectivo el regreso de los refugiados y desplazados a quienes les asista ese derecho⁷⁹.

A su turno, el principio 29.2 de los Principios Deng, establece la obligación a cargo de los Estados de asumir la restitución como una medida preferente de reparación, de tal suerte que la indemnización y las demás medidas de reparación, solo tienen lugar en el caso en que la víctima voluntariamente opte por otro lugar de reasentamiento, o la restitución se haga imposible. Al respecto, dispone el mencionado principio:

2. Las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron. Si esa recuperación es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan⁸⁰.

Sin embargo, no solo existen estándares internacionales, en materia de reparación a las víctimas, que propugnan por la restitución como la medida preferente de reparación a las víctimas del desplazamiento forzado; Felipe Gómez cita como estándares nacionales en la materia, entre otras normas: la Ley 387 de 1997, el Decreto 2007 de 2001, la Ley 975 de 2005 o ley de justicia y paz y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en forma decidida ha propugnado por la garantía del derecho a la reparación de las víctimas del conflicto armado.

⁷⁹ ONU. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas. 28, junio, 2005, p. 6.

⁸⁰ ONU. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Principios rectores de los desplazamientos internos. 11, febrero, 1998, p. 14.

De lo expuesto se concluye que la caracterización jurídica del proceso de restitución de tierras, parte de comprender la restitución como un derecho fundamental (Sentencia T 821 de 2007), cuyo contenido sirve como criterio orientador de las políticas públicas en materia de protección de los derechos de las víctimas, por su carácter de medida preferente de reparación.

Por otra parte, en lo relativo a la caracterización política del proceso de restitución de tierras, Rodrigo Uprimny y Nelson Sánchez⁸¹, efectúan un interesante acercamiento al panorama político de la restitución, a partir de los consensos y disensos existentes sobre este tema entre los diferentes sectores políticos del país. De esta forma, en relación con los puntos de convergencia entre las denominadas posturas neoliberales de un lado, y las de las víctimas por el otro, destacan que ambos enfoques coinciden en aceptar la importancia del proceso de restitución de tierras, pues mientras los primeros sostienen que uno de los fundamentos del desarrollo económico es la claridad en el derecho de propiedad, los segundos consideran que una política de tal naturaleza permite solucionar el problema de la distribución inequitativa de la tierra, pues la restitución es considerada como una medida de justicia correctiva (dado que corrige el daño injusto –el despojo- ocasionado a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos), como una medida de justicia de reconocimiento (en la medida en que reconoce al campesinado despojado como un actor social determinante en la sociedad, reivindicando por esta vía la cultura campesina y la economía de la pequeña propiedad rural en Colombia sobre los procesos de urbanización), y como una medida de justicia distributiva, para evitar la concentración de las tierras.

No obstante lo anterior, también se hace referencia a los motivos de disenso frente al proceso de restitución de tierras entre las diferentes corrientes políticas en el país, señalando que si bien existe divergencia sobre aspectos técnicos

⁸¹ Uprimny Yepes, Rodrigo y Sánchez, Nelson. Op. Cit.

relacionados con la viabilidad fáctica y financiera del procedimiento, la verdadera contraposición entre las posturas defendidas por los diferentes actores políticos, se da en relación con la magnitud y el propósito que debe tener la política de restitución de tierras en Colombia.

De esta manera, afirman que frente a la magnitud del proceso de restitución de tierras, por una parte se ubican quienes propenden por una “restitución gruesa”, en virtud de la cual se pretende la restitución de todo el patrimonio de las víctimas, a más de la reparación del lucro cesante y otras medidas de reparación complementarias, por otro lado, se encuentran los defensores de la denominada “restitución fina”, en la cual únicamente se persigue la restitución de los bienes inmuebles despojados o abandonados por las víctimas. En igual sentido, sostienen que, mientras un sector político concibe el propósito de la restitución con fines meramente correctivos, en la medida en que restringen la finalidad del proceso al saneamiento de los títulos de propiedad para favorecer el libre mercado de bienes, sin parar mientes en otorgar herramientas de empoderamiento al campesinado, otras corrientes políticas abogan por dotar a la política de restitución de tierras de una teleología correctiva, distributiva y de reconocimiento, a partir de la cual se conciba la tierra con atributos culturales, comunitarios, sociales y económicos.

Ahora bien, una revisión más actual de los anteriores planteamientos, de cara a la Ley 1448 de 2011, en los términos en que finalmente resultó aprobada dicha norma, permite caracterizar el proceso de restitución de tierras desde el punto de vista político, como una “restitución fina”, en la medida en que dicho procedimiento únicamente se encuentra previsto para la recuperación de bienes inmuebles despojados o abandonados forzosamente, pero con elementos de justicia correctiva, distributiva y de reconocimiento, pues no se trata de restituir a la víctima a las condiciones de vulnerabilidad en que se encontraba antes del

despojo o abandono, sino poner en práctica un modelo de justicia con elementos distributivos que le permita superar la situación de pobreza⁸².

Sobre este particular Rodrigo Uprimny y Nelson Sánchez, sostienen que:

En contextos de políticas masivas de reparaciones, si las víctimas de las violaciones eran antes de los crímenes personas pobres en una sociedad muy desigual, el propósito de restitución –incluso plena– es un ideal de justicia muy débil, porque implicaría retornar a la persona a una situación previa de privaciones materiales y discriminación. En ese caso, la restitución “es casi cruel”, porque conduce a la violación de los derechos económicos y sociales de la persona y a la consolidación de una estructura social que desconoce principios de justicia distributiva⁸³

Finalmente, la caracterización social del proceso de restitución de tierras, responde a las dinámicas propias del conflicto armado interno que ha afrontado el país desde hace varias décadas. Según cifras oficiales de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas⁸⁴, con corte al 1 de julio de 2015, se estima que 8.210 personas se encontraban inscritas en el Registro Único de Víctimas como sujetos pasivos de abandono o despojo de tierras, 6'300.422 personas como víctimas de desplazamiento y 95.082 personas declararon la pérdida de sus bienes muebles o inmuebles. De igual forma, según cifras oficiales de la Unidad de Restitución de Tierras⁸⁵, entre los años 2011 y 2015, se han presentado 79.602 solicitudes de inscripción en el Registro de Tierras Despojadas, de las cuales tan solo 7.412 han sido llevadas ante los

⁸² Martínez Sanabria, Claudia y Pérez Forero, Andrea. La restitución de tierras en Colombia. Expectativas y retos. En: Prolegómenos. Derechos y valores, vol. XV, núm. 29, enero-junio, 2012. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada, pp. 111-127. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87625419008>

⁸³ Uprimny Yepes, Rodrigo y Sánchez, Nelson. Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia. Op. Cit., p. 336-337

⁸⁴ Red Nacional de Información. Registro único de víctimas (RUV). Corte al 1 de julio, 2015. Disponible en <http://rni.unidadvictimas.gov.co/?q=node/107>

⁸⁵ Red Nacional de Información. Unidad de Restitución de tierras. <http://rni.unidadvictimas.gov.co/?q=node/370>

Jueces de restitución de tierras, quienes han resuelto 1.980 en 1000 sentencias, según cifras presentadas por la organización Forjando Futuros⁸⁶ en junio de 2015.

Como puede apreciarse el proceso de restitución y formalización de tierras despojadas y abandonadas forzadamente, se enmarca dentro de un escenario que exalta la importancia de la protección y garantía de los derechos de las víctimas, entre ellos el derecho a la reparación integral de que son titulares, de tal suerte que cuando tales prerrogativas se hacen justiciables, esto es, exigibles por la vía judicial, es posible afirmar la existencia de otro tipo de dilemas y tensiones que eventualmente afectarían los procesos de paz y reconciliación que se pretenden favorecer mediante la expedición de normas de justicia transicional de esta naturaleza.

En otras palabras, la caracterización jurídica, política y social del proceso de restitución de tierras, permite evidenciar la existencia de un consenso general en torno a garantizar los derechos de las víctimas, pero ¿Qué sucede en el caso de los terceros cuando este garantismo se lleva a la práctica judicial?

Tal cuestionamiento, que a su vez se erige en el hilo conductor del presente capítulo, pretende evidenciar que el estándar de la buena fe exenta de culpa, exigido en términos generales por la Ley 1448 de 2011 a quienes se oponen a la pretensión restitutoria de la víctima, corresponde a una opción dentro del margen de configuración legislativa, y que responde al loable propósito de impedir que los despojadores directos, o estos, a través de testaferros, logren oponerse en forma exitosa a la restitución de las tierras, o que se legalicen despojos por la vía de la restitución⁸⁷, garantizando de esta forma la vigencia y protección de los derechos

⁸⁶ Fundación Forjando futuros. Análisis de 1000 sentencias de restitución de tierras. Disponible en: http://forjandofuturos.org/documentos/publicacion-restitucion-de-tierras_falsas-victimas-no_1000-sentencias_junio-2015_fundacion-forjando-futuros.pdf

⁸⁷ Colombia. Dejusticia y Observatorio De Tierras. Presentación observatorios. Diálogo sobre segundos ocupantes. En: XIII Conversatorio Nacional de Restitución de Tierras (Noviembre, 2014: Cartagena, Colombia).

de las víctimas, de acuerdo con los estándares nacionales e internacionales sobre la materia, aún si ello implica limitar los derechos de contradicción y defensa de terceros en el proceso, mediante la asignación de elevadas cargas demostrativas como ocurre en el caso de la buena fe cualificada.

Así las cosas, el presente capítulo contempla su desarrollo a través de tres apartes, orientados a evidenciar las dificultades probatorias que implica el concepto de buena fe exenta de culpa en el contexto de la justicia transicional civil, y que obedecen a factores personales, esto es, en consideración a quien lo alega, como ocurre en el caso de los segundos ocupantes, que se analizará en el primer punto; así como a factores normativos, representados en barreras jurídicas como el concepto de hecho notorio y de la confianza legítima, tal y como se presentará en el segundo aparte, todo lo cual puede ser verificado mediante el análisis de casos, desarrollado en el tercer punto.

**SECCION PRIMERA.
FACTORES PERSONALES QUE DIFICULTAN LA ACREDITACIÓN DE LA
BUENA FE EXENTA DE CULPA EN EL PROCESO
DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS.**

En forma previa, al interior de esta misma investigación, se había caracterizado el concepto de buena fe exenta de culpa en el contexto de la justicia transicional civil, implementada a partir del proceso de restitución y formalización de tierras a que alude la Ley 1448 de 2011, como una formulación más exigente del principio de buena fe que impone, al opositor, el deber de acreditar que el mismo desplegó todas las actuaciones necesarias para verificar que el bien adquirido no fue afectado por situaciones de violencia que permitieran inferir la existencia de un orden jurídico y comercial anormal, en el lugar de ubicación del predio.

En este punto, importa mencionar que el elevado estándar probatorio exigido al tercer opositor en el procedimiento de restitución de tierras, corresponde a una decisión legislativa propia de los procesos de justicia transicional, esto es, responde al libre margen de configuración legislativa otorgada al legislador en un momento dado. En este sentido, Jon Elster⁸⁸ afirma que el resultado de la justicia transicional es una serie de decisiones legislativas, administrativas y judiciales que responden al siguiente cuestionamiento tras un período de conflicto: ¿Hay que ocuparse de los crímenes del pasado? Si la respuesta es positiva, corresponde determinar si se privilegia la verdad, o la justicia (retributiva y reparativa), y en caso de elegir la segunda opción, el mencionado autor alude a la necesidad de una serie de decisiones políticas sustantivas y procedimentales.

Las decisiones políticas sustantivas son seis, y se orientan a establecer: i) qué constituye un crimen y a quien se le considera criminal; ii) qué hacer con los criminales (ejecución, exilio, etc.); iii) si se debe sancionar o no a los funcionarios públicos y militares, y si es procedente aplicar purgas; iv) si se decide sancionar a los funcionarios públicos ¿Cuáles serían las medidas concretas? (suspensión, retiro del cargo, pérdida de la pensión, etc.); v) en relación con la compensación a las víctimas ¿Qué tipo de hecho (daño material – pérdida de bienes-, personal – violación de Derechos Humanos-, e intangible –pérdida de la oportunidad-) determina la condición de víctima? ¿Qué parientes y allegados de las víctimas primarias se deben incluir en las víctimas secundarias? adicionalmente se debe decidir el punto de partida en el tiempo; y, vi) elegir la modalidad de reparación a las víctimas (compensación por restitución de tierras o compensación monetaria, pensiones, mejores condiciones laborales, de vivienda y salud).

Por su parte, las decisiones de procedimiento, se centran en establecer la procedencia de aspectos como reclusiones ilegales, esquemas de culpabilidad

⁸⁸ Elster, Jon. Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica. Buenos Aires: Katz Editores, 2006.

colectiva, presunción de culpabilidad antes que de inocencia e inversión de la carga de la prueba, selección sesgada de jurados y jueces, falta de procedimientos contradictorios, falta de mecanismos de apelación, selección arbitraria de acusados, tribunales especiales, negociación de penas, legislación retroactiva, extensión o derogación de plazos de prescripción, reducción de plazos de prescripción, justicia demorada o justicia acelerada.

En este orden conceptual, se observa que algunas de las mencionadas decisiones de procedimiento fueron tomadas por el legislador del año 2011, respecto a asuntos como: la falta de mecanismos de apelación, estableciendo que el proceso de restitución de tierras se tramita en única instancia (artículo 79); la creación de tribunales especiales, en la medida en que dicha norma dio lugar a la creación de una nueva especialidad jurisdiccional compuesta por los jueces y magistrados civiles especializados en restitución de tierras; la elección de una justicia acelerada, toda vez que el plazo para dictar sentencia en este trámite es de cuatro meses desde la presentación de la solicitud (artículo 91, parágrafo 2); y, la existencia de una legislación retroactiva, toda vez que la Ley 1448 se orienta a retrotraer los negocios jurídicos viciados celebrados sobre inmuebles entre el 1 de enero de 1991 y el término de vigencia de la Ley (artículos 75 y 77).

Respecto de la mencionada limitación temporal establecida por la norma, en orden a determinar el universo de víctimas y de negocios jurídicos susceptibles de anulación, como expresión del principio de la libertad de configuración legislativa, en sentencia C 250 de 2012, la H. Corte Constitucional, apuntaló que:

Es precisamente el Congreso de la República el llamado a fijar los límites temporales para la aplicación de las medidas de reparación previstas en la ley (...) No se puede olvidar que las leyes de justicia transicional tienen límites temporales porque precisamente hacen referencia a la transición de un período histórico a otro, por lo tanto las limitaciones temporales son una característica intrínseca de este tipo de cuerpos normativos, que siempre suponen un ejercicio de configuración legislativa (...) Es decir, que el

legislador tiene un amplio margen de configuración y la limitación temporal establecida solo sería inconstitucional si resultara manifiestamente arbitraria.

Al respecto se tiene que los intervinientes aportaron elementos de carácter objetivo en defensa de la fecha señalada, como son: (i) la mayoría de los estudios sobre el conflicto armado señala que a partir de 1990 la expulsión y el despojo de tierras se convierte en un mecanismo empleado regularmente por las organizaciones paramilitares contra la población civil; (ii) los registros de casos de despojo y expulsión datan de los años noventa, de manera tal que sobre las fechas anteriores no hay certeza y se dificulta aplicar la medida de restitución tal como aparece regulada en la Ley 1448 de 2011; (iii) de conformidad con las estadísticas del INCODER la mayor parte de los casos de despojo registrados están comprendido entre 1997 y el año 2008, los casos anteriores a 1991 corresponden solamente al 3% de los registrados entre 1991 y 2010; (iv) hay un incremento en las solicitudes de protección de predios a partir de 2005 y que con anterioridad a esa fecha este mecanismo sólo era utilizado de forma esporádica.

Lo anterior permite inferir que el primero de enero de 1991 no es una fecha que resulte manifiestamente arbitraria y por lo tanto ha de respetarse el margen de configuración del legislador⁸⁹.

Luego, si bien dichas decisiones legislativas de justicia transicional en principio admitirían serios cuestionamientos desde el punto de vista del respeto por el debido proceso⁹⁰, lo cierto es que tales aspectos técnicos⁹¹ responden a los márgenes de maniobrabilidad con que cuenta el legislador, y que se encuentran justificados en razón a la naturaleza excepcional del sistema de aplicación de justicia, propia de los contextos transicionales.

En este sentido, no obstante el elevado estándar probatorio exigido a los opositores dentro del procedimiento de restitución, consistente en acreditar que obraron de buena fe exenta de culpa en la adquisición del derecho demostrando

⁸⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 250 de 2012 (28, marzo, 2012). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 y el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹⁰ Serrano Gómez, Rocío y Acevedo Prada, Milena. Reflexiones en torno a la aplicación de la ley 1448 de 2011 y la restitución de tierras en Colombia. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, enero-junio, 2013, Vol. 43, No. 118, p. 533-566. Disponible en: <http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2358/2101>

⁹¹ Uprimny Yepes, Rodrigo y Sánchez, Nelson. Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia. Op. Cit.

que adelantaron acciones concretas en procura de establecer si en la zona de ubicación del bien no se presentaron fenómenos de violencia generalizada o graves violaciones de Derechos Humanos que hayan podido afectar el consentimiento del tradente, es tan solo una expresión de la libertad de configuración legislativa del congreso al limitar las posibilidades de un juicio contradictorio, mediante la asignación de una carga probatoria superior al opositor en el proceso de restitución de tierras, lo cierto es que tal circunstancia, en principio, se justifica de cara a las complejas dinámicas del abandono forzado y el despojo en Colombia, como se expondrá más adelante.

Empero, dicha postura a su turno, ha generado algunas dificultades en el trámite de los procesos judiciales, situación que ha motivado la presentación de reformas legales como el proyecto de ley 148 de 2016, el cual si bien se encuentra archivado por vencimiento de términos, a través del mismo se pretendió introducir modificaciones a los artículos 78, 88, 89 y 91 de la Ley 1448 de 2011, en el sentido de i) ampliar el término para formular la oposición de 15 a 30 días; ii) establecer que tampoco opera la inversión de la carga de la prueba ni hay lugar a presumir fidedignas las pruebas provenientes de la Unidad de Restitución de Tierras cuando la conducta del opositor no puede relacionarse de manera directa con los hechos que generaron el despojo; iii) establecer la definición legal del concepto de buena fe exenta de culpa en el contexto de la acción de restitución; iv) establecer la obligación en cabeza del Juez de practicar las pruebas solicitadas por el demandado y de pronunciarse expresamente en la sentencia sobre las excepciones del opositor y las compensaciones a que haya lugar.

Sin embargo, tal y como se anunció con anterioridad, antes de abordar la problemática de los opositores en el proceso de restitución de tierras, resulta imperativo establecer un marco conceptual relativo al despojo y al abandono de predios y su correlación con el conflicto armado interno, marco en el cual se

inserta la acción restitutoria como mecanismo de justicia transicional asociado al problema de la tierra en Colombia.

1. Caracterización del fenómeno del abandono forzado y el despojo en Colombia y su relación con el conflicto armado interno.

Los titulares del derecho a la restitución de tierras, regulado en la Ley 1448 de 2011, son las víctimas del despojo o abandono forzado de bienes que, como consecuencia de graves violaciones a los Derechos Humanos, hayan perdido la relación jurídica o material que ostentaban frente a un predio entre el 1 de enero de 1991 y el término de vigencia de la mencionada ley.

Ambas figuras, esto es, el despojo y el abandono forzado de tierras, proporcionan el sustrato de esta modalidad de reparación patrimonial, y se encuentran definidas en el artículo 74 de la Ley 1448 de 2011 en los siguientes términos:

Se entiende por despojo la acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia.

Se entiende por abandono forzado de tierras la situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona forzada a desplazarse, razón por la cual se ve impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios que debió desatender en su desplazamiento durante el periodo establecido en el artículo 75.

Por su parte, González Posso⁹² apunta que la lucha por el esclarecimiento de la verdad de los fenómenos de despojo y abandono forzado en Colombia, también se orienta a combatir la pretensión de algunos sectores del país de poner el énfasis de la problemática sobre el concepto de despojo, al señalar que sobre éste

⁹² González Posso, Camilo. La verdad en el abandono forzado y el despojo de tierras. En: Panel Diálogo de la memoria: Territorio y despojos (8, abril, 2013: Bogotá, Colombia).

descansa el verdadero problema, con lo cual se restringen los alcances de la política de restitución de tierras a los litigios legales de propiedad o posesión sobre un predio, ignorando de esta forma el “universo de base” conformado por las víctimas de abandono forzado con la consiguiente desposesión. Adicionalmente, sostiene que según se afirma en el libro publicado por INDEPAZ en el año 2010...

...el abandono de tierras y patrimonio por desplazamiento forzado es una forma particular en la cual la persona o familia ha sido obligada por una acción violenta, directa o indirecta, a dejar sus bienes, perdiendo el dominio, control, usufructo y acceso para su disfrute. El abandono se distingue del despojo cuando se acompaña del traspaso de la propiedad, posesión tenencia o expectativa de titulación a un tercero que se aprovecha del hecho o del contexto del desplazamiento forzado para reclamar derechos sobre el predio o los bienes⁹³.

Sobre este punto, las investigadoras Yuri Chávez y Yuri Romero⁹⁴, destacan que diversos estudios coinciden en que el fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia se enfoca de manera intencionada contra grupos específicos, y particularmente en aquellos que tienen relación con la tierra, pues las cifras reflejan que del total de hogares obligados a migrar, el 70% tenían fincas o parcelas con o sin vivienda.

Lo anterior obedece a razones: i) estratégico- militares, asociadas al conflicto armado, pues el control de espacios territoriales garantiza el desarrollo de estrategias militares y de corredores de movilidad para el aprovisionamiento y para el control del tránsito por esas rutas; ii) económicas, en tanto el desplazamiento de población y la usurpación de sus propiedades han permitido adquirir tierras en beneficio de grandes terratenientes y de sus proyectos de ganadería extensiva, así como de narcotraficantes y empresas privadas para la explotación de recursos

⁹³ *Ibíd.*, p. 6

⁹⁴ Chávez Plazas, Yuri y Romero Picón, Yuri. Entre el despojo y el destierro: una aproximación al problema de la tierra en familias desplazadas por la violencia en Colombia. En: *Revista Tabula Rasa*, enero- junio, 2010, no. 12, pp. 159-173. Bogotá: Universidad Colegio mayor de Cundinamarca. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39617422008>

naturales; y iii) político- electorales, pues el despojo y el abandono forzado permiten la configuración de un orden social local y regional regido por las lógicas del actor hegemónico⁹⁵.

Dichas motivaciones, coinciden en lo fundamental, con lo señalado por Gutiérrez Sanín⁹⁶, quien pregonaba la existencia de un despojo estratégico, orientado a vaciar el territorio; de un despojo clientelista, consistente en la transferencia de propiedades a los amigos y apoyos sociales de los paramilitares, con el fin de consolidar bases sociales y territoriales; y de un despojo oportunista, que permitió a los miembros del grupo armado acumular tierras a todos los niveles, favoreciendo fenómenos de concentración con los que posteriormente pudieron amenazar a propietarios individuales para quitarles sus tierras, con el único fin de quedarse con ellas.

En virtud de lo anterior, cuando un individuo es víctima de desplazamiento forzado, desde la perspectiva jurídica se produce un daño patrimonial consistente en la pérdida de un bien con un valor comercial determinado y de un medio de producción o generación de ingreso y capital cuyo valor económico es calculable y por tanto reparable en términos monetarios. Sin embargo, desde el punto de vista político, los procesos de despojo y abandono forzado, trascienden este daño económico, al ser empleados como una estrategia ligada a la guerra, y potencialmente asociada con transformaciones políticas y económicas, a partir de las cuales es posible establecer relaciones entre despojo, concentración de la tierra, reconfiguración de relaciones sociales, de poder y de apropiación, por diversos métodos, de recursos naturales y territorios.⁹⁷.

⁹⁵ Gómez Isa. Op. Cit.

⁹⁶ Gutiérrez Sanín, Francisco. Propiedad, seguridad y despojo: el caso paramilitar. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos. enero-junio, 2014. Vol. 16, no. 1, pp. 43-74. Bogotá: Universidad del Rosario. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73329810002>

⁹⁷ Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Área de Memoria Histórica, Línea de Investigación Tierra y Conflicto. El Despojo de Tierras y Territorios. Aproximación conceptual. Bogotá: Editorial Kimpres Ltda., 2009. Disponible en:

Dichos procesos de abandono y usurpación territorial son fundamentalmente favorecidos por la alta informalidad en la tenencia de la tierra que existe en Colombia, como lo afirman Gómez Isa, Gutiérrez y González, pues de acuerdo con cifras presentadas por el INCODER⁹⁸, el 49.61% de los inmuebles en Colombia son predios rurales, de los cuales casi la mitad de los que se encuentran inscritos en el catastro no tiene títulos ciertos, lo que significa que aproximadamente 1.5 millones de predios rurales son tenidos bajo modalidades precarias, esto es, posesiones de predios ajenos, herencias no repartidas legalmente, ocupación de baldíos, escrituras o títulos no registrados, entre otros, cifras que son similares a las presentadas por el Gobierno Nacional en el documento de bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014- 2018, donde se afirma que el 59% de los predios rurales se encuentran en situación de informalidad⁹⁹.

Asimismo, es importante destacar que los sujetos del conflicto armado y los procesos de abandono y despojo que se han presentado en los territorios, implican la utilización de una serie de instrumentos legales e ilegales, que han conllevado a señalar a los grupos paramilitares como los principales responsables de la apropiación violenta de tierras en Colombia como lo han denunciado investigadores como González Posso¹⁰⁰ y Moncada y Buitrago¹⁰¹, quienes actuaron

http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2010/tierra_conflicto/despojo_tieras_baja.pdf

⁹⁸ Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder). Programación presupuestal. Inversión, vigencia 2015. Disponible en:

http://www.incoder.gov.co/documentos/A%C3%91O_2015/Gestion_Incoder/Programas%20y%20Proyectos/1.%20INVERSIONES%20EN%20SANEAMIENTO,%20FORMALIZACION%20Y%20ORDENAMIENTO%20PRODUCTIVO%20DE%20LAS%20TIERRAS%20RURALES%20A%20NIVEL%20NACIONAL.pdf

⁹⁹ Departamento Nacional de Planeación. Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Disponible en:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Bases%20Plan%20Nacional%20de%20Desarrollo%202014-2018.pdf>

¹⁰⁰ González Posso, Camilo. Op. Cit.

¹⁰¹ Moncada Roa, Patricia y Buitrago Palacios, Natali. Los opositores en el proceso de restitución de tierras: análisis cuantitativo de la jurisprudencia, 2012-2014. En: Revista de Derecho Público,

para tal efecto en connivencia con estructuras empresariales y estatales, así como también lo señala Gómez Isa¹⁰², dentro de las cuales Gutiérrez, menciona las siguientes:

...las agencias de seguridad del Estado, que garantizaron en numerosas regiones y poblados la estabilidad del orden paramilitar y el efecto real de sus amenazas y de sus acciones coercitivas. Además, algunas de ellas (la Policía) tenían un papel clave a la hora de garantizar la posesión física, material, sobre la tierra. Otra figura de gran importancia fue el alcalde, en cuya cabeza quedaron toda una serie de acciones policivas (como los lanzamientos) en caso de que los derechos de propiedad fueran violados. Notarios, y al final registradores, jugaron también un papel clave en el despojo. Teniendo a todos estos actores en su red, a veces en su nómina, los paramilitares pudieron quedarse con grandes extensiones de tierra, pero también transferírselas a sus amigos¹⁰³.

Es precisamente este complejo panorama de despojo y abandono forzado de territorios, que imbrica diversas tipologías¹⁰⁴ y actores estatales y paraestatales, lo que ha propiciado la aparición de un grupo social extenso de víctimas de desplazamiento, que como consecuencia de tales hechos, han perdido la relación jurídica y material que ostentaban frente a sus bienes. Tal circunstancia ha conducido a imponer el deber, en cabeza del Estado, de procurar su reparación integral, mediante la adopción de una serie de medidas, tales como la restitución de sus predios, para lo cual fue diseñado un procedimiento administrativo y judicial, que parte de reconocer la especial situación de vulnerabilidad de dicha población, la cual se ha visto abocada, históricamente, a soportar una situación de desposesión provocada por el control ejercido por grupos armados en varias regiones del país, quienes mediante el uso de la fuerza y de figuras legales se hicieron con la propiedad, posesión y tenencia de sus bienes, favoreciendo de esta forma procesos de concentración de tierra, la explotación de recursos

junio-diciembre, 2014. No. 33. Bogotá: Universidad de los Andes. Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub477.pdf

¹⁰² Gómez Isa, Felipe. Op. Cit.

¹⁰³ Gutiérrez Sanín, Francisco. Op. Cit., p. 63.

¹⁰⁴ Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Op. Cit.

naturales y el desarrollo de proyectos agroindustriales en zonas afectadas por graves violaciones a Derechos Humanos por parte de actores ilegales y particulares. Dichos actores son, en principio, los llamados a ocupar la posición de opositores en el proceso de restitución y formalización de tierras, con la carga de acreditar la buena fe exenta de culpa en la adquisición de su derecho.

2. En el proceso de restitución y formalización de tierras no siempre existe identidad entre el opositor y la persona que propició el despojo o abandono forzado o se aprovechó de tal situación.

A pesar de que, en principio, el elevado estándar de la buena fe exenta de culpa exigido en el proceso de restitución de tierras, se justifica de cara a las características particulares de quien fungiría como opositor al momento de hacer justiciable el derecho a la restitución por parte de las víctimas, en el contexto de los fenómenos de despojo y abandono forzado a que se ha aludido con anterioridad, materialmente se ha constatado que no todos los opositores responden a la condición de haber participado directamente o por interpuesta persona en el hecho del despojo o abandono forzado del bien reclamado, o que se haya aprovechado indebidamente de tal situación para adquirir el predio, pues también existen campesinos y colindantes de los predios en reclamación que también se encuentran en situación de vulnerabilidad¹⁰⁵.

En tal sentido, conviene delantadamente efectuar la siguiente precisión conceptual, con apoyo en lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C 330 de 2016:

¹⁰⁵ Ramírez, Oscar. Tipologías de opositores y terceros identificados por la judicatura en el desarrollo del proceso de restitución de tierras. En: Conversatorios sobre restitución de tierras y territorios (Septiembre, 2013: Cali, Colombia)

Cumple anotar que dicha providencia se ocupó de estudiar una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el enunciado “exenta de culpa” contenido en los artículos 88, 91, 98 y 105 numeral 6 de la Ley 1448 de 2011, argumentando que dicha expresión conduce a la vulneración de varias garantías constitucionales, fundamentalmente del derecho a la igualdad por cuanto en los términos de dichas normas, el estándar de buena fe exenta de culpa se exige a cualquier persona, “sin tener en cuenta la multiplicidad de condiciones de quienes se constituyen como opositores dentro del proceso judicial, y que podrían hallarse en imposibilidad de demostrar ese estándar probatorio”, como ocurre en el caso de los segundos ocupantes.

Ahora bien, con la finalidad de resolver dicho problema jurídico, la H. Corte Constitucional, partió de efectuar una distinción según la cual si bien en muchos casos los opositores en el proceso de restitución de tierras ostentan la condición de segundos ocupantes, no siempre los segundos ocupantes acuden al trámite procesal ni todos quienes resisten las pretensiones de los reclamantes son ocupantes del predio. Se afirma que el opositor es una categoría procesal contenida en la Ley 1448 de 2011 y alude a cualquier persona que se oponga a la pretensión de restitución con fundamento en una de estas situaciones: i) porque tacha la calidad de víctima del reclamante, ii) porque alega que es desplazado del mismo predio, y iii) porque sostiene que su derecho fue adquirido de buena fe exenta de culpa.

La oposición presentada con fundamento en las dos primeras situaciones no reviste interés para el desarrollo de la investigación como quiera que la solución prevista normativamente en el primer caso, es negar la solicitud de restitución, y en el segundo, que no hay lugar a la inversión de la carga de la prueba y en tal sentido, tanto el reclamante como el opositor víctima de despojo o abandono del mismo predio reclamado deben probar los supuestos de sus afirmaciones.

Por el contrario, es la oposición formulada con fundamento en la tercera de las circunstancias antes descritas la que demarca el alcance de la presente investigación, pues en la demanda de inconstitucionalidad a la que se ha hecho alusión, queda claro que la oposición fundada en la buena fe exenta de culpa comporta la acreditación de un alto estándar probatorio, el cual se exige por igual a todos los opositores que aleguen dicho supuesto, incluidos los segundos ocupantes.

En la sentencia C 330 de 2016, la H. Corte Constitucional, señala que los segundos ocupantes son quienes *“por distintos motivos, ejercen su derecho a la vivienda en los predios que fueron abandonados o despojados en el marco del conflicto armado interno”* e introduce una nueva distinción al sostener que existen segundos ocupantes que se encuentran en situación ordinaria y tuvieron que ver o se aprovecharon del despojo, y segundos ocupantes que enfrentan alguna condición de vulnerabilidad y no tuvieron ninguna relación ni tomaron provecho del despojo. Agrega que únicamente en relación con este segundo grupo se genera una discriminación indirecta por parte de las normas acusadas como inconstitucionales y es denominado por la misma Corporación como “segundos ocupantes vulnerables, sin relación con el despojo”.

Como puede apreciarse la participación o aprovechamiento de los hechos que dieron lugar al despojo no permite establecer ninguna diferencia entre los segundos ocupantes, pues siempre que tal hecho se encuentre acreditado, de entrada se descartará la buena fe, por el contrario, el concepto clave en el caso de los segundos ocupantes es la situación de vulnerabilidad, la cual es abordada en la sentencia en comento desde dos perspectivas a saber: la vulnerabilidad en el marco del proceso (debilidad procesal) y la vulnerabilidad en lo que tiene que ver con la aplicación de la buena fe exenta de culpa.

En tal sentido, la vulnerabilidad en el marco del proceso o debilidad procesal, se relaciona con las dificultades a las que pueden verse enfrentadas dichas personas al momento de probar sus afirmaciones. En este caso, la H. Corte Constitucional concluyó que lo procedente es que esa carga probatoria sea asumida directamente por los jueces mediante el decreto de pruebas de oficio y la asignación de una representación técnica en cabeza del sistema de defensoría pública.

De otro lado, en relación con el estado de vulnerabilidad derivada de la aplicación de la buena fe exenta de culpa, tras señalar que la acreditación de dicho supuesto es la regla general por cuanto corresponde a la fórmula adoptada por el legislador en defensa de las víctimas, concluyó que...

... en casos excepcionales, marcados por condiciones de debilidad manifiesta en lo que tiene que ver con el acceso a la tierra, la vivienda digna o el trabajo agrario de subsistencia, y siempre que se trate de personas que no tuvieron que ver con el despojo, el juez deberá analizar el requisito con flexibilidad o incluso inaplicarlo, siempre al compás de los demás principios constitucionales

De esta manera, la posibilidad de flexibilizar e incluso inaplicar la exigencia de la acreditación del postulado de la buena fe exenta de culpa en el caso de los “segundos ocupantes vulnerables, sin relación con el despojo” implica el reconocimiento del alto grado de dificultad e incluso, si se quiere, de la imposibilidad de probar exitosamente dicho presupuesto.

La solución de esta problemática fue deferida por la Corte Constitucional al Juez especializado, quien en cada caso concreto deberá verificar si lo procedente es analizar el requisito con flexibilidad, inaplicarlo, exigir la buena fe simple, seguir exigiendo la buena fe exenta de culpa valorándola acorde con la situación particular del opositor o aceptar la existencia de condiciones similares al estado de

necesidad que justifiquen su conducta; todas estas opciones se encuentran enunciadas en la sentencia C 330 de 2016, pero la H. Corte Constitucional no tomó partido por ninguna de ellas, sino que atribuyó el desarrollo de dicha labor a los jueces de restitución de tierras.

3. La cuestión de los segundos ocupantes en el proceso de restitución y formalización de tierras

La intervención de esta tipología específica de opositores en el proceso de restitución de tierras, da cuenta de la insuficiencia de los términos generales en que se encuentra formulado el postulado de la buena fe exenta de culpa en la Ley 1448 de 2011, para regular una situación de conflicto armado que por su naturaleza es dinámico, situación que debió ser posteriormente corregida por vía jurisdiccional y administrativa mediante la figura de los segundos ocupantes.

En este sentido, es posible señalar que para dar solución a la problemática de los segundos ocupantes se han ensayado diferentes teorías, pero como se anunció con anterioridad, la Corte Constitucional en la sentencia C 330 de 2016, no tomó partido por ninguna de éstas.

La primera de ellas parte de aceptar que la carga de demostrar la buena fe exenta de culpa, en algunas ocasiones, puede vulnerar el derecho fundamental a la igualdad, como ocurre en los casos en que los opositores son personas naturales en condiciones similares a las de la víctima, hipótesis en la cual el test de razonabilidad y de proporcionalidad puede resultar útil para determinar las circunstancias excepcionales en las que no se exigiría la carga de prueba, sino la buena fe simple¹⁰⁶.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

De otro lado, se han levantado voces que sostienen que, independientemente de que los opositores sean otras víctimas, es necesario que los jueces no dejen de examinar la buena fe; argumentando que la diferencia está en que, frente a otras víctimas, los jueces exigirán solamente la buena fe simple y reemplazar el examen de la culpa por un examen del estado de necesidad dentro del contexto del tercero y la víctima reclamante en términos de justicia, es decir, lo que varía es el estándar que se exige y no las cargas probatorias¹⁰⁷.

Finalmente, otros investigadores¹⁰⁸ hacen referencia a una tercera tesis según la cual, resulta procedente seguir exigiendo al opositor la prueba de la buena fe exenta de culpa en la adquisición de su derecho, aun cuando éste también se encuentre en situación de vulnerabilidad por su condición de víctima, pero proveyéndolo de una defensa técnica en cabeza de la Defensoría del Pueblo y haciéndolo acreedor de las medidas de atención que institucionalmente se encuentran previstas a su favor.

En efecto, fueron inicialmente los Magistrados de las Salas Civiles Especializadas en Restitución de Tierras, quienes empezaron a advertir la existencia de un grupo de opositores con unas características de vulnerabilidad similares a las de la víctima reclamante, y que si bien, no se encuentran en condiciones de acreditar que actuaron al amparo de la buena fe cualificada exigida al opositor, su especial situación ameritaba la adopción de unas medidas de atención especiales a su favor, tal y como se analizará en el tercer capítulo.

Dicha preocupación, fue posteriormente recogida por la Unidad de Restitución de Tierras, la cual en octubre 17 de 2014, expidió el Acuerdo 018, por medio del cual se pretendió normar los Programas de Medidas de Atención a los Segundos Ocupantes en la Acción de Restitución, tras considerar la necesidad de regular...

¹⁰⁷ Vargas, F. Actuales dilemas de la oposición, intervinientes y opositores vulnerables. En: Conversatorios sobre restitución de tierras y territorios (Septiembre, 2013: Cali, Colombia).

¹⁰⁸ Colombia. Dejusticia y Observatorio de tierras. Op. Cit.

...la situación de los denominados segundos ocupantes, esto es, aquellas personas naturales que en las sentencias de restitución no fueron declarados de buena fe exenta de culpa, pese a no haber participado de los hechos que dieron lugar al despojo o al abandono forzado, y que con ocasión de la sentencia se ven abocadas a perder su relación con el predio.

Dicha norma vino a ser posteriormente derogada por el Acuerdo 021 del 25 de marzo de 2015 de la Unidad de Restitución de Tierras, cuyo artículo 4 definía en los mismos términos antes citados a los segundos ocupantes; reglamentación que en virtud del Decreto 440 de 2016 fue a su vez derogada por el Acuerdo 029 del 15 de abril de 2016, el cual se constituye en la reglamentación vigente para el cumplimiento de las providencias judiciales que ordenen la atención a los segundos ocupantes en el marco de la acción de restitución.

Los aspectos fundamentales de dichas normas admiten el siguiente compendio: i) Tanto en el Acuerdo 021 de 2015 como en el Acuerdo 029 de 2016 los segundos ocupantes son personas naturales y no jurídicas, y adicionalmente deben ser reconocidos como tales en la sentencia que decida la solicitud de restitución; ii) En ambas normas los segundos ocupantes son personas que no necesariamente ostentan el carácter de víctimas, sin embargo en el Acuerdo 021 de 2015 se caracterizan como sujetos que pese a no haber participado de los hechos que dieron lugar al despojo o al abandono forzado, tampoco fueron declaradas de buena fe exenta de culpa y que, con ocasión de la sentencia, se vieron abocadas a perder su relación con el predio reclamado, mientras que en el Acuerdo 029 de 2016 se prescinde de estas características y en tal sentido el segundo ocupante es únicamente quien es reconocido como tal mediante providencia judicial ejecutoriada; iii) Mientras en el Acuerdo 021 de 2015 los segundos ocupantes debían ser previamente caracterizados por la Unidad de Restitución de Tierras, quien remitía esa información a la Defensoría del Pueblo para que asumiera su representación judicial e informara lo correspondiente a los Jueces y Magistrados de Restitución, en vigencia del Acuerdo 029 de 2016 la caracterización es

posterior a la sentencia, aunque se mantiene la posibilidad de que la Defensoría del Pueblo acompañe y asuma la representación de los posibles segundos ocupantes en el proceso; iv) En ambas reglamentaciones las medidas que se pueden ordenar a favor del segundo ocupante son: la entrega de otro predio acompañado de un proyecto productivo y postulación a subsidios de vivienda, si el segundo ocupante no es propietario o poseedor de otro predio y además habita o deriva su subsistencia del predio restituido; la entrega de un proyecto productivo, si el segundo ocupante es propietario de otro predio pero habita o deriva su subsistencia del predio restituido; la entrega de un proyecto productivo y la formalización del derecho de dominio, si el segundo ocupante es poseedor u ocupante de otro predio pero habita o deriva su subsistencia del predio restituido; y finalmente, en el caso de que el ocupante secundario no habite o derive del predio restituido su subsistencia, y sea declarado expresamente como opositor de buena fe cualificada, se le otorgará una medida consistente en la entrega de dinero equivalente al 50% del avalúo comercial del bien, medida que también puede ser decretada en los casos anteriores, a discrecionalidad del Juez o Magistrado, sin embargo, mientras en vigencia del Acuerdo 021 de 2015 eran precisamente los funcionarios judiciales los encargados de determinar en la sentencia la medida procedente, actualmente dicha labor es desarrollada por la Unidad de Restitución de Tierras mediante acto administrativo.

Como puede apreciarse, es posible concluir que la expedición de tales actos administrativos implica el reconocimiento de la imposibilidad de acreditar en todos los casos, el estándar de la buena fe exenta de culpa exigido al opositor dentro del juicio de restitución, y que en la opinión de Garay, admite la siguiente formulación:

...a quien habiendo adquirido con un título aparentemente válido argumenta haberlo hecho ignorando la situación de violencia o la condición de víctima del tradente, le compete la carga de la prueba de los actos positivos de esmerada y juiciosa diligencia que sustentaron su decisión negocial, de lo contrario, puede presumirse, con base en el artículo 74 de la Ley 1448 de 2011, un aprovechamiento de la situación de violencia, que descarta la actuación

decorosa, leal o recta. Ello por cuanto “la buena fe objetiva implica una exigencia de comportamiento diligente, advertido, pundonoroso, y la consiguiente carga probatoria del sujeto que ha de comportarse así¹⁰⁹.”

Y es que si bien las normas que reconocen la condición de los segundos ocupantes en un juicio transicional de esta naturaleza, contienen importantes avances en materia de reconocimiento de los derechos de terceros intervinientes en el proceso, indudablemente se trata de una disposición que deja a salvo la discusión en torno a la exigencia de la buena fe cualificada en los términos antes citados, pues precisamente, las medidas allí contenidas, son aplicables en la hipótesis de que el segundo ocupante no logre acreditar dicho estándar, pues de lo contrario se haría acreedor a una compensación económica en los términos del artículo 91 de la Ley 1448 de 2011 y no a las medidas de atención contenidas en el Acuerdo 029 de 2016.

Ahora, en aplicación de lo dispuesto en la sentencia C 330 de 2016, otro posible enfoque permitiría aceptar la posibilidad de que al no exigirse la acreditación de la buena fe exenta de culpa sino de otro estándar como la buena fe simple o la demostración de un estado de necesidad, la consecuencia que de allí se sigue es que la oposición sea declarada próspera, ordenándose la correspondiente compensación y ya compete al juez establecer si es procedente remitir al opositor para la asignación de otras medidas de atención como las contenidas en el Acuerdo 029 de 2016.

En consecuencia, si bien la situación de los segundos ocupantes ha tomado gran relevancia en la actualidad, en todo caso se evidencia la existencia de dificultades asociadas a su intervención en el proceso de restitución de tierras.

¹⁰⁹ Garay Salamanca, Luis, *et al.* Derechos patrimoniales de víctimas de la violencia: reversión jurídica y material del despojo y alcances de la restitución de tierras en procesos con oposición. Op. Cit., p. 192.

En primer lugar, si de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 5 del Acuerdo 29 de 2016, en caso de que el segundo ocupante al mismo tiempo ostente la calidad de víctima, se entiende que las medidas a que alude dicho acto administrativo hacen parte del esquema de reparación de la Ley 1448 de 2011, entonces ¿Es posible hablar de la compensación como mecanismo de reparación en el caso de algunas víctimas, aun cuando se tiene decantado que la restitución es la medida prevalente de reparación? o ¿Es posible asumir que en los eventos en que el ocupante secundario también sea una víctima de despojo o abandono, éste se encuentra facultado para adelantar el correspondiente proceso de restitución frente a su predio, y a la vez beneficiarse de las medidas de atención del Acuerdo 029 de 2016, dando lugar a una doble reparación?

Por otra parte, el artículo 17 del Acuerdo 29 de 2016, establece que una vez proferida la sentencia mediante la cual se reconoce al segundo ocupante y dictada la medida de atención, la Subdirección General de la Unidad de Restitución de Tierras procederá a expedir un acto administrativo de inicio del procedimiento, en el cual se ordenará la caracterización respectiva, la determinación de la medida y se fijará el trámite para el cumplimiento de la medida que corresponda para cada caso, y una vez culminado dicho procedimiento, el artículo 18 *ejusdem*, dispone que el Fondo de la Unidad de Tierras proferirá un acto administrativo a través del cual se asigne de manera definitiva la medida correspondiente a cada beneficiario, sin embargo dichas normas no contemplan plazos ni mecanismos que le brinden al beneficiario la seguridad de que será atendido en forma oportuna y suficiente, aun cuando se trate de ocupantes secundarios sin tierra que habitan el predio restituido, sin que exista claridad acerca de la capacidad operativa, financiera y funcional del Fondo de la Unidad de Tierras para dar cumplimiento a las providencias que ordenen la atención a los segundos ocupantes dentro del marco de la acción de restitución, mediante la consecución de los recursos necesarios para ejecutar de manera adecuada este programa de atención, máxime que por el contrario la entrega del predio equivalente, del proyecto productivo y la asignación

de dinero se encuentran sujetas a la previa entrega del predio objeto de restitución.

Finalmente, la misma Corte Constitucional en la sentencia C 330 de 2016, puso de presente el hecho de que actualmente la situación de los segundos ocupantes no se encuentra regulada a través de normas de rango legal sino a través de disposiciones de menor jerarquía emanadas de la Unidad Administrativa Especial, que en tal sentido evidencian un déficit de protección frente a esta población.

En este punto, importa resaltar que dicho escenario se torna aún más preocupante, si se tiene en cuenta que la tendencia dominante de acuerdo con la normatividad nacional e internacional en la materia, es la máxima garantía y protección de los derechos de las víctimas, aun si ello implica la falta de efectividad de los derechos consagrados a favor de terceros de buena fe, que ninguna relación tuvieron con el hecho victimizante, y por el contrario, si deben verse sometidos a las consecuencias de las medidas de reparación dictadas a favor de las víctimas solicitantes, en el marco de los procesos judiciales adelantados para tal efecto, tal y como se evidencia en el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional en la sentencia C 795 de 2014, al estudiar la constitucionalidad del artículo 100 de la Ley 1448 de 2011, el cual consagraba un mecanismo de garantía a favor de los terceros de buena fe, al someter la entrega del predio restituido a la verificación del pago de la compensación ordenada a su favor, disposición que, a la postre, fue declarada inexecutable.

En este sentido, dicha norma consagraba:

La entrega del predio objeto de restitución se hará al despojado en forma directa cuando este sea el solicitante, o a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas a favor del despojado, dentro de los tres días siguientes al pago de las compensaciones ordenadas por el Juez o Magistrado, cuando hubiera lugar a ello, o dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Al respecto, prevalida de los argumentos que a continuación se exponen, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “*dentro de los tres días siguientes al pago de las compensaciones ordenadas por el Juez o Magistrado, cuando hubiera lugar a ello*”, contenida en el citado artículo, por considerar que:

En esta medida, en la resolución de la tensión que subyace entre los derechos de las víctimas y los terceros de buena fe exenta de culpa, la Corte haya vulnerado el derecho a la igualdad, porque el legislador debiendo propender por la adopción de acciones afirmativas hacia las víctimas del desplazamiento forzado que fortalecieran su derecho fundamental a la restitución efectiva del predio o bienes, dispuso en su lugar tomar medidas restrictivas sobre el goce efectivo de sus derechos al dejar de brindar un trato preferente y favorable a las víctimas, dada su calidad de sujetos de especial protección constitucional y como parte más vulnerable en la relación jurídica procesal respecto de los opositores.

(...)

El condicionar la entrega del predio restituido por sentencia a la previa compensación del tercero de buena fe exenta de culpa desprotege a quien es la víctima del conflicto armado en su derecho a la reparación integral. La víctima del despojo o abandono forzado es quien por su condición de vulnerabilidad generada por las transgresiones masivas, continuas y sistemáticas tiene un trato preferencial en el proceso de restitución de bienes.

(...)

La medida establecida por el legislador resulta irrazonable y desproporcionada, porque además de la carga que han tenido que sobrellevar las víctimas producto del abandono por el Estado, la persecución, el empobrecimiento y la afectación de sus derechos, y tras haber obtenido la restitución por decisión judicial, tienen ahora que esperar a que el Estado cancele una compensación que nace como una nueva obligación circunscrita al opositor de la misma respecto del Estado a través del fondo de la Unidad Administrativa Especial GRTD, que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar y donde finalmente el tercero cuenta con el proceso ejecutivo.

(...)

Lo anterior no es óbice para dejar de señalar que los terceros de buena fe exenta de culpa deben ser respetados y restablecidos en sus derechos de manera adecuada, efectiva y rápida. En esa medida, el valor de las compensaciones que decreta la sentencia a favor de los opositores que probaron la buena fe exenta de culpa dentro del proceso de restitución, debe ser pagado con la inmediatez y eficacia requerida por el Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas¹¹⁰.

¹¹⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 795 de 2014(30, octubre, 2014). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 100, parcial, de la Ley 1448 de 2011.M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sin embargo, como lo apunta la misma sentencia, a excepción del proceso ejecutivo, no existe en el ordenamiento jurídico un mecanismo que asegure al opositor de buena fe exenta de culpa el pago de la compensación decretada a su favor.

Corolario de lo expuesto, el reconocimiento de la situación de los segundos ocupantes en el proceso de restitución de tierras, es una muestra de que la carga impuesta al opositor en un juicio de esta naturaleza, acertadamente orientada a impedir que por esta vía se legalizaran situaciones de usurpación de bienes, finalmente terminó afectando a otro tipo de personas que sin haber dado lugar al despojo o abandono de los inmuebles reclamados, han desarrollado vínculos con los predios solicitados, susceptibles de ser desconocidos como consecuencia de la sentencia que ordena la restitución.

En este sentido, también resulta útil apreciar cómo las investigaciones adelantadas en torno a la prevención de conflictos y a la construcción de paz o "*peace-building*", como una actividad posconflicto dirigida a fortalecer y solidificar la paz y el nuevo orden en un territorio, con el fin de evitar nuevas situaciones de violencia, a partir de la reconstrucción de las instituciones e infraestructuras afectadas por el conflicto¹¹¹, han señalado la necesidad de asumir un enfoque de acción sin daño en las acciones institucionales, a partir de la cual se prevengan, identifiquen y eviten los efectos negativos de las mismas, de tal suerte que una política como la restitución de tierras, debe estar orientada en su concepción por el principio de la acción sin daño, reflexionando sobre el impacto del proceso de restitución de tierras sobre los segundos ocupantes, pues el enfoque de la acción sin daño (ASD), propende por establecer la necesidad de rediseñar las acciones

¹¹¹ Bueno Cipagauta, María Angélica. La reconciliación como un proceso socio-político. Aproximaciones teóricas. En: Revista Reflexión Política, Junio, 2006, vol.8, no. 15, pp. 64-78. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11001506>

para que no causen efectos negativos en las comunidades o procesos acompañados¹¹².

**SECCION SEGUNDA.
FACTORES NORMATIVOS QUE DIFICULTAN LA ACREDITACIÓN DE LA
BUENA FE EXENTA DE CULPA EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE
TIERRAS**

Se refiere el presente acápite a la existencia de algunas figuras de tipo normativo, cuya aplicación por parte de los operadores judiciales puede llegar a restringir las posibilidades de acreditar el estándar de la buena fe exenta de culpa exigido al opositor en el proceso de restitución de tierras, como ocurre con el concepto de hecho notorio.

Desde la Teoría General de la Prueba, se ha sostenido que, por regla general, el objeto de prueba lo constituyen los hechos, y excepcionalmente el derecho, como ocurre en el caso de la costumbre y las normas de derecho extranjero, cuya existencia y alcances deben ser acreditados en el proceso. Se afirma que los hechos controvertidos en el proceso deben ser probados por las partes, por lo que existen algunas clases de hechos que no constituyen objeto de prueba, como los hechos admitidos, los hechos imposibles y el hecho notorio¹¹³.

Al respecto, el artículo 167 del Código General del Proceso, establece que *“Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”*.

¹¹² Vela Mantilla, Margarita; Rodríguez Fernández, Julia; Rodríguez Puentes, Ana., y García Muñoz, Lina. Acción sin daño como aporte a la construcción de paz: propuesta para la práctica. Bogotá: Fundación para la Cooperación Synergia. Universidad Nacional de Colombia, 2011.

¹¹³ Matheus López, Carlos. Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba. En: Revista de derecho (Valdivia), julio, 2003, vol. XIV, p. 175-186. Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000100010&script=sci_arttext

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al referirse al concepto de hecho notorio en el contexto del proceso de justicia transicional desarrollado en la ley de justicia y paz, así como al decidir algunas solicitudes de cambio de radicación de procesos de connotación nacional, ha caracterizado los fenómenos de violencia y la conformación de grupos paramilitares en determinadas zonas del país como hechos notorios. Así, en sentencia proferida en el año 2011, el Alto Tribunal, señaló que:

El hecho notorio es aquél que por ser cierto, público, ampliamente conocido y sabido por el juez y el común de los ciudadanos en un tiempo y espacio local, regional o nacional determinado, no requiere para su acreditación de prueba por voluntad del legislador (*notoria non egent probatione*), en cuanto se trata de una realidad objetiva que los funcionarios judiciales deben reconocer, admitir y ponderar en conjunto con las pruebas obrantes en la actuación, salvo que su estructuración no se satisfaga a plenitud.

Es evidente que no se trata de un rumor público, esto es, de un hecho social vago, impreciso e indefinido, comentado de boca en boca sin tener certeza acerca de su fuente primigenia, defectos que lo tornan contrario a la certeza y que por tanto, se impone descartarlo probatoriamente.

Tampoco corresponde al hecho que se ubica dentro del ámbito de conocimiento privado del juez, pues éste no es conocido por la generalidad de la ciudadanía, de modo que carece de notoriedad y por ello, no cuenta con el especial tratamiento legislativo de tenersele como demostrado sin necesidad de un medio probatorio que lo acredite.

Es claro que el hecho notorio como *factum* existe, pero no requiere prueba. Pese a ello, tiene innegable carácter demostrativo, en la medida en que acredita una situación concreta conocida de manera general y pública por la ciudadanía y el juez, siempre que guarde pertinencia de especial carácter en el sentido de la decisión que se adopta¹¹⁴.

Para Garay, el contexto de violencia a que alude este criterio, tiene una triple faceta, en tanto el mismo puede ser entendido como: i) alteración del orden

¹¹⁴ Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal). Sentencia del 27 de abril de 2011. Radicado: 34547. M.P. María del Rosario González de Lemos

público; ii) orden masivo y sistemático de violaciones; y iii) violencia generalizada¹¹⁵.

Por su parte, la misma Corporación en el Auto AP2656 de 2014, catalogó como hecho notorio la violencia ejercida por grupos paramilitares en el departamento de La Guajira. Así, en el mentado pronunciamiento, el Tribunal de Casación señaló:

Impera precisar en primer término, como ya lo ha hecho la Sala en pretéritas oportunidades (Cfr. CSJ AP, 24 Mar 2010, Rad. 33788), que constituye un hecho notorio la conformación de grupos armados al margen de la ley, comúnmente conocidos como paramilitares, que ejercieron una ocupación violenta y control de muchas esferas de la vida social en diversas regiones del territorio nacional.

La misma notoriedad puede predicarse de la existencia de las denominadas bandas criminales, compuestas usualmente por ex paramilitares, tras el proceso de desmovilización, las cuales heredaron sus estructuras delictivas y se disputan en la actualidad el control de ciertas zonas del país.

Resulta indudable también que la actividad de esas organizaciones criminales ha conducido a afectar las reglas de convivencia social y en especial a la población civil en la cual ha recaído la mayoría de las acciones de estos grupos, motivadas generalmente por no compartir sus intereses, estrategias y procedimientos, y es así como en el afán de anteponer sus propósitos han dejado entre sus numerosas víctimas a servidores públicos de la administración de justicia, de la policía judicial, alcaldes y defensores de derechos humanos (Cfr. CSJ AP, 22 May 2008, Rad. 29702; CSJ AP, 23 Abr 2009, Rad. 31599).

La denominación de hecho notorio implica, como así lo ha entendido la Sala en su amplia jurisprudencia sobre el tema, que un determinado acontecimiento, situación o circunstancia no requiere de prueba específica que lo corrobore (CSJ AP, 01 Ago. 2007, Rad. 27840).

Es lo que ocurre en La Guajira, territorio que fue azotado por la violencia paramilitar, concretamente del Bloque Norte de las AUC, hasta la desmovilización de sus comandantes, tras lo cual las bandas criminales empezaron a disputar el control de extensas zonas del departamento, incluyendo a Riohacha, su capital.

¹¹⁵ Garay Salamanca, Luis, et al. Derechos patrimoniales de víctimas de la violencia: reversión jurídica y material del despojo y alcances de la restitución de tierras en procesos con oposición. Op. Cit.

En el mismo sentido, en el proceso radicado 33226, y en los autos 31599 del 23 de abril de 2009 y 28929 del 10 de diciembre de 2007, la misma Sala catalogó como hecho notorio, la violencia ejercida por grupos paramilitares en el departamento de Córdoba. De igual forma, en el proceso radicado 29702, la misma Corporación efectuó similar afirmación en relación con la violencia ejercida por los mencionados actores armados en el departamento de Cesar.

Asimismo, en pronunciamiento efectuado en 2015, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, catalogó como hecho notorio la violencia en la región de Urabá, e hizo alusión a la obligatoria observancia de dicho aspecto en el contexto de la negociación sobre bienes inmuebles entre particulares. Al respecto, el Alto Tribunal sentenció:

El anterior relato evidencia cómo los compradores no adoptaron las precauciones mínimas para cerciorarse sobre la legitimidad de la condición de propietaria de la titular inscrita, como lo exige la buena fe cualificada o creadora de derechos en tanto se trataba de un predio ubicado en el área rural del Urabá antioqueño, zona que en los años inmediatamente anteriores a la compraventa había estado sometida a condiciones extremas de violencia.

En efecto, constituye hecho notorio que esa región en la década de los años noventa y en la mayor parte de los años 2000 se vio sometida al accionar paramilitar, generador de asesinatos y desplazamientos de la población civil, situación que obligaba a los interesados en comprar en esa zona a tomar precauciones adicionales y no conformarse con el estudio de títulos, insuficiente cuando se pretende adquirir propiedades en territorios que se sabe han sido azotados por el crimen y la intimidación.

(...)

Es cierto que para diciembre de 2006, cuando se concretó la negociación, no existía anotación en el folio de matrícula inmobiliaria del predio “No hay como

Dios” que declarara la zona de riesgo de desplazamiento forzado. Sin embargo, se reitera, en esa época, y aún hoy, constituía un hecho notorio que el Urabá fue escenario de intimidación y desplazamiento, lo cual imponía a los compradores la carga de verificar con celo el origen de los bienes que pretendían adquirir, máxime cuando la venta se concretó en momentos en que culminaban las desmovilizaciones colectivas de los paramilitares en esa zona.

Como puede apreciarse, el presupuesto fundamental para el enjuiciamiento de la buena fe exenta de culpa predicable del tercero opositor en el proceso de restitución de tierras, recae sobre el conocimiento exigible al mismo acerca del contexto violento o la situación de violencia vivida en la zona de ubicación del bien, y que en algunos casos ha sido catalogado como un hecho notorio, sin que le sea dable a la parte resistente alegar el desconocimiento de los hechos de violencia que fundamentan la solicitud de restitución presentada por el reclamante, precisamente por la notoriedad de dichos acontecimientos, problemática que si bien fue advertida en la sentencia C 330 de 2016, tampoco provocó un pronunciamiento concreto de la Corte Constitucional en ese sentido, planteamiento que podría derivar en diversas situaciones problemáticas a nivel práctico.

En tal sentido, en primer lugar, es posible considerar el caso de las sucesivas enajenaciones que se pueden presentar sobre un predio, es decir, aquellas hipótesis en que la relación del opositor con el inmueble surge en virtud de un negocio jurídico posterior a aquel que originó el despojo. En estos eventos no resulta claro si el conocimiento de los hechos de violencia exigido al opositor, por su notoriedad, atañe al momento en que éste efectuó la negociación sobre el bien disputado, luego de una cadena de tradiciones; o si dicho conocimiento también se retrotrae al momento en que el reclamante se desprendió de la propiedad, posesión u ocupación del fundo, o lo que es lo mismo, se requiere establecer si en virtud de la notoriedad del fenómeno de violencia vivido en determinada zona del país, el opositor también se encontraba obligado a conocer los hechos de tal

naturaleza sucedidos en el pasado, cuestionamiento que remite a mayores dudas en aquellos casos en que el opositor no es oriundo o habitante del lugar de ubicación del bien, máxime que las dinámicas propias del conflicto colombiano responden a estructuras predominantemente locales, también denominadas “territorios de conflicto” en los que la falta de autoridad necesaria del Estado para garantizar el orden legal y constitucional, ha generado una ausencia de soberanía en un sentido absoluto, dando lugar a la presencia diferenciada del Estado en diferentes regiones del país, y que permite entender la coexistencia del orden y la violencia, en los siguientes términos: “... el país se caracteriza por el orden institucional y un buen gobierno en las regiones centralmente integradas, un orden negociado con los poderes locales y regionales en las zonas parcialmente integradas y una lucha violenta por el control territorial en las que están en proceso de integración¹¹⁶”.

De otro lado, de acuerdo con Garay, es fundamental determinar los criterios para circunscribir, en los casos concretos, el alcance de la violencia inherente al conflicto armado interno, a fin de establecer la influencia de los hechos victimizantes en el territorio y época alegados por el solicitante como parte del contexto que dio lugar al despojo o abandono forzado, así como el conocimiento del tercero opositor sobre tales hechos¹¹⁷.

Para tal efecto, señala la importancia de dos tipos de criterios: el criterio jurisprudencial de circunspección del contexto, en el que se define a partir de la jurisprudencia los elementos característicos de una situación de conflicto armado interno, y el criterio socio-jurídico de circunspección del contexto, el cual tiene que

¹¹⁶ Arévalo Bencardino, Julián. Construcción de paz y un nuevo modelo de construcción de Estado: una lectura de los dos primeros acuerdos de La Habana. En: Revista de economía institucional, enero- junio, 2014, vol. 16, no. 30, p. 147. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41931001007>

¹¹⁷ Garay Salamanca, Luis, et al. Derechos patrimoniales de víctimas de la violencia: reversión jurídica y material del despojo y alcances de la restitución de tierras en procesos con oposición. Op. Cit.

ver con la indagación sobre los patrones de sistematicidad y generalidad de las conductas que deben valorarse a la luz de la buena fe exenta de culpa, mediante ejercicios de mapeo acerca de los impactos del conflicto armado interno en las zonas de ubicación de los bienes reclamados en restitución, dicho criterio consiste en que una vez determinados los patrones regionales y territoriales de despojo y violencia, se debe indagar por la buena fe exenta de culpa, mediante la circunspección del contexto, ejercicio en el cual son útiles algunos criterios como el de la prohibición de transacción sobre ciertos bienes por estar cobijados con la medida de protección de que trata la Ley 387 de 1997.

Cumple anotar que el artículo 19 de la Ley 387 de 1997, crea el Registro Único de Predios y Territorios Abandonados por la Violencia – RUPTA, a cargo del INCODER, en el cual se registran los predios rurales abandonados por la violencia, declarados como tal por la población desplazada, y sobre los cuales recae una medida de protección que impide adelantar cualquier acción de enajenación o transferencia de títulos de propiedad de ese bien.

De esta manera, la debida diligencia inherente a la buena fe cualificada, de acuerdo con el referido autor, exige haber indagado no solamente sobre la inclusión del bien en el registro de predios rurales abandonados por los desplazados, sino incluso sobre la inscripción de predios colindantes o de la misma vecindad, pues la existencia de medidas de protección en las vecindades y colindancias, permite inferir que la violencia asociada al conflicto armado fue un hecho notorio en dichas zonas, que por lo tanto debió haber sido conocida por el opositor, afectando de esta manera las posibilidades de acreditar su buena fe, al establecer estándares superiores de diligencia, que en algunos casos, ni siquiera consultan con las circunstancias propias del contexto específico de las negociaciones que se surten sobre predios rurales.

En efecto, si como se estableció en precedencia al interior de esta misma investigación, la precariedad en los títulos de propiedad de la tierra constituye un marco incidencial que permite caracterizar los fenómenos de despojo y abandono de bienes en el país, debido a la informalidad que por regla general rodean las negociaciones adelantadas en zonas rurales (pues en estos contextos, resulta frecuente observar contratos de compraventa sobre inmuebles realizados de manera verbal o mediante documento privado), entonces la exigencia de consultar la inscripción del predio adquirido y de sus colindantes en el registro de predios abandonados, para cualificar la buena fe del opositor a efectos de recibir la compensación a que haya lugar, se torna desproporcionada de cara a las dinámicas propias de los procesos de negociación sobre inmuebles rurales, los cuales si bien fueron afectados por un elemento contextual que es la violencia, también se encuentran mediados por otro elemento incidencial que es de la informalidad en la tenencia de la tierra.

Adicionalmente, aceptar que la notoriedad de los hechos victimizantes viene dada por la publicidad de las medidas de protección inscritas sobre los predios ingresados al Registro de Tierras Abandonadas –RUPTA-, y que tal circunstancia permite diferenciar tales hechos de un rumor público, no es acertada en la medida en que no todos los bienes abandonados o despojados fueron declarados como tales por parte de las víctimas. En efecto, según cifras¹¹⁸ del Proyecto Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada, publicadas por la Unidad de Planificación Rural Agropecuaria, entidad adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, para el año 2010, tan solo 115.494 predios correspondientes a 107.088 personas habían sido protegidos en los términos de la Ley 387 de 1997, de los cuales más del 50% ostentaban una titulación informal sobre la tierra, aun cuando las cifras oficiales de desplazados en Colombia rodeaban los 3.6 millones

¹¹⁸ Unidad de Planificación Rural Agropecuaria - Upra, “Bases Conceptuales Procesos De Regularización De La Propiedad Rural Y Acceso A Tierras”, (2014), Disponible en: http://www.upra.gov.co/documentos/Bases_conceptuales_regularizacion_propiedad_rural_mercado_tiemras.pdf

de personas¹¹⁹, de donde se concluye que el conocimiento de los hechos de violencia exigido al opositor no se agota en la consulta de dicho registro.

En este mismo sentido, dado que *“no es lo mismo que una persona se oponga porque compró un predio de una persona desplazada interna para su subsistencia mínima que un tercero haya comprado masivamente predios colindantes, o haya acumulado Unidades Agrícolas Familiares (...) y luego haya englobado el terreno para actividades económicas diferentes a las de subsistencia.”*¹²⁰, en esa misma medida, no debería resultar igualmente exigible el acceso a las bases de datos institucionales relativas al registro de los predios abandonados a todos los opositores, pues en todo caso, en el escenario negocial no todos los contratantes cuentan con los mismos conocimientos o motivaciones.

Incluso, como se analizará en el siguiente acápite, en ocasiones se ha prescindido del análisis del hecho notorio y, en su lugar, se ha dado aplicación al principio de confianza legítima al momento de decidir las oposiciones presentadas, lo cual ha implicado en cierto modo un abandono de lo que conceptualmente se ha entendido por buena fe exenta de culpa en contextos transicionales, y en tal sentido, un reconocimiento de la dificultad de acreditar sus elementos estructurales en el proceso de restitución de tierras, pues aunque se acepta que la parte opositora ha debido conocer el contexto de violencia reinante en la zona de ubicación del bien, tal consideración deja de ser relevante por la aplicación del principio de confianza legítima, originado en una actuación estatal o de entidades del sector financiero que le permitieron a la persona convocada a juicio suponer que un eventual vicio derivado de esta situación de violencia ha sido subsanado, y en consecuencia su adquisición se efectuó al amparo de la buena fe cualificada.

¹¹⁹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo- PNUD. Desplazamiento forzado, tierras y territorios. Agendas pendientes: la estabilización socioeconómica y la reparación (2011). Disponible en: <http://www.pnud.org.co/sitio.shtml?x=65523#.VdS6fPmqkqo>

¹²⁰ Garay Salamanca, Luis, et al. Derechos patrimoniales de víctimas de la violencia: reversión jurídica y material del despojo y alcances de la restitución de tierras en procesos con oposición. Op. Cit., p.235.

En otros casos, pese al conocimiento de la situación generalizada de violencia los operadores judiciales han considerado que el opositor actuó encontrándose en estado de necesidad.

SECCION TERCERA ANÁLISIS DE CASOS

En procura de verificar las dificultades probatorias que entraña el concepto de buena fe exenta de culpa exigida al opositor en el proceso de restitución de tierras a que se ha aludido con anterioridad, en el presente acápite se presenta un análisis general de 178 sentencias proferidas por las Salas Civiles Especializadas en Restitución de Tierras de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Antioquia, Bogotá, Cali, Cartagena y Cúcuta, entre los años 2013 y 2015, contentivas de 385 solicitudes de restitución, de las cuales 332 fueron concedidas, 33 fueron negadas, en 14 se reconoció la buena fe exenta de culpa a favor del opositor, en 4 se ordenó la restitución por equivalente a favor de la víctima y en un caso se dictó fallo inhibitorio, por falta de identificación del bien y cumplimiento del requisito de procedibilidad.

Gráfico. Sentencias de restitución de tierras proferidas por los Magistrados Especializados en Restitución de Tierras.



Fuente: Elaboración propia.

En relación con los argumentos de mayor recurrencia, se observa que la decisión de negar la restitución, obedeció en 29 casos a que se no acreditó la calidad de víctima de despojo o abandono por parte del solicitante o por que la venta se realizó con posterioridad al retorno¹²¹, en 3 casos a que la parte reclamante no cumplía con los requisitos para la adjudicación por tratarse de baldíos¹²², y en 1 caso¹²³ se estableció que la parte reclamante había perdido la ocupación del predio con anterioridad al año 1991.

Por otro lado, en las sentencias en las cuales se reconoció la buena fe exenta de culpa a favor del opositor, se aprecia que pese a que el artículo 91 de la Ley 1448 de 2011 establece que en caso de que, se acredite que el opositor obró con la

¹²¹ Al respecto, es posible consultar, entre otras, las sentencias correspondientes a los siguientes radicados: 70001312100220120008900, 13244312100120120002500, 50001312100120120008500, 50001312100120130001501, 73001312100220120012400, 50001312100220130000400, 76001312100120120009100

¹²² Al respecto, las sentencias correspondientes a los siguientes radicados: 50001312100120130014600, 50001312100220130008501, 50001312100120120011901

¹²³ Al respecto, la sentencia 54001222100320130004700

diligencia propia de la buena fe cualificada, procede el reconocimiento de una compensación a su favor, lo cierto es que tan solo en 6 casos se ordenó dicho pago, pues en los 9 procesos restantes, la decisión consistió en dejar al opositor en poder del bien, y ordenar la restitución por equivalente a favor de la víctima.

Finalmente, los casos en que se dispuso la restitución por equivalente a favor de los reclamantes, se hizo debido a que en uno de los casos el bien estaba ubicado en zona de parques naturales¹²⁴, en otro caso la extensión del predio despojado era mayor a 1 UAF¹²⁵, y en dos casos debido a la imposibilidad de retornar al bien por razones de seguridad¹²⁶ o porque el inmueble está ubicado en zona de alto riesgo no apto para uso residencial¹²⁷.

En cuanto al análisis de la buena fe cualificada, los Magistrados de la especialidad han encontrado que la misma obedece a varias razones que admiten el siguiente compendio: i) el opositor también es víctima de desplazamiento y además es sujeto de especial protección constitucional por ser madre cabeza de familia o por motivos de edad, aunado a la no pertenencia a grupos armados¹²⁸; ii) por aplicación del principio de confianza legítima, en aquellos casos en que el inmueble fue adjudicado por el INCORA o adquirido en entidades financieras¹²⁹; iii) porque no era de público conocimiento la violencia en el lugar de ubicación del bien que hiciera presumir la existencia de un vicio en la tradición¹³⁰; iv) porque el opositor desconocía la situación de violencia, o aun conociéndola, los verdaderos motivos de la venta no fueron comunicados por la víctima, o esta no los denunció

¹²⁴ Al respecto, la sentencia 76001312100120120008801

¹²⁵ Al respecto, la sentencia 50001312100120120011600

¹²⁶ Al respecto, la sentencia 54001222100220130011500

¹²⁷ Al respecto, la sentencia 54001222100220130022300

¹²⁸ Sobre este punto, es posible consultar las sentencias 20001312100120120014100, 70001312100220120009200, 20001312100120120014300 y 13244312100220130002100

¹²⁹ Al respecto, las sentencias 05045312100120130035400, 54001222100320130005500 y 54001222100220130001100

¹³⁰ Al respecto, las sentencias 54001222100220130010700 y 54001222100220130000400

oportunamente¹³¹; v) por el estado de necesidad del opositor, al adquirir el bien para solucionar sus necesidades básicas de subsistencia¹³² o por necesidad del vendedor, como en el caso del solicitante que requería el dinero de la venta para pagar el rescate exigido por los secuestradores de su familiar¹³³.

No obstante lo anterior, en la generalidad de los casos, los operadores judiciales han fundamentado sus decisiones en los postulados propios de la justicia transicional, y de igual modo, han dado aplicación a reglas probatorias de inversión de carga de la prueba, presunciones legales y conceptos como el hecho notorio, en los términos antes señalados, de igual forma se evidencia relativamente poca aplicación del Acuerdo 021 de 2015 atinente a los segundos ocupantes.

¹³¹ Al respecto, las sentencias 20710000200020003200, 68081312100120130000401, 54001222100220130013600, 5400131200120120020701 y 54001312100220130020501.

¹³² Al respecto, la sentencia 13244312100220130002100

¹³³ Al respecto, la sentencia 73001312100220130015800

CAPITULO III

LA NECESARIA REFORMULACIÓN JUDICIAL DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EXENTA DE CULPA EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS

Las dificultades que plantea la aplicación del postulado de la buena fe exenta de culpa al interior de los procesos de restitución y formalización de tierras, según lo expuesto en el capítulo precedente, pone de presente la necesidad de una reformulación judicial del concepto, que no necesariamente una reforma legal en tal sentido, pues es finalmente en el ámbito de los procesos que se adelantan ante la justicia especializada donde dicha problemática se enfrenta a la práctica y encuentra su razón de ser.

Con la finalidad de cumplir dicho propósito, en la primera parte del capítulo se explorarán las razones jurídicas y políticas por las cuales se estima necesario adoptar una nueva perspectiva acerca de los alcances de la buena fe cualificada en el proceso de restitución de tierras, y posteriormente se esbozará en qué consiste dicha reformulación.

SECCION PRIMERA

¿POR QUÉ ES NECESARIO QUE A NIVEL JUDICIAL SE ADOPTE UN NUEVO ENFOQUE DE LA BUENA FE EXENTA DE CULPA EXIGIDA AL OPOSITOR EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS?

1. Razones jurídicas

1.1 El enfoque de la acción sin daño

El enfoque de la “acción sin daño” o teoría del “*do no harm*” ha venido ganando espacio en los círculos investigativos y académicos en el país, justamente a

propósito de su pertinencia en escenarios de construcción de paz tras un período de conflicto armado, pues si bien desde su formulación sus fundamentos se encuentran más profundamente arraigados en el campo de la ética, dicha teoría también admite su desarrollo desde una perspectiva socio jurídica.

En principio, puede afirmarse que fue a partir de la década del noventa, cuando se iniciaron una serie de reflexiones sobre los efectos de las intervenciones humanitarias llevadas a cabo en Asia y África, tras identificar que muchas de ellas terminaron profundizando, prolongando y exacerbando el conflicto, aunque de igual manera se registraron logros importantes en la consecución de condiciones favorables para la paz. Dichas reflexiones fueron sistematizadas por Mary Anderson en 1999 en el libro “*Do no harm*”, a partir del cual se elaboró un modelo de análisis para los contextos de la acción y de las acciones mismas, a fin de identificar los daños generados como consecuencia de los procesos de transferencia de recursos humanos, materiales y no materiales¹³⁴.

El enfoque de la acción sin daño parte de la premisa de que:

...ninguna intervención externa realizada por diferentes actores humanitarios o de desarrollo –ya sean internacionales o nacionales, privados o públicos- está exenta de hacer daño a través de sus acciones. De hecho, siempre que se trate de intervenir en los procesos y la vida de los “otros”, sobre todo en situaciones de conflictos, es posible ayudar a reducir las tensiones y a fortalecer las capacidades de las personas para retirarse del combate y buscar opciones pacíficas para resolver los problemas, pero también es posible ocasionar más daños a partir de la acción externa, tanto a personas como a comunidades. Se observa entonces que con alguna frecuencia, los programas realizados pueden producir ambos efectos.¹³⁵

¹³⁴ Rodríguez Puentes, Ana Luz. Desarrollo de acciones humanitarias y de desarrollo desde el enfoque ético de la acción sin daño. En: Polisomía, enero-Junio, 2008, no. 5, p. 75. Bogotá: Corporación Universitaria Minuto de Dios.

¹³⁵ Rodríguez Puentes, Ana Luz. El enfoque de la acción sin daño. En: Acción sin daño y reflexiones sobre prácticas de paz: una aproximación desde la experiencia colombiana. Bogotá: Programa de Iniciativas Universitarias para la Paz y la Convivencia (PIUPC), 2006. p. 5. Disponible en http://www.cercapaz.org/apc-aa-files/f904423c8c037cebbabc576e5958d8da/Modulo_1.pdf

En tal sentido, una posible aplicación del enfoque de la acción sin daño o teoría del “*do not harm*” al proceso de restitución y formalización de tierras despojadas y abandonadas forzosamente, debería conducir a cuestionar la actuación de agentes institucionales representados en autoridades administrativas (en el caso de la Unidad de Restitución de Tierras) y judiciales (en el caso de los Jueces y Magistrados de la especialidad) en los conflictos asociados al despojo y abandono de bienes que se pretenden restituir en virtud de dicha ley, evaluando el impacto de sus decisiones, o en otras palabras, identificando los daños que eventualmente pueden llegar causar sus determinaciones en relación con las partes en el proceso y la comunidad en la que actúan.

En este orden conceptual, el caso de los terceros de buena fe exenta de culpa, constituye un adecuado reflejo de dicha problemática, pues como se analizará en detalle más adelante, la acción consistente en gravar con un alto estándar probatorio a los terceros opositores en el proceso de restitución de tierras, en aras de hacer efectivo el derecho a la restitución de las víctimas, eventualmente puede generar daños en los derechos adquiridos al amparo de dicho postulado, ocasionando nuevos conflictos en las comunidades, tal y como se ha venido informando a través de los medios de comunicación.

En efecto, las zonas de Urabá y Sucre constituyen ejemplos apropiados de dicha problemática. Así, en el periódico El Colombiano de la ciudad de Medellín se indicó:

Urabá siempre fue y será la tierra de las disputas eternas. Y en este terruño, rodeado de selvas y platanales, desde hace más de tres décadas se ha librado una lucha a muerte por poseer el bien máspreciado: la tierra.

De esa guerra no se salvaron las antiguas generaciones, y las nuevas, presencian los incipientes enfrentamientos entre campesinos, hacendados, reclamantes de tierras y Ong., los cuales han emprendido una carrera para acceder o retener las parcelas.

Los últimos hechos en el Urabá antioqueño han generado rencillas, incluso, entre los que se consideraban compadres, reclamantes y poseedores de fincas. El escenario es claro: Los empresarios dueños de tierras aseguran que los campesinos invadieron las fincas compradas de buena fe, los labriegos insisten en que retornaron voluntariamente porque los procesos de restitución son lentos y no hay una respuesta, y el Gobierno enfatiza en que quien debe definir el verdadero dueño de los predios es un juez de restitución de tierras. Además, las autoridades dicen estar maniatadas ante acciones que no son claras para reclamantes y propietarios.

(...)

Para los habitantes de Urabá, los nuevos enfrentamientos son una "bomba" que cuando estalle, cobrará sus primeros muertos en el norte de esta zona; y luego, la muerte campeará en otros municipios, como lo hizo hace tres décadas, cuando la guerra por los predios llenó de balas y terror a Urabá. El Colombiano presenta un panorama de la situación de la restitución en la tierra que muchos campesinos abandonaron para dejar en el olvido, el dolor causado por la guerra y el despojo¹³⁶

A su turno, el periódico El Meridiano de Sucre, informó:

(...) Procedentes de varios municipios, bajo el liderazgo de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC), se tomaron el frente de las instalaciones de EL MERIDIANO de Sucre desde las 8:30 a. m. hasta las 10:30 a.m.

(...)

Con la copia de una carta en mano, que le enviaron al presidente Santos y al vicepresidente electo de la República afirmaron que han pasado 15 meses que manifestaron inconformismo por **los efectos "dañinos" de la Ley 1448** y aún no tienen solución.

(...)

En la misiva, reiteran que obtuvieron los predios hace 15 años, pero de buena fe. Aseveran que son victimizados por la "errónea" aplicación de la Ley que "antes de ser justiciera, vulnera los derechos humanos, toda vez que perdemos el derecho al trabajo, a la honra y el patrimonio".

Anaya reconoció el esfuerzo de algunos funcionarios de la Unidad a nivel Nacional, pero a juicio de los campesinos, el programa de segundos ocupantes, por ejemplo, no compensa el daño sufrido.

Según la ANUC, el Estado estigmatiza a los campesinos pequeños compradores de tierra como despojadores.

¹³⁶ Macías, Javier. Urabá: otra lucha por tierra. El Colombiano. Medellín, 29, marzo, 2015. Disponible en: <http://www.elcolombiano.com/antioquia/en-uraba-se-libran-nuevas-disputas-por-la-tierra-LB1605629>

(...)

Por su parte, Emuar Redondo Martínez (...) Considera que con la aplicación de la Ley 1448 o de Restitución de Tierras, pueden vivir otro desplazamiento forzado propiciado, no por grupos al margen de la ley, sino por el Gobierno nacional, por no consultar con las comunidades la verdadera necesidad y **el impacto negativo** que puede causar.

(...)

Redondo aseguró que radicaron un documento ante la Unidad de Restitución de Tierras en Bolívar para que se enviara al director nacional de la Unidad, Ricardo Sabogal, con copia a la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero el director de la territorial, Álvaro Tapias Castel, no lo hizo.

"Nos estigmatizó y dijo que esa era una marcha antirrestitución y no quiso reconocer que allá se está produciendo un conflicto entre las masas campesinas por la Ley 1448", subrayó.

(...)

"La ANUC no quiere apoyar a unos y atropellar a otros como en estos momentos se está haciendo con esta ley. Estamos solicitando al Estado que las dos partes sean consideradas como víctimas. Hay 18 despojos por parte del Estado, 18 desplazamientos que ha hecho el Estado con las sentencias que se han hecho", aseveró.

Según Conde, después de un año y medio de haberlos "despojado" de esas parcelas, los campesinos están "con las manos en la cabeza", porque no tienen dónde trabajar.¹³⁷ (Negrilla fuera del texto)

Huelga anotar que la importancia de los hechos narrados por el periódico El Meridiano de Sucre, revisten mayor importancia, como quiera que las denuncias allí señaladas provienen de una organización que a su vez ha sido catalogada como víctima del conflicto armado interno por parte del Estado, quien a través de la Unidad Administrativa para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas¹³⁸, ha desarrollado todo un programa de reparación colectiva a favor de dicha entidad.

¹³⁷ El Meridiano de Sucre.com.co. Que el presidente se apersona: campesinos. El Meridiano. Sincelejo, Sucre, 4, julio, 2014. Disponible en: <http://www.elmeridianodesucre.com.co/agro-y-economia/item/42612-que-el-presidente-se-apersona-campesinos>.

¹³⁸ Colombia. Unidad Administrativa para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Comunicados. Disponible en: http://www.unidadvictimas.gov.co/especiales/dia_nacional_victimas/comunicados/comunicado-anuc.html

En este orden conceptual, las referencias antes anotadas extraídas de la cobertura que han brindado los medios de comunicación al conflicto que persiste en aplicación de la Ley de Restitución de Tierras, deben conducir a las agencias estatales, y más específicamente al poder judicial a identificar en qué medida el alto estándar probatorio asignado a los opositores en el proceso de restitución de tierras contribuye a reducir las tensiones en contextos sociales, políticos y económicos tradicionalmente afectados por fenómenos complejos de abandono y despojo de bienes en los términos descritos en el segundo capítulo de la presente investigación, y si al caracterizar como un efecto dañino de la aplicación de la Ley 1448 de 2011, existen posibilidades de reducir dichas consecuencias mediante la aplicación de las lecciones del enfoque de la acción sin daño¹³⁹.

1.2 Estándares normativos en materia de justicia transicional

A nivel teórico se han levantado las voces de algunos autores especializados en la materia, que como en el caso de Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon¹⁴⁰, se han cuestionado acerca del papel que desempeñan los estándares jurídicos en los procesos de justicia transicional, y si estos en realidad funcionan como límites normativos efectivos a las opciones políticas disponibles para llevar a cabo la transición, o por el contrario, solo corresponden a un giro retórico con efectos legitimadores para mantener el statu quo.

En tal sentido, dicho autor ha sostenido que los procesos de transición venían siendo determinados en gran medida por la política, es decir, la política señalaba cuáles eran las soluciones jurídicas para lograr la transición, y en esa medida, el

¹³⁹ Goddar, Nicole. Cinco lecciones sobre Acción sin Daño y la construcción de la paz. En: Hechos del callejón, febrero-Marzo, 2010, no. 52. p. 16. Bogotá: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

¹⁴⁰ Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula. Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia. En: Anuario de derechos humanos, enero-diciembre, 2008, no. 4, p. 165- 166. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

derecho se convertía en un instrumento para tal fin. Empero, dicha situación se ha modificado con el transcurso del tiempo, debido a la expansión de la conciencia humanitaria y al establecimiento de estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, que propugnan por proteger a las víctimas de las atrocidades de otros regímenes; de allí que se hable de justicia transicional como un esfuerzo por enmarcar la política de las transiciones en estándares jurídicos que vienen determinados por el respeto a los derechos de las víctimas cuya garantía es una forma de restringir los procesos de negociación celebrados en los contextos de transición.

En este orden de ideas, doctrinariamente se ha desarrollado una concepción normativa de la justicia transicional en los siguientes términos:

La justicia transicional se refiere a un conjunto de medidas que pueden ser implementadas para hacer frente al legado de los abusos masivos de derechos humanos, donde “hacer frente al legado” de tales abusos significa, en primer lugar, demostrar la vigencia de las normas de derechos humanos que fueron sistemáticamente violadas. Una lista no exhaustiva de tales medidas incluye: el enjuiciamiento penal, la búsqueda de la verdad, las reparaciones y la reforma institucional. Lejos de ser componentes de una lista al azar (random list), estas medidas son partes de la justicia transicional en virtud de compartir dos objetivos o fines “mediatos”, a saber, proporcionar reconocimiento a las víctimas y promover la confianza cívica; y un objetivo final, contribuir al fortalecimiento de la norma de derecho democrática (*democratic rule of law*)¹⁴¹.

De igual manera se ha expresado que en los procesos de justicia transicional se hace evidente la tensión entre el componente político y el componente jurídico que los informa, pues mientras el primero concierne a *“las decisiones que optan los gobiernos en el intento por superar la situación de conflicto, guerra o violación de*

¹⁴¹ De Greiff, Pablo. Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la justicia transicional. En: Anuario de derechos humanos, enero-diciembre, 2011, no. 7, p. 29. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

*los derechos humanos, que ha dado lugar a la transición*¹⁴², el segundo, atañe con elementos *“como la expedición de normas sobre juzgamiento, la conformación de tribunales o de instancias, pero muy especialmente en la formulación y defensa de los derechos de las víctimas”*

Como puede apreciarse, las concepciones normativas de la justicia transicional que se han esbozado a nivel teórico, gravitan en torno al respeto de los derechos de las víctimas, como una forma de garantizar los estándares jurídicos que se deben observar en las transiciones de un período de conflicto armado a la paz, sin embargo, durante el desarrollo de la presente investigación se ha podido evidenciar un vacío en la literatura en relación con el análisis de los procesos de justicia transicional desde la perspectiva de otros actores que intervienen en los mismos, como ocurre con los terceros opositores de buena fe, cuya situación no ha sido objeto de un análisis sistemático en este contexto.

En el caso colombiano, existen documentos que han puntualizado la obligatoriedad de las reglas y estándares sobre los derechos de las víctimas fijadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que a su vez constituyen la dimensión jurídica o normativa de los procesos de justicia transicional, pero dichos enfoques no incluyen expresamente el respeto por los derechos de los terceros de buena fe como parte de la concepción normativa los procesos de transición.

De esta manera, aunque previamente a lo largo de esta investigación se ha llamado la atención acerca de que la garantía de los derechos de las víctimas, especialmente el relacionado con la reparación integral, constituye un imperativo ético, político y jurídico del Estado, en todo caso el diseño de las políticas públicas

¹⁴² Quinche Ramírez, Manuel Fernando y Peña Huertas, Rocío del Pilar. La dimensión normativa de la justicia transicional, el Sistema Interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia. En: Anuario Colombiano de derecho Internacional, Enero-diciembre, 2014, Vol. 7, p. 118. Bogotá: Universidad del Rosario.

establecidas con tal fin, deben tener en cuenta los intereses de otros intervinientes en los procesos de justicia transicional, y en tal sentido, el respeto por los derechos adquiridos por terceros de buena fe, debe erigirse en otro de los componentes normativos que funcionen como límite a las decisiones políticas en el contexto de la transición, pues de otra forma se estarían favoreciendo situaciones análogas a los procesos de expropiación.

Luego, una concepción normativa de la justicia transicional civil, que tenga en consideración los derechos adquiridos de buena fe exenta de culpa por terceros ajenos a la situación de despojo o abandono, debería incluir no solo la plena realización de la función creativa de este principio como se verá más adelante, sino la aplicación de las consecuencias propias que establece el ordenamiento jurídico en el ámbito negocial entre particulares.

Un ejemplo que permite ilustrar mejor la siguiente situación se encuentra en el artículo 77 de la Ley 1448 de 2011, que al establecer las presunciones legales en relación con los predios inscritos en el Registro de Tierras Despojadas, dispone:

2. Presunciones legales en relación con ciertos contratos. Salvo prueba en contrario, para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume que en los siguientes negocios jurídicos hay ausencia de consentimiento o de causa lícita, en los contratos de compraventa y demás actos jurídicos mediante los cuales se transfiera o se prometa transferir un derecho real, la posesión o la ocupación sobre inmuebles siempre y cuando no se encuentre que la situación está prevista en el numeral anterior, en los siguientes casos:

(...)

e. Cuando no se logre desvirtuar la ausencia de consentimiento en los contratos y negocios mencionados en alguno de los literales del presente artículo, el acto o negocio de que se trate será reputado inexistente y todos los actos o negocios posteriores que se celebren sobre la totalidad o parte del bien estarán viciados de nulidad absoluta.”
(Negrilla fuera del texto)

Como se expresó con anterioridad, el elevado estándar probatorio asignado al opositor en el proceso de restitución de tierras, conlleva a que en la práctica quien contrató de mala fe y quien se adhirió a las prescripciones de la buena fe, pero no logró demostrarlo, ni desvirtuó la presunción legal que pesa en su contra, quedan en la misma situación, y en consecuencia, al declarar la inexistencia y posterior nulidad de los actos jurídicos celebrados sobre el inmueble reclamado, los Magistrados Especializados en Restitución de Tierras, consecuentemente condenan al opositor a restituir jurídica y materialmente el predio objeto de la *litis* a favor de la víctima, sin que al reclamante se le ordene la devolución del precio pagado, en los casos en que el despojo haya obedecido a la celebración de un negocio jurídico.

En otras palabras, no se observa justificación atendible para que en los procesos de restitución de tierras no se dé plena aplicación a los efectos de la nulidad declarada previstos en el Código Civil al preceptuar en su artículo 1746:

ARTICULO 1746. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Por lo anterior, se itera, resulta necesario analizar los procesos de justicia transicional desde la óptica de todos los intervinientes en el mismo, estableciendo estándares normativos al respecto, que propugnen por garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas, pero también por el respeto de los

derechos adquiridos por los terceros de buena fe y de otros intervinientes que puedan verse eventualmente afectados por dichos procesos, circunstancia que cobra mayor importancia en un contexto donde, al parecer, se ha privilegiado un enfoque maximalista de la justicia transicional, de conformidad con el cual los derechos de las víctimas deben protegerse sin restricción, sin importar la necesidad política de lograr la paz, con las consecuencias que se pondrán de presente a continuación.

2. Razones políticas: Las finalidades de la justicia transicional

Tal y como se ha mencionado a lo largo de la presente investigación, indudablemente los procesos de justicia transicional tienen un componente político determinante, que a su turno influye en las finalidades de dichos procesos, tanto que incluso hoy en día, la justicia transicional se ve enfrentada al reto de la ampliación progresiva de su agenda. Es así que las decisiones legislativas relativas a los procedimientos judiciales, a las medidas de justicia transicional que deben adoptarse y a los procesos de negociación de paz, se encuentran mediadas por el aspecto político, situación que explica en buena medida por qué a la justicia transicional...

...se le atribuyen facultades jurídicas que no tiene. La JT deroga leyes, varía precedentes, reinterpreta convenios internacionales y desborda la potestad reglamentaria. En suma, actúa como si su existencia tuviera lugar en un vacío constitucional. O como si pudiera hacer tales cosas por fuera de las vías jurídicas, o antes de hacer uso de ellas. Cuando se discute en escenarios de políticas públicas la obligatoriedad de una regla, el carácter vinculante del precedente constitucional, o aun de un derecho pacíficamente considerado como fundamental, el argumento es fulminante: "En contextos de JT, esa norma debe ser flexible". Parecería que la JT se entiende prevalentemente en

Colombia como sinónimo de reducción pragmática de estándares de verdad, justicia y reparación.¹⁴³

En este sentido, es claro que los procesos de justicia transicional ponen de presente las relaciones existentes entre política y derecho, pues mientras la primera siempre intentará privilegiar la obtención de la paz, la segunda tratará de hacer valer la justicia como objetivo supremo, no obstante, la finalidad de los procesos de transición se concreta en lograr un equilibrio entre ambas aspiraciones.

En este contexto, se estima que las dificultades prácticas a las que se enfrentan los opositores de buena fe exenta de culpa en el proceso de restitución de tierras, pueden llegar a afectar la realización de la paz como finalidad política de los procesos de justicia transicional, pues ya con anterioridad se han puesto de presente las disputas que han generado la aplicación de la Ley 1448 de 2011 en diferentes zonas del país, entre quienes reclaman la restitución de sus bienes, y quienes se oponen a la prosperidad de dicha pretensión por haberlos adquirido de buena fe, circunstancia que a su turno, dificulta el adecuado desarrollo de los procesos de reconciliación, desarme, desmovilización, reintegración, y el otorgamiento de las medidas de no repetición que se pretenden lograr mediante la implementación de juicios de esta naturaleza. Adicionalmente, en el caso de los opositores que ostentan la condición de segundos ocupantes, la misma Corte Constitucional en la sentencia C 330 de 2016, señaló que la *“atención inadecuada de esta población puede generar inestabilidad en la transición y amenazar la seguridad jurídica y material de la vivienda, para las víctimas restituidas”*.

¹⁴³ Orjuela Ruiz, Astrid y Lozano Acosta, Carlos. La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia. En: Revista estudios socio-jurídicos, enero-junio, 2012, Vol. 14, no. 1, p. 263. Bogotá: Universidad del Rosario.

SECCION SEGUNDA.
**CRITERIOS PARA LA REFORMULACIÓN LEGAL Y JUDICIAL DE LA BUENA
FE EXENTA DE CULPA EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS**

1. Propuesta

Las finalidades de la justicia transicional y el marco de abandono y despojo de bienes en Colombia, justifican que en el proceso de restitución de tierras se deban observar principios como la flexibilización probatoria o favorecer interpretaciones que consulten con los intereses de las víctimas, sin embargo, en aras de garantizar el cumplimiento efectivo de los cometidos de la justicia transicional, en dicho proceso se debe asegurar la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción de las partes, visibilizando los intereses de todos los implicados y de los terceros afectados por las eventuales decisiones que se adopten en el marco del proceso judicial, circunstancia que debe observarse con mayores veras como quiera que a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de procedimientos como el de extinción de dominio, cuya similitud con el proceso de restitución de tierras radica en que el objeto de ambos procedimientos es sacar del tráfico jurídico un bien que está circulando en el mismo debido a acciones contrarias a la legalidad, el proceso judicial a que alude la Ley 1448 de 2011, se tramita en única instancia, y por ello carece de una instancia judicial de control, lo cual obliga a observar con mayor celo los principios que integran el núcleo esencial del debido proceso.

Para tal efecto, se propone una reformulación legal y judicial del principio en el que los Jueces y Magistrados de Restitución de tierras se cuestionen acerca de los siguientes puntos:

1.1 La buena fe como principio rector del procedimiento

El artículo 5 de la Ley 1448 de 2011, consagra la buena fe como un principio general que informa la aplicación e interpretación de dicha norma, en los siguientes términos:

El Estado presumirá **la buena fe de las víctimas** de que trata la presente ley. La víctima podrá acreditar el daño sufrido, por cualquier medio legalmente aceptado. En consecuencia, bastará a la víctima probar de manera sumaria el daño sufrido ante la autoridad administrativa, para que esta proceda a relevarla de la carga de la prueba.

En los procesos en los que se resuelvan medidas de reparación administrativa, las autoridades deberán acudir a reglas de prueba que faciliten a las víctimas la demostración del daño sufrido y aplicarán siempre el principio de buena fe a favor de estas.

En los procesos judiciales de restitución de tierras, la carga de la prueba se regulará por lo dispuesto en el artículo 78 de la presente Ley.” (Negrilla fuera del texto)

Como puede apreciarse de la lectura textual de la norma citada, resulta evidente que el principio de buena fe únicamente se presume de las actuaciones adelantadas por las víctimas con ocasión de los trámites a que alude la Ley 1448 de 2011, pero no contempla la misma previsión en relación con las demás partes del proceso, aun cuando la presunción de buena fe debiera ser un principio rector del procedimiento y predicarse de todas las partes que intervienen en él, precisamente por el carácter sinalagmático¹⁴⁴ de dicho principio, el cual se exige de ambos contratantes.

A este respecto, el Código de Extinción de Dominio (Ley 1708 de 2014), consagra una disposición normativa, cuyos alcances resultan pertinentes en este sentido, pues al establecer la presunción de buena fe como norma rectora del

¹⁴⁴ Neme Villareal, Martha Lucía. El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. En: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 11. 2006. P. 87

procedimiento, en su artículo 7, señala: “*Artículo 7°. Presunción de buena fe. Se presume la buena fe en todo acto o negocio jurídico relacionado con la adquisición o destinación de los bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa*”.

La falta de una previsión de dichos alcances en el cuerpo normativo que regula el proceso de restitución de tierras, aunado a que la inversión de la carga de la prueba como fórmula adoptada por el legislador en la Ley 1448 de 2011, ha provocado que legalmente se encuentre establecido que la carga de acreditar la buena fe exenta de culpa, se radique en cabeza del opositor, aun cuando dicho postulado, por ser una formulación más calificada de la buena fe subjetiva simple, se presume.

A este respecto, en la autorizada opinión de la doctora Martha Lucía Neme Villareal, es claro que la presunción de buena fe, únicamente rige en tratándose de la buena fe subjetiva, y no en el campo de la buena fe objetiva, sobre el particular la mencionada autora ha enseñado que:

Este comportamiento diligente de la llamada buena fe exenta de culpa no puede asimilarse al deber de conducta propio de la buena fe objetiva, como quiera que si se observa bien, el deber de conducta en la buena fe objetiva se predica de un comportamiento en pro de la contraparte, en tanto que el deber de diligencia en la buena fe subjetiva calificada o exenta de culpa, representado en la realización de las verificaciones y averiguaciones pertinentes, se realiza en beneficio propio por parte del agente que la alega, pues tiene como finalidad el corroborar el sustento objetivo de su creencia, reafirmar el propio convencimiento, lograr un grado tal de certidumbre que le permita ampararse en el reconocimiento de un derecho que a pesar de no existir realmente tiene tal apariencia de certeza que hace que el error en que se incurre sea predicable de cualquier persona en las mismas circunstancias, razón por la que la ley le otorga una protección suma, de ahí su denominación de creadora de derecho¹⁴⁵

¹⁴⁵ Neme Villareal, Martha Lucía. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. En: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 18, 2010, p. 83

1.2 Aplicación del postulado de buena fe exenta de culpa según el derecho civil y criterios adicionales de valoración

A lo largo de la presente investigación se ha intentado caracterizar el postulado de la buena fe exenta de culpa en el contexto de la Ley 1448 de 2011, desde la perspectiva de otros procedimientos judiciales como los adelantados ante los jueces civiles ordinarios y aquellos tramitados con ocasión de la aplicación de la ley de justicia y paz, a fin de encontrar sus puntos de cohesión y divergencia. Así, retomando lo expuesto en el primer capítulo del estudio, es posible concluir que en el proceso de restitución de tierras, la buena fe exenta de culpa debe mirarse bajo los lineamientos propios de un proceso civil ordinario, en donde siendo la buena fe cualificada una formulación de la buena fe subjetiva, la misma es objeto de presunción, y ello es así precisamente por las razones que acertadamente expone la doctora Martha Lucía Neme Villareal, quien sobre el particular ha conceptuado:

Ahora bien, ¿qué significa, desde el punto de vista procesal el que la buena fe subjetiva sea, esta sí, objeto de presunción? Bien ha dicho la jurisprudencia que la presunción de buena fe es meramente legal, esto es, que admite prueba en contrario, por lo que en los casos en que se debata judicialmente la existencia o no de buena fe subjetiva en cabeza de una de las partes, lo que opera es la inversión de la carga de la prueba en contra de quien sostiene la inexistencia de buena fe subjetiva. Ciertamente, la ley protege el estado psicológico de quien está convencido de obrar conforme a derecho, otorgándole una protección que oscila en grados, según la naturaleza del estado psicológico de quien dice ostentarla (de simple a cualificada), pero esta protección no es absoluta, es susceptible de ser desvirtuada mediante pruebas objetivas provenientes de las circunstancias y hechos exteriores que rodearon el comportamiento de quien alega buena fe subjetiva; pruebas estas que permitirán contrastar la validez de las afirmaciones de quien dice haber actuado con buena fe subjetiva, esto es, bajo la convicción de no dañar derecho ajeno. Lo cual resulta razonable, pues difícilmente podríamos obtener un resultado certero de un proceso probatorio en el que la carga de la prueba esté a cargo de quien dice obrar bajo la convicción de buena fe, pues estaríamos sujetos a que pruebe dentro del ámbito subjetivo su propio estado psicológico. El mundo de las pruebas es el objetivo, por ello lo razonable es poner a probar a la otra parte en contra de tales convicciones, en cuanto son desvirtuables sólo en el campo de los hechos.¹⁴⁶

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 86

En otras palabras, pese a que la buena fe cualificada por regla general se presume por tratarse de una modalidad de la buena fe subjetiva, en el caso específico del proceso de restitución de tierras, dicha buena fe debe ser acreditada por quien la alega, en virtud de la inversión de la carga de la prueba consagrada en el artículo 78 de la Ley 1448 de 2011, por lo que la propuesta formulada, en primer lugar se orienta a flexibilizar dicha regla probatoria, no solo en atención a las dificultades que en sí mismo encierra dicho concepto en la medida en que atañe con el estado psicológico de quien dice ostentarla, sino también porque no se evidencia una carga desproporcionada en relación con los derechos de las víctimas si se concluye que éstas también se encuentran en posición de desvirtuar la buena fe exenta de culpa alegada por el opositor.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que la condición de inferioridad con la que actúan las víctimas en el proceso judicial resulta cuestionable dado que la gran mayoría de las solicitudes de restitución presentadas ante los jueces especializados, se formulan a través de la Unidad Administrativa Especial de Restitución de Tierras Despojadas, quien ejerce la representación judicial de los reclamantes, entidad que cuenta con la infraestructura física, humana y tecnológica, con el acceso a la información y con la colaboración de todas las entidades del Estado en el desarrollo de su labor, herramientas con las que no cuentan los opositores que concurren al proceso.

A este respecto el artículo 76 de la Ley 1448 de 2011, dispone que la UAGRTD *“tendrá acceso a todas las bases de datos sobre las víctimas de despojo o abandono forzado, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y de los catastros descentralizados, de las notarías, del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, de la Superintendencia de Notariado y Registro, de las oficinas de registro de instrumentos públicos, entre otros”*, que para esos efectos dispondrán de servicios de intercambio de información en tiempo real y en caso de esto no sea posible, impone a los servidores públicos de las entidades y organizaciones respectivas, el

deber de entregar la información en el término máximo de diez (10) días, contados a partir de la solicitud, so pena de incurrir el falta gravísima sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Así también se desprende del artículo 2.15.1.1.4. del Decreto 1071 de 2015, modificado por el artículo 4 del decreto 440 de 2016, el cual establece que en todas las etapas del proceso, incluso en la fase administrativa, la UAGRTD *“podrá requerir a las autoridades competentes con el fin de que faciliten o aporten la información pertinente, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos finales del artículo 76 de la Ley 1448 de 2011”*.

Por el contrario, ninguno de los opositores, ni siquiera aquellos caracterizados como “segundos ocupantes vulnerables” en los términos de la sentencia C 330 de 2016, cuenta con alguna de estas posibilidades de acceso a la información, ni con el deber de colaboración por parte de las entidades públicas, ni con la posibilidad de beneficiarse del trabajo conjunto realizado por profesionales de diferentes áreas para fundamentar las actuaciones adelantadas en el proceso de restitución.

No obstante lo anterior, en todo caso se acepta que el trámite judicial reglado en la Ley 1448 de 2011, corresponde a un proceso de justicia transicional donde se debaten las pretensiones restitutorias de las víctimas de la violencia del conflicto armado, de ahí la necesidad de acudir a unos criterios adicionales de valoración a la hora de establecer si el tercero opositor, efectivamente actuó al amparo de la buena fe exenta de culpa en la adquisición de su derecho, particularmente, dichos criterios apuntan a dos situaciones que deben quedar acreditadas al interior de los procesos de restitución de tierras, a saber: que el tercero opositor que replica las pretensiones elevadas por la víctima no haya participado en forma directa o indirecta en los hechos que dieron origen al despojo y al abandono de los bienes reclamados, y, que el conocimiento específico del contexto de violencia que se exige al opositor, no recaiga sobre la situación de conflicto que afectó la zona de ubicación del bien en disputa, sino que dicho conocimiento se concrete a la forma particular y específica a la manera en que el marco de violencia determinó

al reclamante para vender o abandonar el bien, y que dichas circunstancias fueron debidamente comunicadas o conocidas por el opositor.

Vale la pena aclarar que el primer criterio de valoración se encuentra referido a la participación no solo directa, sino también indirecta en los hechos que dieron lugar al despojo, pues si de alguna forma dicha injerencia queda acreditada en el proceso, tal circunstancia descarta de entrada incluso la existencia de la buena fe simple. Otro concepto a menudo relacionado con la conducta desplegada por el opositor en la adquisición de su derecho tiene que ver con la idea de aprovechamiento en la negociación. En este punto no se estima que la existencia de un contexto de violencia generalizada por si sola justifique la idea de que el comprador “se aprovechó” de la situación de la víctima reclamante, pues este criterio debe ir acompañado de otros elementos objetivos que permitan estructurar dicho aprovechamiento, como el hecho de que la negociación haya representado desventaja para una de las partes y beneficios personales para la otra, por haberse pactado un precio irrisorio o de que el adquirente haya concentrado una cantidad de tierra mayor a la permitida, y que todas estas circunstancias se encuentren debidamente acreditadas en el proceso.

El segundo criterio de valoración, surge como respuesta a las dificultades generadas con ocasión de las negociaciones adelantadas en contextos donde la situación de violencia es catalogada como un hecho notorio, y que en criterio de algunos doctrinantes¹⁴⁷, la desatención de dicho entorno incluso daría lugar a presumir de derecho la negligencia por parte del comprador, descartando por esta vía su buena fe contractual. Por el contrario, este tipo de conocimiento debe ser particular y concreto, referido a la situación de violencia que se presentó en el lugar específico de ubicación del bien, a la manera en que tal situación motivó al reclamante para vender o abandonar predio, y al hecho de que dichas circunstancias fueron debidamente comunicadas o conocidas por el opositor, lo

¹⁴⁷ Garay. Op. Cit., p. 48

cual debe observarse con mayores veras en aquellos casos de enajenaciones sucesivas, pues en la sentencia C 330 de 2016, la misma Corte Constitucional precisó reiterativamente que *“La buena fe exenta de culpa, en el contexto de la ley de víctimas y restitución de tierras es un estándar de conducta calificado, que **se verifica al momento en que una persona establece una relación (jurídica o material) con el predio objeto de restitución”***

Lo anterior, teniendo en caso que en muchos casos los actuales opositores que acuden al proceso de restitución, aducen que al momento de la adquisición del inmueble la situación de violencia en la zona se encontraba controlada, que el desplazamiento se presentó con mucha anterioridad a la negociación, y que incluso, en tratándose de empresas, en algunos casos ha sido el mismo Estado quien ha fomentado la inversión de las mismas en determinados territorios por invitación expresa del Gobierno quien les ha informado que la institucionalidad ya hace presencia en dichos territorios y que la finalidad es lograr el desarrollo de regiones afectadas por el conflicto, circunstancias que imponen el deber en cabeza de las autoridades judiciales de abordar la buena fe exenta de culpa desde otro enfoque. Tal es el caso de la sentencia por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cúcuta el día 17 de febrero de 2016, radicado 1324431210012014000401, con ponencia de la H. Magistrada Amanda Janneth Sánchez Tocora, en la cual se decidió la solicitud de restitución al interior de la cual la sociedad Argos S.A formuló oposición argumentando estos mismos hechos.

En ese caso, el pronunciamiento judicial en torno a la buena fe exenta de culpa alegada por la opositora se circunscribió al hecho de que la situación de violencia en el sur de Bolívar era de público conocimiento, que la sociedad adelantó las averiguaciones en torno a la procedencia del predio que se realizan en condiciones ordinarias, pero que no efectuó averiguaciones adicionales en torno a la forma en que la tradente se hizo con la propiedad del bien ni sobre las

denuncias por desplazamiento que persistían para el año 2010, sin efectuar expresa alusión a los demás hechos en que se fundó la oposición, particularmente a la manera en que la información proporcionada por el Estado sobre la mejoría en la situación de orden público en la zona de ubicación del bien determinó la realización de dicha negociación.

Por estas razones, se estima que a los contextos de situaciones generalizadas de violencia, debe oponerse el estudio pormenorizado de cada caso concreto, y en tal sentido, este criterio relacionado con el conocimiento del contexto de violencia, contiene en sí mismo una flexibilización del principio de la carga de la prueba que rige en el proceso judicial a que alude la Ley 1448 de 2011 en su artículo 78, pues en estos eventos, quien se encuentra en mejor posición de acreditar que dichos motivos fueron conocidos por el comprador o poseedor que se opone a la pretensión restitutoria, es la propia víctima reclamante. Dicha solución, tiene apoyo en algunas de las sentencias proferidas por las Salas Especializadas en Restitución de Tierras del país tal y como se analizó en el capítulo segundo de la presente investigación.

Finalmente, es preciso señalar que la presunción de buena fe y los criterios adicionales de valoración a los que se ha venido haciendo referencia, deberían poder ser aplicables a todo tipo de oposiciones formuladas con fundamento en la buena fe exenta de culpa y no solo por aquellas interpuestas por quienes ostentan la condición de segundos ocupantes, aunque naturalmente a este tipo de oposiciones deben ser tramitadas con mayor flexibilidad, en atención a los planteamientos emanados de la Corte Constitucional en sentencia C 330 de 2016.

Lo anterior, teniendo en cuenta que: i) por definición, la categoría de segundos ocupantes excluye a otro tipo de opositores como ocurre en el caso de las personas jurídicas, quienes se enfrentan a las mismas dificultades probatorias en relación con el postulado de la buena fe exenta de culpa; ii) Los segundos

ocupantes se caracterizan por ser personas en situación de vulnerabilidad, pero en la sentencia C 330 de 2016, no se desarrolla una conceptualización clara de la misma, aunque diversos apartes del pronunciamiento analizados en conjunto, permiten establecer que dicha vulnerabilidad se mira en términos económicos, olvidando por esta vía que también existen procesos de restitución de inmuebles sobre predios ubicados en zona urbana, en los que carece de sentido acudir a otras finalidades asociadas a este trámite y que se pretenden favorecer mediante la asignación de elevadas cargas probatorias al opositor, como la posibilidad de acceso a la tierra y la reforma agraria.

No obstante lo anterior, con el ánimo de permitir un desarrollo sistemático de estos criterios y evitar análisis disímiles sobre el postulado de la buena fe, adicionalmente debería analizarse la viabilidad de crear un órgano jurisdiccional de cierre, como quiera que los procesos de restitución de tierras son tramitados en única instancia, y en tal sentido esta jurisdicción especializada carece de un órgano superior que contribuya a unificar posiciones en torno a tópicos como el aquí debatido.

1.3. Aplicación de la función creadora del principio de buena fe exenta de culpa

Ya en el primer capítulo de la investigación, se había indicado que a diferencia de lo que ocurre en los procesos civiles seguidos ante los jueces ordinarios, e incluso en los procesos de extinción de dominio, el tercero adquirente de buena fe exenta de culpa hace real un derecho que tan solo ostentaba en apariencia; mientras que en el proceso reglado por la Ley 1448 de 2011, la buena fe cualificada no cumple la función creadora tradicionalmente asignada a tal principio, en la medida en que el opositor que demuestre haber actuado al amparo de la misma, no radica en su

cabeza la propiedad del bien que le ha sido disputada, sino que es compensado en los términos de los artículos 91 y 98 ibídem.

A este respecto, vale la pena resaltar que si bien la reformulación de los alcances del principio en la forma expuesta en los párrafos antecedentes, tienen aplicación en el ámbito de la adjudicación, la propuesta de radicar en cabeza del opositor el derecho que adquirió con observancia de los deberes que emanan de la buena fe calificada y en su lugar compensar a las víctimas, pese a que exigiría una reforma legal en tal sentido, lo cierto es que en algunas sentencias, acertadamente los jueces han adoptado decisiones de este tipo, circunstancia que no solo encuentra respaldo en una máxima de profundo arraigo en nuestro sistema jurídico según la cual “el error común crea derecho”, sino que se ofrece como la solución lógica a una situación en la que se somete a uno de los intervinientes en el proceso judicial a la demostración de un elevado grado de diligencia, que de ser superado con éxito, no contempla una consecuencia jurídica acorde con tal esfuerzo probatorio, en tanto no conduciría a la protección de su derecho, sino a la compensación del mismo, sin que se avizoren razones atendibles que impidan la aplicación de la función creadora del principio de buena fe en el caso concreto de los procesos de restitución de tierras reglados en la Ley 1448 de 2011.

CAPITULO IV CONCLUSIONES

El análisis comparativo de la aplicación del postulado de la buena fe exenta de culpa, en el ámbito de la justicia civil ordinaria y de la justicia transicional civil en Colombia, constituye tan solo uno de los múltiples conceptos clásicos del derecho privado susceptibles de ser abordados a la luz de una nueva perspectiva cada vez más recurrente en el mundo actual del derecho: los procesos de transición del conflicto armado a la paz.

En efecto, las transicionalidades propias de los Estados que pretenden superar las tensiones políticas y armadas del pasado, no solo requieren de un nuevo orden institucional y normativo que posibilite este avance, sino también de operadores jurídicos atentos al desarrollo de los instrumentos jurídicos creados para tal fin, los cuales de ninguna forma se agotan en el diseño de políticas orientadas a lograr el enjuiciamiento penal de los responsables de los actos cometidos durante el período de conflicto que se pretende superar (aunque no se desconoce que este aspecto abarca gran parte de la discusión sobre el concepto de justicia transicional), pues por el contrario, a lo largo del texto se ha dejado claro que la necesidad de crear sistemas normativos aptos para lograr estas profundas transformaciones sociales, ha logrado permear esferas del derecho que otrora se hubiesen considerado inmunes a estos cambios normativos. Tal es el caso del derecho civil, que regido bajo el decimonónico precepto de la autonomía privada de la voluntad, ha encontrado en la figura del contrato, su más elevada expresión.

En tal sentido, se torna innegable sostener que la teoría de los contratos gravita sobre el principio de la autonomía privada con que se ha dotado a las partes para disponer libremente de sus intereses pero, adicionalmente, se ha disciplinado esta facultad de los contratantes mediante la observancia de ciertas reglas de conducta

durante el desarrollo de sus negociaciones, de las cuales llama la atención por su capital importancia el postulado de la buena fe.

En este orden de ideas, queda claro que en materia contractual la buena fe es una forma de la conducta humana ligada al concepto de lealtad negocial, pero a la vez, es un principio general del derecho, cuya aplicación se refleja principalmente en las funciones creativa e interpretativa. Ahora bien, no obstante la naturaleza dual de dicho concepto no riñe con la unidad del mismo, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia tradicionales patrias, han establecido diferencias de grado entre la buena fe simple y la buena fe cualificada o exenta de culpa, identificando esta última con una forma especial de la conducta humana, que exige una mayor diligencia en la adquisición del derecho por parte del contratante, con la virtualidad de crear el derecho a favor de quien la alega.

No obstante lo anterior, en los últimos años se ha venido afirmando que el postulado de la buena fe, explicado en los términos que anteceden, tiene aplicación en circunstancias de normalidad jurídica, pero dado que en el contexto del conflicto armado la misma figura del contrato se ha empleado para finiquitar fenómenos de despojo y abandono de tierras, el análisis de la teoría de los contratos y de los conceptos afines a la misma, como el de la buena fe, indudablemente debe variar para ajustarse a los parámetros propios de la justicia transicional civil. En virtud de la cual se busca dar solución a los litigios civiles a través de un sistema excepcional y temporal de aplicación de justicia, que privilegia la flexibilización procedimental, en aras de salvaguardar los intereses de la parte débil, mediante la aplicación de principios constitucionales y figuras extraordinarias¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Colombia. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. ABC para jueces en materia de restitución de tierras. Bogotá: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, 2012

De esta manera, resulta claro el impacto del paradigma de la justicia transicional civil sobre conceptos jurídicos decantados durante siglos, principalmente por corrientes iusprivatistas, y que imponen al operador jurídico (no solamente al órgano jurisdiccional) el deber de indagar por las particularidades que reviste la aplicación de las instituciones clásicas del derecho civil en el contexto de la transicionalidad, tal y como ocurre con el postulado de la buena fe exenta de culpa, cuya satisfacción en la adquisición de derechos reales sobre inmuebles afectados por fenómenos sistemáticos de violencia, ya no cumple la función creativa tradicionalmente asignada a este principio, y tampoco se logra mediante la realización de averiguaciones adicionales tendientes a comprobar que la cosa se recibió de quien tenía la facultad de enajenarla, como lo prescribe el artículo 768 del Código Civil, en tanto el comprador debe acreditar una esmerada diligencia, que no se agota con la verificación juiciosa del folio de matrícula inmobiliaria del bien, sino a través de indagaciones exhaustivas que permitan concluir que el predio objeto de negociación no fue afectado por el conflicto armado.

Ahora bien, los estándares internacionales en materia de protección de los derechos de las víctimas, así como las normas nacionales expedidas sobre este tópico, son enfáticos en señalar el deber, a cargo del Estado, de reconocer y garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación integral a favor de las víctimas del conflicto armado interno, proveyéndolas no solo de prerrogativas sustanciales y de una institucionalidad al servicio de este ineludible propósito, sino de mecanismos judiciales adecuados para la defensa de sus intereses, con lo cual queda claro el carácter justiciable de los derechos de las víctimas de la violencia en Colombia.

No obstante, la exigencia judicial del derecho a la reparación integral, particularmente en lo relacionado con la restitución de sus bienes mediante el procedimiento diseñado para tal efecto, encierra una serie de decisiones propias

de los procesos de justicia transicional, que expresan en forma contundente la elección del legislador por dar aplicación a una legislación retroactiva, privilegiando procedimientos de corta duración, tramitados en única instancia, y limitadamente contradictorios, mediante la asignación de elevadas cargas probatorias a quienes se oponen a la pretensión restitutoria de la víctima.

A lo largo de la presente investigación fue posible evidenciar las dificultades probatorias a que se enfrenta el opositor en el proceso de restitución de tierras, y que pueden ser agrupadas bajo criterios personales, en consideración a quien la alega, como ocurre en el caso de los segundos ocupantes; y normativos, que aluden a los conceptos jurídicos que obstaculizan en grado sumo la acreditación de la debida diligencia requerida por la buena fe cualificada, como la figura del hecho notorio.

Tales dificultades, que redundan en la existencia de juicios limitadamente contradictorios, conllevan a sostener que asumir la posición de enfocarse exclusivamente en la efectividad de los derechos de las víctimas, puede llegar a entorpecer los procesos de paz y de reconciliación social que se pretenden lograr mediante el diseño de vías judiciales de este alcance, tal y como se evidencia en las consideraciones del Acuerdo 021 de 2015, que regula la situación de los segundos ocupantes en el proceso de restitución de tierras, al señalar que dicho acto administrativo fue proferido con la finalidad de *“ii) prevenir la conflictividad social que pueda suscitar el fallo de restitución entre los beneficiarios de restitución y los segundos ocupantes [y] iii) garantizar en el transcurso de la acción de restitución, la protección e integridad de las partes involucradas”*, y no solo de las víctimas.

Por estas razones afirmar, como lo hace la Corte Constitucional en el contexto de la sentencia C 794 de 2014 que *“ninguna relación jurídica existe entre la víctima y los terceros de buena fe exenta de culpa, sino que se presenta entre el Estado y*

éstos”, resulta desacertado e inconveniente, pues no debe olvidarse que la naturaleza transicional del proceso de restitución de tierras, se orienta a lograr, precisamente, la superación del conflicto armado interno y la construcción de una paz estable y duradera, cometido que no se puede lograr si en dicha construcción no se garantiza la adecuada intervención de todos los actores involucrados, esto es el Estado, las víctimas, la sociedad civil y los opositores, sean estos personas naturales o jurídicas.

En el mismo sentido, el argumento empleado en la sentencia en comento, según el cual las víctimas “por su sola condición” son merecedores de acciones afirmativas, dada la situación de exclusión y marginalidad a que están expuestas, es propio de un esquema de pensamiento simplificador que conduce a invisibilizar las demás partes del proceso; por el contrario, es necesario entender y aceptar que entre el Estado integrado por sus diversas ramas y entidades, las víctimas, la sociedad civil (las organizaciones de víctimas, el sector empresarial, etc.), los opositores, e incluso los actores armados se presentan todo tipo de relaciones complejas y dinámicas, y que a partir de este entendimiento es posible propiciar procesos de reparación efectivos y procesos de desarme, desmovilización y reintegración exitosos en el escenario del posconflicto.

Lo anterior exige una reformulación judicial del principio, en virtud del cual se propenda por juicios más contradictorios, pues de otra forma, no se cumpliría con los cometidos de la justicia transicional al interferir en el adecuado desarrollo de los procesos de paz y reconciliación que la Ley de Restitución de Tierras pretende privilegiar, por gravar a los opositores con elevados estándares probatorios sin consultar, en muchos casos, las circunstancias específicas de dichos intervinientes, como ocurre con los denominados segundos ocupantes, quienes en su mayoría han sido a su vez víctimas del conflicto armado interno, o por lo menos, pueden llegar a encontrarse en las mismas condiciones de vulnerabilidad de los reclamantes.

De ahí la necesidad de adaptar un nuevo estándar normativo a los procesos de justicia transicional, relativo al respeto por los derechos adquiridos por los terceros de buena fe exenta de culpa, cuya acreditación, se propone, se efectúe bajo los lineamientos propios de un proceso civil ordinario aunado a la verificación de circunstancias específicas del contexto de la negociación, como la participación del opositor en los hechos que dieron origen al despojo y al abandono de los bienes reclamados, o el conocimiento específico acerca de la situación particular del reclamante, aunado a la plena aplicación de la función creativa atribuida al principio de la buena fe calificada, que debería permear este trámite.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

Libros

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal civil. Bogotá: Temis, 1994.

BUITRAGO FLÓREZ, Diego. La buena fe exenta de culpa. Error *communis facit* en derecho civil y títulos valores. Bogotá: Jurídica Radar Ediciones, 1993.

CROCKER, David y otros. Justicia transicional. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.

DE GREIFF, Pablo. Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la justicia transicional. En: Anuario de derechos humanos, enero-diciembre, 2011, no. 7. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

ELSTER, Jon. Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica. Buenos Aires: Katz Editores, 2006.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Concepto y límites del derecho penal actual y nociones de justicia transicional, perdón y reconciliación. Bogotá: Temis, 2014

GARAY SALAMANCA, Luis Jorge y VARGAS VALENCIA, Fernando. Memoria y reparación: elementos para una justicia transicional pro víctima. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

GARAY SALAMANCA, Luis. VARGAS VALENCIA, Fernando y RICO, G. Derechos patrimoniales de víctimas de la violencia: reversión jurídica y material del despojo y

alcances de la restitución de tierras en procesos con oposición. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2014.

GARCÍA, J. El testimonio de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos en el proceso de restitución de tierras. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2013.

PARRA BENÍTEZ, Jorge. Estudio sobre la buena fe. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2011.

RAMÍREZ, Oscar. Tipologías de opositores y terceros identificados por la judicatura en el desarrollo del proceso de restitución de tierras. En: Conversatorios sobre restitución de tierras y territorios (Septiembre, 2013: Cali, Colombia)

RIVEROS, C. Desplazamiento forzado, víctimas y restitución de tierras. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2014.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Bogotá: Ediciones Antropos, 2006. Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf

UPRIMNY YEPES, Rodrigo; SÁNCHEZ, N.; BOTERO, C. y LOZANO, L. Introducción al concepto de justicia transicional y al modelo de transición colombiano. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2014.

UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En: Rettberg, Angelika. (Comp.). Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes; Canadá: International Development Research Centre, 2005.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, Principialística Jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho. Medellín: Comlibros, 2007.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil. Tomo III. De las Obligaciones. Bogotá: Temis, 1990.

VELA MANTILLA, Margarita; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Julia; RODRÍGUEZ PUENTES, Ana y GARCÍA MUÑOZ, Lina. Acción sin daño como aporte a la construcción de paz: propuesta para la práctica. Bogotá: Fundación para la Cooperación Synergia. Universidad Nacional de Colombia, 2011.

Revistas

ARÉVALO BENCARDINO, Julián. Construcción de paz y un nuevo modelo de construcción de Estado: una lectura de los dos primeros acuerdos de La Habana. En: Revista de economía institucional, enero- junio, 2014, vol. 16, no. 30. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41931001007>

BARBOSA DELGADO, Francisco. La memoria, la historia y el derecho a la verdad en la Justicia Transicional en Colombia: una paradoja irresoluble en el conflicto armado colombiano. En: Revista Derecho del Estado, no. 31, julio- diciembre, 2013. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n31/n31a03.pdf>

BUENO CIPAGAUTA, María Angélica. La reconciliación como un proceso socio-político. Aproximaciones teóricas. En: Revista Reflexión Política, Junio, 2006, vol.8, no. 15, pp. 64-78. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11001506>

CHÁVEZ PLAZAS, Yuri y ROMERO PICÓN, Yuri. Entre el despojo y el destierro: una aproximación al problema de la tierra en familias desplazadas por la violencia en

Colombia. En: Revista Tabula Rasa, enero- junio, 2010, no. 12, pp. 159-173. Bogotá: Universidad Colegio mayor de Cundinamarca. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39617422008>

GODDAR, Nicole. Cinco lecciones sobre Acción sin Daño y la construcción de la paz. En: Hechos del callejón, febrero-Marzo, 2010, no. 52. Bogotá: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

GÓMEZ ISA, Felipe. La restitución de la tierra y la prevención del desplazamiento forzado en Colombia. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos, julio-diciembre, 2010, vol. 12, no. 2. Bogotá: Universidad del Rosario. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73315636002>

GONZÁLEZ POSSO, Camilo. La verdad en el abandono forzado y el despojo de tierras. En: Panel Diálogo de la memoria: Territorio y despojos (8, abril, 2013: Bogotá, Colombia).

GUTIÉRREZ SANÍN, Francisco. Propiedad, seguridad y despojo: el caso paramilitar. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos. Enero-junio, 2014. Vol. 16, no. 1. Bogotá: Universidad del Rosario. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73329810002>

MARTÍNEZ SANABRIA, Claudia y PÉREZ FORERO, Andrea. La restitución de tierras en Colombia. Expectativas y retos. En: Prolegómenos. Derechos y valores, vol. XV, núm. 29, enero-junio, 2012. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87625419008>

MATHEUS LÓPEZ, Carlos. Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba. En: Revista de derecho (Valdivia), julio, 2003, vol. XIV. Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000100010&script=sci_arttext

MONCADA ROA, Patricia y BUITRAGO PALACIOS, Natali. Los opositores en el proceso de restitución de tierras: análisis cuantitativo de la jurisprudencia, 2012-2014. En: Revista de Derecho Público, junio-diciembre, 2014. No. 33. Bogotá: Universidad de los Andes. Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub477.pdf

NEME VILLARREAL, Martha Lucía. El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. En: Revista de derecho privado. 2006, no. 11. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/575>.

NEME VILLAREAL, Martha Lucía. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. En: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 18, 2010.

ORJUELA RUIZ, Astrid y LOZANO ACOSTA, Carlos. La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia. En: Revista estudios socio-jurídicos, enero-junio, 2012, Vol. 14, no. 1. Bogotá: Universidad del Rosario.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando y PEÑA HUERTAS, Rocío del Pilar. La dimensión normativa de la justicia transicional, el Sistema Interamericano y la negociación con los grupos armados en Colombia. En: Anuario Colombiano de derecho Internacional, Enero-diciembre, 2014, Vol. 7. Bogotá: Universidad del Rosario.

RODRÍGUEZ PUENTES, Ana Luz. Desarrollo de acciones humanitarias y de desarrollo desde el enfoque ético de la acción sin daño. En: Polisomia, enero-Junio, 2008, no. 5. Bogotá: Corporación Universitaria Minuto de Dios.

_____. El enfoque de la acción sin daño. En: Acción sin daño y reflexiones sobre prácticas de paz: una aproximación desde la experiencia colombiana. Bogotá: Programa de Iniciativas Universitarias para la Paz y la Convivencia (PIUPC), 2006. Disponible en http://www.cercapaz.org/apc-aa-files/f904423c8c037cebbabc576e5958d8da/Modulo_1.pdf

SANABRIA, F y FORERO, A. La restitución de tierras en Colombia. Expectativas y retos. En: Prolegómenos. Derecho y valores, julio-diciembre, 2012. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87625419008>.

SERRANO GÓMEZ, Rocío y ACEVEDO PRADA, Milena. Reflexiones en torno a la aplicación de la ley 1448 de 2011 y la restitución de tierras en Colombia. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, enero-junio, 2013, Vol. 43, No. 118. Disponible en: <http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2358/2101>

SERSALE DI CERISANO, Federico. Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano. En: Revista IIDH, enero- junio, 2013, vol. 57. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32271.pdf>

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ, Nelson. Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos, julio-diciembre, 2010, vol. 12, no. 2. Bogotá: Universidad del Rosario. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73315636010>

UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia. En: Anuario de derechos humanos, enero-diciembre, 2008, no. 4. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

VARGAS, F. Actuales dilemas de la oposición, intervinientes y opositores vulnerables. En: Conversatorios sobre restitución de tierras y territorios (Septiembre, 2013: Cali, Colombia).

Informes

COLOMBIA. COMISIÓN DE SEGUIMIENTO A LA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO. El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Aplicar políticas públicas idóneas y eficientes II. Vol. 6. Colombia: Industrias Graficas Darbel, marzo de 2010. Disponible en: http://www.oim.org.co/component/docman/doc_download/276-el-reto-ante-la-tragedia-humanitaria-del-desplazamiento-forzado-aplicar-politicas-publicas-idoneas-y-eficientes-vol-6.html?Itemid=

COLOMBIA. COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, Área de Memoria Histórica, Línea de Investigación Tierra y Conflicto. El Despojo de Tierras y Territorios. Aproximación conceptual. Bogotá: Editorial Kimpres Ltda., 2009. Disponible en: http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2010/tierra_conflicto/despojo_tierras_baja.pdf

COLOMBIA. DE JUSTICIA Y OBSERVATORIO DE TIERRAS. Presentación observatorios. Diálogo sobre segundos ocupantes. En: XIII Conversatorio Nacional de Restitución de Tierras (Noviembre, 2014: Cartagena, Colombia).

COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Bases%20Plan%20Nacional%20de%20Desarrollo%202014-2018.pdf>

COLOMBIA. INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL (INCODER). Programación presupuestal. Inversión, vigencia 2015. Disponible en: http://www.incoder.gov.co/documentos/A%C3%91O_2015/Gestion_Incoder/Programas%20y%20Proyectos/1.%20INVERSIONES%20EN%20SANEAMIENTO,%20F

ORMALIZACI%C3%93N%20Y%20ORDENAMIENTO%20PRODUCTIVO%20DE%
20LAS%20TIERRAS%20RURALES%20A%20NIVEL%20NACIONAL.pdf

COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. ABC para jueces en materia de restitución de tierras. Bogotá: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, 2012

COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Informe rendición de cuentas. Julio 2012- junio 2013. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2013. Disponible en: <http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Informe%20de%20Rendici%C3%B3n%20de%20cuentas%20Ministerio%20de%20Justicia.pdf>

COLOMBIA. UNIDAD ADMINISTRATIVA PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS. Comunicados. Disponible en: http://www.unidadvictimas.gov.co/especiales/dia_nacional_victimas/comunicados/comunicado-anuc.html

COLOMBIA. UNIDAD DE PLANEACIÓN RURAL AGROPECUARIA. Bases conceptuales procesos de regularización de la propiedad rural y acceso a tierras, 2014. Disponible en: http://www.upra.gov.co/documents/10184/11165/Bases_conceptuales_procesos_regula_propie_rural.pdf/c6f34b46-9887-4b87-8f33-aa9d7c8d953a.

COLOMBIA. RED NACIONAL DE INFORMACIÓN. Registro único de víctimas (RUV). Corte al 1 de julio, 2015. Disponible en <http://rni.unidadvictimas.gov.co/?q=node/107>

EL MERIDIANO DE SUCRE.COM.CO. Que el presidente se apersone: campesinos. El Meridiano. Sincelejo, Sucre, 4, julio, 2014. Disponible en: <http://www.elmeridianodesucre.com.co/agro-y-economia/item/42612-que-el-presidente-se-apersone-campesinos>

FUNDACIÓN FORJANDO FUTUROS. Análisis de 1000 sentencias de restitución de tierras. Disponible en: http://forjandofuturos.org/documentos/publicacion-restitucion-de-tierras_falsas-victimas-no_1000-sentencias_junio-2015_fundacion-forjando-futuros.pdf

MACIAS, Javier. Urabá: otra lucha por tierra. El Colombiano. Medellín, 29, marzo, 2015. Disponible en: <http://www.elcolombiano.com/antioquia/en-uraba-se-libran-nuevas-disputas-por-la-tierra-LB1605629>

ONU. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Comisión de Derechos Humanos. Principios rectores de los desplazamientos internos. 11, febrero, 1998.

_____. Comisión de Derechos Humanos. Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas. 28, junio, 2005.

ONU. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo- PNUD. Desplazamiento forzado, tierras y territorios. Agendas pendientes: la estabilización socioeconómica y la reparación, 2011. Disponible en: <http://www.pnud.org.co/sitio.shtml?x=65523#.VdS6fPmqkko>

Jurisprudencia

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 543 de 1992 (1, octubre, 1992). Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 12 y 25 del Decreto 2591 de 1991. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia T 025 de 2004 (22, enero, 2004). Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Núñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de

Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia T 821 de 2007 (5, octubre, 2007). Acción de tutela interpuesta por Rosmira Serrano Quintero contra Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Acción Social. M.P. Catalina Botero Marino.

_____. Sentencia C 250 de 2012 (28, marzo, 2012). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 y el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

_____. Sentencia C 280 de 2013. M.P. Catalina Botero Marino.

_____. Sentencia C 581 de 2013 (28, agosto, 2013). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9° (parcialmente) de la Ley 1448 de 2011, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

_____. Sentencia C 795 de 2014 (30, octubre, 2014). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 100, parcial, de la Ley 1448 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

_____. Sentencia C 330 de 2016 (23, junio, 2016). Demanda de contra los artículos 88, 91, 98 y 105 (parciales) de la Ley 1448 de 2011, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. M.P. María Victoria Calle Correa.

_____. Auto 008 de 2009. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Sala de Casación Civil). Sentencia del 20 de mayo de 1936. M.P: Eduardo Zuleta Ángel.

_____. Sentencia del 02 de agosto de 2001. Radicado: 6146. M.P: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

_____. Sentencia del 19 de diciembre de 2008. Radicado: 15001310300319960815801. M.P: Arturo Solarte Rodríguez.

_____. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Radicado: 11001310301219990195701. M.P: William Namén Vargas.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Sala de Casación Penal). Auto del 15 de septiembre de 2010. Radicado: 34740. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

_____. Auto del 20 de enero de 2010. Radicado: 33226. M.P. María del Rosario González de Lemos.

_____. Auto del 30 de marzo de 2011. Radicado: 34415. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

_____. Sentencia del 27 de abril de 2011. Radicado: 34547. M.P. María del Rosario González de Lemos.

_____. Auto del 27 de mayo de 2013. Radicado: 41292. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

_____. Auto del 21 de mayo de 2014. Radicado: 43777. M.P. María del Rosario González Muñoz.

_____. Auto del 11 de febrero de 2015. Radicado: 44688. M.P. María del Rosario González Muñoz.

COLOMBIA. TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA. SALA CIVIL ESPECIALIZADA EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS. Sentencia del 15 de marzo de 2013. Radicado: 23001 31 21 001 2012 0003 00. M.P. Juan Pablo Suárez Orozco.

Normas

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1448 de 2011 (10, junio, 2011). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2011. No. 48096.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 4633 de 2011.

_____. Decreto 4634 de 2011.

_____. Decreto 4635 de 2011.

_____. Decreto 4829 de 2011 (20, diciembre, 2011). Por el cual se reglamenta el Capítulo III del Título IV de la Ley 1448 de 2011 en relación con la restitución de tierras. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2011. No. 48280.

_____. Decreto 1071 de 2015.

_____. Decreto 440 de 2016.

COLOMBIA. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS DESPOJADAS Y ABANDONADAS FORZADAMENTE. Acuerdo 18 de 2014

_____. Acuerdo 21 de 2015

_____. Acuerdo 29 de 2016