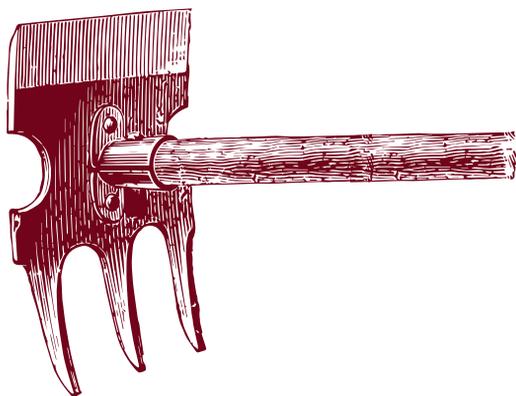


# Debates sobre la acción de restitución



Aura Patricia Bolívar Jaime  
Laura Gabriela Gutiérrez Baquero  
Nelson Camilo Sánchez León  
Rodrigo Uprimny Yepes

**DEBATES  
SOBRE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN**

# Debates sobre la acción de restitución

Aura Patricia Bolivar Jaime  
Laura Gabriela Gutiérrez Baquero  
Nelson Camilo Sánchez  
Rodrigo Uprimny Yepes



UNIDAD  
DE RESTITUCIÓN  
DE TIERRAS

**Colombia**  
*Responde*   
NORTE/SUR



**USAID**  
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS  
UNIDOS DE AMÉRICA

Colectión  
**Dejusticia**

 **Dejusticia**  
derecho · justicia · sociedad

---

Aura Patricia Bolívar Jaime, Laura Gabriela Gutiérrez Baquero,  
Nelson Camilo Sánchez, Rodrigo Uprimny Yepes

Debates sobre la acción de restitución. Bogotá: Centro de Estudios  
de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017

203 p; 15 x 24 cm (Colección Dejusticia)

ISBN 978-958-5441-05-7 versión digital

978-958-5441-04-0 versión impresa

1. Restitución de tierras 2. Ley 1448 de 2011 3. Justicia transicional  
4. Acción de restitución 5. Ocupantes secundarios 6. Jurisdicción  
especializada en restitución de tierras 7. Buena fe

---

La actualización y publicación de este proyecto se desarrolló gracias al apoyo  
financiero del Programa Colombia Responde Celi Norte Sur

ISBN 978-958-5441-05-7 versión digital  
978-958-5441-04-0 versión impresa

Preparación editorial  
Marta Rojas

Revisión de textos  
Emma Ariza

Cubierta  
Alejandro Ospina

Impresión  
Ediciones Antropos

Primera edición  
Bogotá, D.C., junio de 2017

Este texto puede ser descargado gratuitamente  
en <http://www.dejusticia.org>



Creative Commons Licence 2.5  
Atribución – No comercial – Compartir igual

Dejusticia, 2017  
Carrera 24 N° 34-61, Bogotá D. C.  
Teléfono: 608 3605  
[www.dejusticia.org](http://www.dejusticia.org)

## **Agradecimientos**

La investigación que reseña este libro se realizó en el marco de un convenio de cooperación entre la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), con el fin de promover el análisis y la reflexión sobre los desafíos jurídicos de la implementación de la acción de restitución de tierras. Este trabajo se nutrió de la participación de distintos actores institucionales y sociales asociados a la restitución. Queremos agradecer especialmente a los funcionarios de la Unidad de Restitución, quienes trabajaron con nosotros en talleres, conversatorios y entrevistas que permitieron identificar los asuntos tratados en este texto. Igualmente, agradecemos a jueces y magistrados de restitución de tierras por las discusiones e intercambios que sostuvimos a lo largo de la investigación, así como por su gentileza al brindarnos información y permitirnos participar de sus conversatorios y ejercicios de reflexión. A funcionarios y jueces agradecemos además su decidida convicción e incansable labor a favor de la política de restitución y las víctimas del abandono y el despojo.

Agradecemos también el apoyo financiero del Programa Colombia Responde CELI Norte Sur para la actualización y publicación de esta investigación y, asimismo, al equipo de trabajo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, en especial a Luisa López y a María Claudia Díaz por su participación en el análisis de los contenidos de este módulo; sus aportes y apertura de la discusión han sido centrales para comprender las potencialidades de estos mecanismos de restitución.

# Contenido

Agradecimientos	5
Prólogo	10
Introducción	16
<b>Capítulo 1</b> Debates sobre la acción de restitución en fase de valoración inicial	22
El reto: requisitos y admisión de la solicitud de restitución judicial de derechos	28
- El procedimiento tradicional y la justicia transicional	28
- El proceso en la Ley 1448 de 2011	29
- Las discrepancias	31
Elementos de derecho común y práctica judicial respecto de acceso a la justicia	52
- Acción de tutela	52
- Procedimiento civil	57
- Procedimiento laboral	60
- Procedimiento administrativo	61
- Procedimiento agrario	65
- Bloque de constitucionalidad	67
La acción de restitución de tierras en el marco de la justicia transicional	70
- Los objetivos globales del proceso de restitución y el rol de la acción judicial	71

- La acción judicial transicional hace parte de una estrategia de justicia	76
- La acción judicial transicional como un elemento constitucional	84
- La acción judicial transicional y su relación con el derecho común	90
- El rol de los operadores jurídicos en la acción judicial transicional	95
Propuestas y recomendaciones	98

---

<b>Capítulo 2</b> El principio de buena fe en el proceso de restitución de tierras	128
Elementos del derecho y la jurisprudencia constitucional y de la doctrina civil clásica respecto del concepto de buena fe	130
- Principio de buena fe en la Constitución y en jurisprudencia constitucional	130
- La buena fe en la doctrina clásica	136
Buena fe en la ley de víctimas y en el proceso de restitución de tierras	141
- Presunción de buena fe a favor de las víctimas de abandono o despojo del mismo predio e inversión de la carga de la prueba	141
- Buena fe exenta de culpa exigida a terceros	146
- Sentencia C-330 de 2016	158
- Recomendaciones	167

---

<b>Capítulo 3</b>	<b>Compensaciones</b>	<b>178</b>
	Compensaciones para víctimas	179
	- Análisis de las causales establecidas en el artículo 97 de la ley	180
	- Procedencia de la compensación por imposibilidad jurídica y material de restitución y voluntariedad	191
	Compensaciones para terceros	193
	- Segundos ocupantes, desalojos forzados y compensación en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	194
	- Compensaciones para terceros en la Ley 1448	198
	<hr/>	
	Referencias	200
	<hr/>	

## Prólogo

**La acción de restitución de tierras** despojadas y abandonadas incorporada en la Ley 1448 de 2011, que hace parte del sistema de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas, se constituye en uno de los esfuerzos más importantes del Estado colombiano en la búsqueda de una solución duradera a la crisis humanitaria como consecuencia del conflicto armado interno y el restablecimiento de los derechos de la población víctima de la violencia y el desplazamiento forzado.

Esta ley, en su componente de restitución de tierras, protege y brinda garantías idóneas y efectivas a las víctimas de despojo y abandono asociadas a graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, para reivindicar sus derechos patrimoniales conculcados durante el conflicto armado interno. Para ello, hoy, el Estado colombiano se encuentra al lado de las víctimas y garantiza a los intervinientes el debido proceso.

En efecto, uno de los desafíos del Estado democrático constitucional contemporáneo es imponer límites reales a los “poderes salvajes” de las mayorías, el mercado y, en nuestro contexto, a los actores violentos del conflicto armado interno. Hoy, a través del proceso de restitución de tierras se ha logrado fortalecer el Estado de derecho en el país y contrarrestar el poder de los grupos armados ilegales.

En un breve periodo de implementación, la restitución ha alcanzado resultados sin precedentes, en buena medida reflejados en el significativo número de decisiones judiciales que amparan los derechos de las víctimas relacionados con la tierra y que tienen un impacto relevante en la generación de condiciones sociales que consoliden definitivamente la paz a través de la reconciliación, las garantías de no repetición y la reparación integral.

No cabe duda de que la acción de restitución de tierras ha sido un instrumento de paz, principalmente en las zonas más afectadas por el conflicto, al contribuir significativamente a dismantelar las complejas y poderosas estructuras políticas y económicas de los grupos armados ilegales en el país, construidas a partir del ejercicio de la violencia, el desplazamiento y el despojo de tierras.

La celeridad con que se desenvuelve la acción, así como sus alcances en la configuración de un recurso judicial efectivo para el reconocimiento de los derechos de las víctimas, ha sido posible también gracias a la labor desempeñada por la Unidad de Restitución de Tierras, a través de la recepción, trámite e inclusión de solicitudes de restitución por parte de las víctimas, para posteriormente, y por iniciativa de estas, representar sus intereses ante la administración de justicia.

Esta experiencia sin precedentes en nuestro país no solo ha logrado despertar la admiración en la comunidad internacional, sino que incluso comienza a convertirse en un referente obligado e importante para otros países que también han sufrido las consecuencias devastadoras del conflicto. No en vano, países como Kenia siguen muy de cerca la implementación de la política de restitución de tierras en Colombia, considerando que esta ha sido una experiencia exitosa y pionera, cuyo estudio resulta fundamental para emprender mecanismos de reparación, aun en contextos de conflicto armado persistente y de justicia transicional.

La consolidación de estos resultados requiere un arduo trabajo que permanentemente debe enfrentar nuevos desafíos, más aún en el contexto colombiano donde persiste el conflicto, la impunidad y la fragilidad del Estado en los territorios rurales. Precisamente una comprensión adecuada del marco jurídico y normativo es útil para resolver los retos inherentes a la restitución de tierras y pensar en fórmulas de solución a partir de mecanismos, instituciones o procedimientos que la hagan más efectiva.

Con ese propósito y conscientes de la importancia de promover este tipo de estudios, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas adelantó un convenio con el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), uno de cuyos componentes (establecido en la Ley 1448 de 2001) se centró en la investigación y el abordaje de dos

problemas jurídicos concretos con efectos directos en los alcances de la restitución de tierras.

Precisamente, el libro que ponemos a consideración de los lectores anuda un conjunto de reflexiones sobre las particularidades de los aspectos jurídicos de la acción de restitución, que dan cuenta de una comprensión contextualizada y desde la perspectiva de derechos humanos, que si bien es cierto tiene como referente principal la Ley 1448 de 2011, se constituye en un aporte a los estudios sobre los derechos de las víctimas del conflicto a la propiedad, la tierra y el territorio en contextos de justicia transicional.

El convenio abordó, en primer lugar, un análisis sobre la autonomía y las peculiaridades de sus mecanismos y procedimientos contemplados en la Ley 1448 de 2011, e indagó sobre su relación con instituciones del derecho ordinario, para concluir que si bien es cierto que estas últimas –en particular, instituciones procesales– eventualmente pueden ser incorporadas a la acción de restitución, deben armonizarse y complementarse con los presupuestos de la justicia transicional y los objetivos de la acción. En todo caso, el derrotero interpretativo de los aspectos procesales de la acción de restitución es el de los derechos humanos que propenden a garantizar a las víctimas un acceso efectivo a la justicia, atendiendo a un recurso judicial y efectivo.

En segundo lugar, examina uno de los retos más complejos que enfrenta la restitución de tierras en el país, relacionado con el examen del concepto de buena fe en el proceso de restitución y sus efectos. Finalmente, se considera la procedencia y el fundamento de las compensaciones tanto para las víctimas de despojo o abandono forzado de tierras como para los “ocupantes secundarios”, quienes han sido reconocidos en normas internacionales, como los *Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas*. El análisis aborda los criterios interpretativos que deben regir la comprensión de las causales de compensación en favor de las víctimas, así como aquellas necesarias para atender y reconocer la situación de los segundos ocupantes que deben desalojar los predios a consecuencia de un legítimo proceso de restitución de tierras.

Uno de los puntos más interesantes de este ejercicio fue la reflexión en torno a la naturaleza de la restitución de tierras como un programa con enfoque de derechos humanos y justicia

transicional integrado a la acción coordinada de la administración de justicia, con lo cual se logró evidenciar las diferencias de sistemas judiciales ordinarios de reparación y el procedimiento mixto consagrado en la Ley 1448 de 2011, donde convergen armónicamente para lograr una restitución efectiva y provista de todas las garantías judiciales.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras espera que este libro se convierta en un aporte y un referente para la comprensión de la restitución de tierras en el país y en el contexto internacional, y contribuya a profundizar los debates y la aproximación a esta experiencia, así como a fortalecer la labor del equipo humano que con su infatigable esmero hace posible esta tarea, con el convencimiento de que entre todos colaboramos a la salida definitiva del conflicto armado en el país.

*Rubén Darío Revelo Jiménez*

DIRECTOR TÉCNICO DIRECCIÓN JURÍDICA

DE LA UNIDAD DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS

# Introducción

**En Colombia, a mayo de 2017**, la cifra de víctimas de violaciones de los derechos humanos ascendió a 8.405.265 personas, de las cuales 7.159.144 por desplazamiento forzado (85%).<sup>1</sup> Según la Primera Encuesta Nacional de Víctimas, realizada por la Contraloría General de la República, este fenómeno ha dado lugar al despojo y abandono forzado de aproximadamente 7.073.897 hectáreas de tierras (CGR, 2015), generando o profundizando las precarias condiciones de existencia de la población rural.

Con el propósito de revertir esta situación y reparar integralmente a las víctimas, a mediados de 2011 fue proferida la Ley 1448, la cual incorporó, entre otras medidas, un programa de restitución de tierras. Después de cuatro años de expedida la ley, la política de restitución sigue enfrentando enormes dificultades. En primer lugar, se está implementando en medio del conflicto, circunstancia que genera serios obstáculos para el inicio y desarrollo de los procesos, en la medida en que se incrementan las situaciones de riesgo contra la vida e integridad de los reclamantes y funcionarios encargados de ejecutar la política. Estos riesgos se podrían agudizar en la etapa posfallo, haciendo imposible garantizar el retorno de los reclamantes y la restitución efectiva de sus tierras.

Adicionalmente, la desactualización de las bases de datos y sistemas de información sobre los predios (catastro, registro, baldíos), la debilidad institucional que caracteriza a muchas entidades del ámbito local y nacional, y la falta de coordinación y articulación interinstitucional son factores que han impedido que los procesos avancen con mayor celeridad, dificultando al mismo tiempo la implementación de las órdenes contenidas en los fallos.

---

1 Registro Único de Víctimas. Véase <http://rni.unidadvictimas.gov.co/?q=node/107>.

En tercer lugar, las condiciones de extrema vulnerabilidad y pobreza de la población en situación de desplazamiento forzado<sup>2</sup> demuestran que la política de restitución es insuficiente para sacar a las víctimas de los círculos de pobreza en los que se encuentran.

Finalmente, muchos predios que hoy son objeto de restitución están siendo ocupados por otras víctimas o personas en altas condiciones de vulnerabilidad o indefensión. En muchos casos, esto ha ocurrido por la duración prolongada del conflicto y la masividad del desplazamiento forzado, circunstancias que facilitan la ocupación de predios previamente abandonados por parte de la población más afectada por el conflicto.

Todo lo anterior parece confirmar que, si bien la acción de restitución es importante para avanzar en el reconocimiento de los derechos de las víctimas, esta es insuficiente pues no tiene ni la entidad ni las herramientas para acometer las acciones requeridas para corregir todos los problemas que el despojo y abandono han generado sobre la estructura agraria del país.

Así las cosas, la acción de restitución puede ser mejor entendida si se ve como un instrumento dentro de una estrategia de justicia con objetivos más amplios. Ello exige tener presente que la acción de restitución no puede entenderse como un fin en sí mismo, sino que hace parte de una política de transición, en donde los derechos de las víctimas son centrales, pero no el único objetivo. De allí que esta acción deba ser valorada para que produzca los resultados esperados, pero no sobredimensionada, de modo tal que se convierta en un impedimento para el acceso a la justicia en sentido amplio.

Lo anterior no quiere decir que las limitaciones de la acción de restitución estén dadas solamente por su condición de herramienta dentro de un grupo más amplio de mecanismos. La propia estrategia adolece de algunos problemas, dado que la ley que la regula –como toda ley– es incompleta, y lo es, no por el azar sino porque aprehender las complejidades y los efectos del conflicto armado, en un texto normativo, constituye una tarea siempre inacabada.

---

2 La encuesta aplicada por la Contraloría estableció que el 35,5% de los desplazados viven en la indigencia, mientras que el 80% vive por debajo de la línea de pobreza.

Por esto, al tratar de resolver los casos concretos solo a través de la norma especial se presentan al menos tres grandes problemas:

- a) Problemas de interpretación de las disposiciones sustanciales. Dado que la ley contempla fuertes supuestos sobre el desequilibrio de las partes o el aprovechamiento del contexto del conflicto para despojar a las víctimas de sus tierras y, a la vez, incorpora conceptos desarrollados en otros ámbitos del derecho (ocupación, buena fe, compensaciones, etc.), es difícil resolver los casos apelando exclusivamente a las disposiciones de la ley, e ignorando la doctrina y la jurisprudencia existente en otros ámbitos del derecho sobre la materia.
- b) Problemas de interpretación de las disposiciones procesales. Si bien la Ley 1448 de 2011 busca aplicar un proceso expedito y para ello contempla ciertos términos, e incluso algunas etapas procesales, hay problemas puntuales que no son resueltos por la ley. Por esto, en la práctica, los funcionarios encargados del proceso han optado por incorporar al proceso especial ciertas figuras del derecho ordinario de diversas formas. Estas prácticas, por supuesto, generan tensiones y discusiones que escapan a la posibilidad de resolución únicamente a través de la ley de restitución.
- c) Problemas en materia probatoria. Al igual que en materia sustancial, dados los fuertes supuestos sobre los que se construye la ley, se han establecido unas cargas probatorias que son plenamente justificadas y necesarias cuando los despojadores se aprovecharon de la situación de vulnerabilidad de sus víctimas, pero que en los casos grises (como el de segundos ocupantes en estado de necesidad), su aplicación estricta podría constituirse en una injusticia, que, a su vez, termine minando los objetivos más amplios de los que se ha hablado a lo largo de esta introducción.

Entonces, ¿cómo se resuelven estos problemas? Pues bien, este libro identifica y desarrolla algunas herramientas dirigidas a lograr la resolución de los problemas que se plantean –desde lo macro hasta lo micro–, cuya competencia no es exclusiva de los mecanismos transicionales, ni tampoco de los mecanismos ordinarios. Lo ideal es trabajar sobre una red armónica de estrategias que garantice que la resolución de los problemas puntuales

sea un aporte más a la consecución de los fines últimos que se persiguen con la aplicación de la noción de justicia transicional.

En consecuencia, esta publicación busca contribuir al debate sobre algunos dilemas específicos del proceso de restitución, evaluando las distintas estrategias que desde la Ley 1448 y otra normatividad pueden trazarse, siempre teniendo en la mira los objetivos últimos de la restitución y la justicia transicional.

Con tal fin, se divide en tres capítulos: en el primero, se desarrollarán con precisión algunos puntos clave sobre la naturaleza jurídica de la acción de restitución, profundizando en los problemas en materia procesal. Para esto, primero se describirá el debate alrededor de la valoración inicial de la acción de restitución por parte del juez, concretizando la idea de la naturaleza jurídica de la acción de restitución de tierras. Luego, se presentarán las respuestas que ofrecen las diferentes jurisdicciones a los problemas procesales de la restitución. A continuación, se describirá con más detalle cómo se inscriben estos problemas dentro del marco de la justicia transicional y, finalmente, se harán algunas propuestas concretas para una resolución armónica de los dilemas.

En el segundo capítulo se abordarán los dilemas que en materia probatoria y de interpretación se han venido presentando en la implementación de la ley, relacionados específicamente con el alcance del concepto de buena fe. Para ello, inicialmente se desarrollará el contenido y alcance del principio de buena fe en el ámbito constitucional. Posteriormente se examinarán los desarrollos de este principio en la doctrina civil clásica y en la jurisprudencia, sobre todo de la Corte Constitucional. Finalmente, se estudiará este concepto en el proceso de restitución de tierras, distinguiendo la presunción de buena fe simple en favor de las víctimas, de la buena fe exenta de culpa requerida respecto de terceros opositores.

Por último, en el tercer capítulo se expondrán los elementos centrales previstos en la Ley 1448 de 2011 relacionados con las compensaciones, especificando el contenido y alcance de estas disposiciones y abordando algunos dilemas relacionados con la materia. Para ello se divide el capítulo en dos partes. En la primera se plantearán las compensaciones para las víctimas como una medida de reparación empleada cuando la restitución del predio no es posible. En la segunda, se desarrollarán las disposiciones

relacionadas con las compensaciones respecto de terceros opositores que probaron dentro del proceso la buena fe exenta de culpa.

Esta publicación es el resultado de un trabajo de investigación realizado entre 2013 y 2015, por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) para la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras, bajo el apoyo técnico y financiero de la Agencia Suiza para la Cooperación y el Desarrollo (Cosude). Algunas de las propuestas presentadas aquí fueron compartidas y discutidas con los equipos territoriales de la Unidad en varias jornadas, cuya ejecución se logró gracias al Programa Colombia Responde (CELI Norte/Sur), que además financió la actualización del texto y su publicación. Las ideas aquí expuestas no comprometen la responsabilidad de la Unidad de Restitución de Tierras, o la de Cosude.

Esperamos que este trabajo contribuya a resolver los conflictos que se han venido presentando sobre las materias abordadas. Con independencia de las soluciones que se adopten, reiteramos la importancia de considerar que el proceso de restitución es uno de los mecanismos de la justicia transicional, cuya implementación debe también contribuir a la consecución de los fines últimos que se persiguen con la aplicación de esta noción.

# **Capítulo 1**

## **Debates sobre la acción de restitución en fase de valoración inicial**

**El proceso de restitución de tierras** planteado por la Ley 1448 de 2011<sup>1</sup> es mixto, en tanto se compone de dos etapas: una administrativa y otra judicial. Cada etapa cuenta con una institución especializada que conduce el proceso dentro de su competencia. Así, mientras la Unidad de Restitución de Tierras es la entidad encargada de conducir el proceso en la etapa administrativa, los jueces y magistrados civiles especializados en restitución de tierras se encargan de orientarlo durante la etapa judicial.

En este sentido, ambas instituciones son protagonistas del proceso de restitución y, aunque se trata de entidades y sujetos separados con funciones diferenciadas, tienen como objetivo común contribuir al logro de la restitución integral de las víctimas del despojo y el abandono forzado de tierras, a través de la restitución y formalización jurídica y material de los predios abandonados y despojados en el marco del conflicto armado colombiano. El reto de esta dinámica mixta se encuentra en identificar un punto de equilibrio que involucre por lo menos:

- El respeto de las competencias de cada entidad, pero, a la vez, una articulación que conduzca a un proceso eficiente y eficaz.
- La flexibilización de las formalidades en favor de las víctimas, pero, a la vez, el respeto al debido proceso.
- La concertación de criterios mínimos de interpretación, pero, a la vez, el respeto por la autonomía en la toma de decisiones.

---

1 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. 10 de junio de 2011. D. O. No. 48.096.

Encontrar este punto de equilibrio a través de nuestras actuales herramientas y principios del derecho ordinario no parece ser la opción más adecuada, si se tiene en cuenta que la Ley 1448 de 2011 establece que la restitución de tierras es un proceso de justicia transicional. Este hecho impone unos “subretos” en la medida en que la justicia transicional no es un concepto unívoco que establece mecanismos únicos; por lo tanto, resulta necesario interpretar qué implica este concepto en la restitución de tierras para así procurar la unificación consensuada de visiones procesales y sustanciales de la restitución.

Estos retos son diariamente percibidos por los funcionarios encargados de aplicar el procedimiento de restitución de predios. En diferentes providencias y recursos, tanto los jueces como los funcionarios de la Unidad de Restitución de Tierras, respectivamente, han ido elaborando conceptos que reflejan las diferentes visiones del proceso, atendiendo a sus particularidades y retos concretos.

Así, la construcción teórica de la justicia transicional civil se pone constantemente a prueba cuando se presentan dudas sobre cómo debería procederse en la interpretación de normas, de instituciones jurídicas o sobre cómo llenar aparentes lagunas dejadas por la legislación especial. En distintos momentos, estos retos de interpretación han sido tramitados recurriendo a un concepto amplio de “justicia transicional”, usado muchas veces como un comodín hermenéutico, pero, a veces, con poco sustento concreto.

Un reto específico de esta búsqueda de equilibrio pasa entonces por la construcción colectiva de un concepto operativo de justicia transicional civil que genere consensos. Esta construcción colectiva consensuada, para el caso concreto, es un ideal, pero también una condición derivada de la ley, ya que, al no existir órganos de unificación jurisprudencial, son los jueces especializados en restitución quienes cotidianamente están desarrollando el concepto en sus fallos. Este ejercicio es enriquecedor por elementos como la innovación y la pluralidad argumentativa, pero, a la vez, peligroso por la eventual incoherencia en el desarrollo argumentativo de los diferentes despachos, teniendo en cuenta, por ejemplo, cuestiones como la independencia judicial. Es por esto que la construcción, además de colectiva, debe ser consensuada. Se trata pues de un ejercicio de persuasión argumentativa, que

trabaje más desde el convencimiento sustancial, independientemente de la igualdad jerárquica de quien propone el argumento.

La idea de la justicia tradicional para la restitución de tierras está basada en una serie de aspectos tanto jurídicos como institucionales que se enfrentan a los retos prácticos de la restitución y a los desafíos jurídicos de interpretación de las normas. La idea de la justicia transicional civil, bajo este entendido, tiene como uno de sus fundamentos la idea de la justicia y del reconocimiento del derecho como un mecanismo de regulación del comportamiento social. En este sentido, la justicia transicional civil, por su propia definición de justicia, se opone a la idea de arbitrariedad. Es por ello que acudir a la idea de la justicia transicional para entender la forma en que debe adelantarse el procedimiento de restitución, no quiere decir que se esté apelando a un concepto que, más allá del derecho, permita doblegar los procesos jurídicos bajo un fin determinado. El modelo transicional colombiano se basa en alcanzar una restitución que haga justicia.

Así, la idea de la justicia tradicional se aleja de dos conceptos que pragmáticamente harían imposible la consecución de justicia o negarían la idea de la justicia por el autoritarismo. Por un lado, la idea de la justicia transicional busca alejarse del concepto del formalismo jurídico que impida la consecución efectiva de justicia. Por esta razón, la Ley 1448 y las leyes étnicas que establecen mecanismos para la restitución de derechos territoriales establecen unos principios específicos de interpretación y aplicación que buscan sobrepasar las barreras procesales que harían nugatoria la posibilidad de la restitución masiva de bienes inmuebles. Pero esto no quiere decir que la flexibilidad –uno de los conceptos propios de la idea de la justicia transicional– deba o pueda ser usada de manera autoritaria y que, en lugar de argumentar las decisiones administrativas o judiciales en derecho y buscar la implementación de los principios de la ley, se recurra al concepto de justicia transicional simplemente como as bajo la manga que permita cualquier tipo de interpretación legal o, incluso peor, la toma de decisiones sin que exista un razonamiento jurídico riguroso.

Ahora bien, aun cuando parece existir un consenso general entre operadores jurídicos sobre la idea general de la naturaleza especial de la acción de restitución dentro del marco de la justicia transicional, los retos se presentan en la adjudicación específica de

casos. En la práctica cotidiana existen distintas interpretaciones sobre el alcance de las herramientas de la ley, sobre la remisión a otras normas, sobre el rol de las autoridades encargadas de las diversas tareas (todas estas en distintas etapas del proceso) y respecto de las múltiples instituciones jurídico-procesales que la componen.

Uno de los temas en los que se han presentado estos debates hermenéuticos es en las rutas procesales por las que debe atravesar la acción de restitución. Esto involucra la naturaleza jurídica de la etapa administrativa del proceso y las actuaciones de la Unidad Administrativa (en el control judicial de la legalidad de sus actos, la recaudación y valoración de pruebas, etc.), así como de las que componen la etapa judicial (debates sobre la “naturaleza” de la solicitud o demanda, sus requisitos, la pertinencia o no de acudir a figuras como la inadmisibilidad o rechazo de solicitudes, etc.).

La discusión sobre la naturaleza de la acción de restitución de tierras debe adentrarse en estos problemas específicos para ir avanzando en una dogmática concreta que alimente los lineamientos generales planteados por la ley y hasta ahora por la jurisprudencia. En otras palabras, el concepto de la justicia transicional civil debe construirse desde la práctica de la interpretación puntual de los nudos procesales para ir dando contenido a la acción de restitución. Y esta labor debe partir, a su vez, de una hermenéutica discursiva, creativa y adaptable a las necesidades que el propio proceso de restitución identifique. Dada la ruta escogida por nuestro sistema de restitución, así como las particularidades tanto de nuestro sistema jurídico como de la ruta del despojo, es muy poco lo que la experiencia comparada o la jurisprudencia ordinaria pueden aportar en este estado del proceso. Cada problema procesal deberá ser evaluado bajo la óptica de los objetivos que se pretenden con la implementación de la acción, los principios fundantes del sistema de restitución y las herramientas disponibles para proponer salidas hermenéuticas que permitan hacer avanzar a buen paso los procesos judiciales, con flexibilidad, pero con un compromiso de rigurosidad con la justicia.

Este documento busca contribuir con esta tarea a partir de casos concretos. Es decir, parte de un problema real identificado por la práctica: las discusiones y tensiones que ha generado, lo que podríamos denominar para efectos prácticos la valoración inicial de la acción de restitución por parte del juez, en la que, aun

cuando la Ley 1448 de 2011 no hace referencia clara<sup>2</sup> a una etapa de admisión en estricto sentido, se han aplicado figuras traídas del derecho ordinario, como inadmisiones, devoluciones, rechazos y rechazos de plano.

Ahora bien, aunque el problema concreto se remite a la fase de valoración inicial de la acción, la discusión trasciende lo puntual y es ubicada en el campo de su naturaleza jurídica. No de otra manera sería posible responder a preguntas como ¿es viable esta aplicación en contextos de justicia transicional?; además de viable, ¿es correcta y coherente con los principios y objetivos del proceso? o, por otro lado, ¿la utilización del derecho ordinario es siempre nociva para los procesos de justicia transicional? Por esto, la interpretación de los conceptos de “naturaleza de la acción de restitución” y “justicia transicional civil” son indispensables para proponer opciones prácticas, creativas, pero rigurosas, para enfrentar los problemas identificados.

Con este objetivo en mente, el trabajo se divide en cuatro partes principales. En la primera presentaremos el objeto de controversia y los debates en la materia. Con esto buscamos definir la relación entre este mecanismo de justicia transicional con el derecho ordinario y las bases sobre las cuales luego se concretará la idea de la naturaleza jurídica de la acción de restitución de tierras. En la segunda parte, dado que estas instituciones jurídico-procesales no están claramente definidas –o incluso ni mencionadas– por la legislación transicional de tierras, abordaremos las distintas aproximaciones y soluciones jurídicas que se plantean a estos interrogantes desde el derecho ordinario. Con esto sentaremos bases comparativas para determinar luego si las características de estas instituciones serían compatibles o no con lo que de manera general se ha esbozado como la naturaleza de la acción de restitución de tierras. En la tercera, examinaremos las características de la acción de restitución, a partir tanto de la jurisprudencia existente como de las normas constitucionales y legales, y las construcciones doctrinales previamente realizadas. Esto

---

2 La Ley 1448 no habla expresamente de la existencia de una etapa de admisión como se conoce en el derecho ordinario. Sin embargo, el artículo 84 establece una serie de requisitos que la solicitud debe contener. Así mismo, en el artículo 86 dispone que existe un auto admisorio de la acción y describe su contenido.

permitirá entonces confrontar la construcción teórica general con el problema concreto. En última instancia, como resultado de dicha confrontación, la parte final presenta las conclusiones sobre la naturaleza de la acción con base en estos problemas específicos, así como las recomendaciones puntuales sobre la actuación jurídica frente a cada uno de los problemas jurídicos encontrados.

### **El reto: requisitos y admisión de la solicitud de restitución judicial de derechos**

En esta primera parte se planteará el problema de la investigación, y se describirá el origen de dicho problema y las soluciones que se le han dado en la práctica. Para tal efecto, esta parte se divide en tres segmentos. En el primero se propone el problema puntual a partir del cual se aborda la discusión sobre la naturaleza jurídica de la acción de restitución. En el segundo, se explican los parámetros que la Ley 1448 establece para solucionar dicho problema, es decir, los requisitos legales que estableció para la presentación y admisión de la solicitud judicial de restitución de tierras. Este será el marco para el análisis de las providencias de los jueces de restitución y la identificación de los criterios de interpretación de dichos requisitos. En el tercer segmento se describen los procedimientos que se han aplicado, los conflictos que esto ha generado y las soluciones que ha construido la práctica.

### **El procedimiento tradicional y la justicia transicional**

La etapa judicial del proceso inicia con la solicitud de restitución ante los jueces especializados. Comúnmente se suele hablar de la presentación de la demanda pues algunos de sus requisitos y aspectos generales se asemejen a una demanda ordinaria: es tramitada por un juez, tiene unos términos perentorios, se sustenta en un análisis probatorio, se produce un fallo con decisiones para las partes, es de obligatorio cumplimiento, entre otras. No obstante, la Ley 1448 trata de referirse siempre a una solicitud de restitución, lo cual puede entenderse no como una diferencia retórica, sino como la intención real de hacer materiales las diferencias entre un proceso ordinario y la restitución de tierras. En este sentido, se trata de la manifestación explícita del legislador de crear un procedimiento especial nutrido fundamentalmente de

los principios de la justicia transicional enunciada y parcialmente desarrollada en los capítulos I y II de dicha ley.

A pesar de esta distinción, y teniendo en cuenta que la mencionada ley no describe con suficiencia cómo deben ser ejecutadas las diferentes etapas procesales en lo judicial, se ha generado una tendencia a aplicar figuras del derecho procesal civil en el proceso de restitución. El caso más común y controversial es la aplicación de inadmisiones a las solicitudes de restitución por parte de los jueces. Esta concepción del proceso genera tensiones; una de las más importantes se produce entre la flexibilidad e informalidad y el debido proceso en una concepción que incorpora incluso su viabilidad. En un panorama más genérico, esta tensión puede traducirse en la misma que existe entre el concepto de justicia transicional y justicia ordinaria.

Es necesario recordar que desde el comienzo de la implementación se consideraba la importancia de entender la restitución como un proceso transicional. Los requisitos para la admisibilidad de la solicitud de restitución consisten en información básica para adelantar el trámite, los cuales son muy flexibles en tanto contemplan elementos de la realidad del conflicto que inciden directamente en la posibilidad de las víctimas de acceder a la justicia. Así las cosas, la admisibilidad de esta solicitud se acerca más a la informalidad, inmediatez y efectividad de la acción de tutela, y se aleja un poco de los formalismos y las restricciones que imponen procesos ordinarios como los civiles.

Pero más allá de las flexibilizaciones normativas, hay que analizar si en la implementación del proceso estos requisitos han sido cumplidos de forma tal que no vulneren los derechos de las víctimas, ni desconozcan el marco legal en el que se encuentra inserto el proceso de restitución. El problema por resolver en este caso, entonces, no es cuál visión de justicia debe prevalecer o sobreponerse a la otra. El verdadero problema es cómo armonizar la aplicación de figuras de la justicia ordinaria con el concepto de justicia transicional.

### **El proceso en la Ley 1448 de 2011**

La etapa administrativa del proceso de restitución de tierras concluye con la expedición de la resolución que ordena la inscripción del predio en el Registro de Tierras Presuntamente Abandonadas

y Despojadas. Dicha resolución es un requisito de procedibilidad ineludible para la presentación de la solicitud de restitución judicial, la cual puede ser hecha con representación de la Unidad, directamente por la víctima o por intermedio de apoderado.

Una vez establecido el requisito de procedibilidad, la Ley 1448, en el artículo 84, establece con claridad seis requisitos que debe tener la solicitud:

- a) Identificación del predio que deberá contener como mínimo: ubicación, departamento, municipio, corregimiento o vereda, identificación registral, número de matrícula inmobiliaria y de identificación catastral y el número de cédula catastral.
- b) Constancia de inscripción del predio en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas.
- c) Los fundamentos de hecho y de derecho de la solicitud.
- d) La identificación del solicitante y su núcleo familiar.
- e) El certificado de liberad y tradición que identifique registralmente el predio.
- f) El avalúo catastral del predio.

A pesar de que se trata de una lista básica de requisitos que debe cumplir la solicitud en el momento de la presentación, la Ley no fue ciega frente a la informalidad de la propiedad y/o posesión sobre la tierra en las zonas rurales del país. Esto se evidencia en el parágrafo 2 del artículo 84, donde se contempla la imposibilidad de allegar los documentos enunciados y que en este caso se podrá acudir a cualquier medio probatorio que establezca el Código de Procedimiento Civil para probar la calidad de propietario, poseedor u ocupante de parte de quien presenta la solicitud de restitución. Con esto, la ley está haciendo referencia al artículo 165 y subsiguientes del Código General del Proceso, donde se establecen los medios de prueba válidos en los procesos judiciales, como son: la declaración de parte, la declaración de terceros, la prueba pericial, la inspección judicial, entre otros.

El parágrafo mencionado es una de las pocas remisiones que hace la Ley 1448 a las disposiciones legales ordinarias con el fin de flexibilizar requisitos que pueden ser imposibles de alcanzar en materia probatoria. Esta flexibilización entonces no se hace omitiendo los requisitos cuya importancia radica en la necesidad de probar la relación del reclamante con el predio que fue

registrado, sino posibilitando allegar elementos probatorios más comprensivos con la realidad vivida por los reclamantes. Estos son, pues, los requisitos legales para la presentación y admisión de la solicitud judicial de restitución.

Ahora bien, cabe preguntarse si lo señalado por la Ley 1448 es material suficiente para establecer un proceso sin tener que acudir a la interpretación. La respuesta que ha dado la práctica es que no, ya que surge una pregunta de particular trascendencia: si hay unos requisitos para la solicitud, ¿qué debe hacer el juez cuando no se cumplan?

Pero la ambigüedad de la ley no se restringe a lo procesal. Uno de los retos de la norma que contiene los requisitos legales que debe cumplir la solicitud judicial de restitución es la interpretación. Si bien es cierto que los requisitos a primera vista parecen claros, se ha observado que en la práctica hay divergencias en cuanto a su interpretación y la comprensión de su alcance. Así las cosas, surge una segunda pregunta: ¿Cómo se entienden satisfechos los requisitos del artículo 84?

### Las discrepancias

Ante lo que los jueces han considerado como un incumplimiento de los requisitos de las solicitudes judiciales de restitución, las respuestas han sido variadas y todavía no se puede ver con claridad una tendencia. Se han expedido inadmisiones, solicitudes de corrección, devoluciones y rechazos de solicitud. La aplicación de estas figuras ordinarias en el proceso especial de restitución, se enmarca –según los jueces– en la necesidad de prevenir errores que puedan obstaculizar la consecución del derecho a la restitución por parte de las víctimas. En este sentido, el juez explica:

[S]i bien la Ley 1448 del 2011 no contempló de manera expresa las figuras procesales de la inadmisión ni el rechazo *in limine* de la demanda, la práctica judicial a nivel nacional ha obligado a los operadores de justicia especializados en restitución de tierras, a hacer uso de esta herramienta procesal con el solo objeto de evitar que se den fallos inhibitorios o peor, fallos en contra de las pretensiones de las víctimas, por fallas en la etapa administrativa de la cual es responsable la Unidad de Restitución.<sup>3</sup>

3 En este sentido, véase: Juzgado Segundo Civil Especializado

Pero, incluso, los jueces han entendido estas figuras procesales como una herramienta jurídica que permite dar a las víctimas garantías de no repetición, con base en el argumento condicional de que si hay un proceso administrativo lo suficientemente sólido, la contundencia del fallo garantizará apropiadamente los derechos de las víctimas y los terceros. En palabras del juez especializado, haciendo alusión a la necesidad de recibir acciones de restitución sólidas,

la garantía de no repetición la vamos a respetar no solo evitando que ellos [las víctimas] sean sujetos de actos de violencia similares, sino devolviéndoles sus predios, debidamente formalizados o restituyendo sus derechos de propiedad y ejercicio de posesión mediante sentencias respaldadas con un sólido acervo probatorio y un proceso que haya garantizado además de los derechos de las víctimas, el de los terceros, que ha procedido de buena fe, o aún de víctimas que discuten el mismo derecho a la tierra, guardando el debido proceso y el derecho a la defensa de todo aquel que por ley deba y pueda ser vinculado al mismo.<sup>4</sup>

En la misma línea argumentativa, pero con menos incorporación del concepto de justicia transicional, el juez especializado expresa: “Lamentablemente, el solicitante, víctima reconocida, deberá asumir las consecuencias de las omisiones o negligencias cometidas por sus apoderados, así como la posibilidad del rechazo de la demanda por el incumplimiento de algunas de las formalidades establecidas, aun en justicia transicional”.<sup>5</sup> En este caso se observa una ruptura, antes que una colaboración armónica entre la Unidad y los jueces, en detrimento de los derechos de las víctimas reclamantes.

A continuación se expondrán de manera más detallada las respuestas judiciales encontradas en este diagnóstico y los argumentos de los jueces para justificar sus decisiones.

---

en Restitución de Carmen de Bolívar. Auto interlocutorio. Rad. 13244-31-21002-2013-00078.

4 En este sentido, ver el Oficio 1625 del 09 de octubre de 2013 del Juzgado Segundo Civil Especializado en Restitución de Carmen de Bolívar, dirigido a la Unidad de Restitución de Tierras en el marco del proceso. Rad. 13244-31-21002-2013-00078.

5 *Ibid.*

### *Inadmisiones*

El artículo 84 de la Ley 1448 de 2011 establece el contenido de la solicitud presentada por la Unidad de Restitución, la víctima por sí misma o por intermedio de apoderado, ante el juez civil especializado en restitución para activar la etapa judicial del proceso.

Aunque la mencionada ley no hace referencia a la posibilidad de inadmitir las solicitudes de restitución, tampoco plantea una prohibición expresa. Esta “puerta abierta” ha permitido que los jueces especializados en restitución acudan a esta figura del derecho procesal civil ordinario para los casos en los cuales las solicitudes de restitución no cumplen con el contenido mínimo establecido en el artículo 84.

En la muestra de providencias revisada por el equipo investigador de Dejusticia se encontró que si bien en algunos casos los jueces han inadmitido por la ausencia de dichos requisitos, también es importante tener en cuenta que han solicitado información adicional a la requerida por el artículo 84 y que, además, en ciertos casos no es claro el alcance de determinados requisitos; por lo tanto, hay una zona gris donde no es fácil determinar si la inadmisión está o no suficientemente sustentada.

A continuación se presentan los principales hallazgos en una muestra de cinco autos de inadmisión emitidos por los jueces especializados en restitución de tierras:

#### *Ausencia de requisitos*

En este aparte se encuentran enunciados los casos en que los jueces especializados inadmitieron solicitudes porque en ellas no se encontraban los requisitos mínimos señalados por la Ley 1448 de 2011.

- a) Domicilio del despojado y su núcleo familiar: De acuerdo con el literal d) del artículo 84 de la Ley 1448 de 2011, la solicitud debe contener nombre, edad, identificación y domicilio del despojado y su núcleo familiar, o del grupo de personas solicitantes, según el caso.

Según lo dicho por el juez, en todos los casos faltó el domicilio de los solicitantes. El juez es muy insistente en recordar la diferencia entre el concepto de domicilio y el lugar de las notificaciones, ya que, el primero consiste en “la residencia acompañada real, o presuntivamente, del ánimo de

permanecer en ella, donde la persona está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio". Por el contrario, el lugar de notificaciones establece "el sitio concreto, dentro de su domicilio o fuera de él, donde ella puede ser encontrada para efectos de ser enterada de las decisiones judiciales pertinentes, sin importar por ende, si tal paraje corresponde al lugar de su domicilio o, si allí, por ser transeúnte se encuentra de paso".<sup>6</sup>

Frente a esta situación, si bien es cierto que los funcionarios de la Unidad reconocen que tal distinción es verdadera, en la práctica se han dado casos donde se aporta al expediente la dirección de esta entidad como lugar de notificaciones de los reclamantes. Esto ocurre por dos factores comunes en la población reclamante. El primero es que muchos de ellos no tienen una residencia fija; en este sentido, sería contraproducente para el proceso dejar una dirección inestable. El segundo factor, que es común en una zona fronteriza como Norte de Santander, es que muchos de los reclamantes tienen residencia en Venezuela, por lo tanto, es más conveniente que la Unidad reciba las comunicaciones y notificaciones, y se encargue de transmitir las al reclamante.<sup>7</sup>

Para plantear una posible solución a esta "zona gris", es necesario analizar cuál es la utilidad de la información de domicilio, ya que cuando se trata puramente de las notificaciones, no habría lugar a una devolución, si en la acción de restitución la Unidad ha aportado la dirección de notificaciones. Además, frente a este punto también es muy importante la observación del coordinador del área jurídica de la Territorial del Cauca, quien indica que a pesar de que la ley utiliza claramente el término "domicilio", en ocasiones, los reclamantes no tienen uno permanente, y que en dichos casos es más práctico poner la dirección de notificaciones de la Unidad para que esta se encargue de hacer lo pertinente.<sup>8</sup> En uno de los casos, además

---

6 Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras de Valledupar. Providencia. 03 de octubre de 2012.

7 Entrevista con Mauricio Zárate y Álvaro Torres, coordinadores de las áreas jurídicas de las territoriales de Norte de Santander y Cauca, respectivamente.

8 Entrevista con el coordinador del área jurídica de la territorial del Cauca.

de no encontrarse el domicilio, tampoco había datos como la edad ni la identificación del solicitante. Adicionalmente, se anunciaba en el acápite de pruebas que como anexo se entregaría la identificación del núcleo familiar del solicitante, pero, según lo dicho por el juez, una vez “revisado el expediente no se evidencia que dicha documentación se encuentre anexa”.<sup>9</sup>

- b) Identificación del solicitante y de su núcleo familiar: Este es otro de los requisitos que ha resultado controversial, pero a partir de las providencias es difícil dilucidar las motivaciones de fondo que generan el inconformismo de los jueces. En ocasiones, solo afirman que no hay una debida identificación del solicitante y/o de su núcleo familiar.
- c) Certificación del valor del avalúo catastral del predio: Según el literal f) del artículo 84 de la Ley 1448 de 2011 éste debe incorporarse en la solicitud de restitución. Por ejemplo, en una de las providencias que conoce el caso de una acumulación de varios predios, el juez identificó que no se encontraba este certificado respecto de uno de los predios que se solicitaban en restitución.
- d) Identificación de los linderos del predio: El literal a) del artículo 84 indica que la identificación del predio para lo solicitud debe contener:
- la ubicación, el departamento, municipio, corregimiento o vereda,
  - la identificación registral,
  - número de matrícula inmobiliaria e
  - identificación catastral.

En tres de los casos observados el juez determinó que faltaba la determinación de los linderos del predio:

se observa que en la demanda no están identificados los linderos del predio [...], que los solicitantes pretenden sea restituido, aspecto que constituye una condición sine qua non en los procesos que versan sobre bienes inmuebles; por tal razón la parte actora deberá identificar plenamente el predio objeto del proceso, indicando expresamente los linderos del mismo.

<sup>9</sup> Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras de Valledupar. Providencia. 03 de octubre de 2012.

Aunque en el artículo no se hace expresa alusión a la determinación de los linderos, la identificación catastral sí requiere esta información, al menos en aquellos casos donde corresponden a la unidad catastral que se solicita. De esto se infiere que si dicha información no contiene los linderos, el predio no está plenamente identificado.

La delimitación de la cabida de este último es otro asunto problemático, cuando se trata de predios que están englobados, pues, por ejemplo, según los jueces, la Unidad llega a presentar incluso incoherencias en la información de la solicitud y las pruebas allegadas. En uno de los casos estudiados, el juez encontró una falta de coherencia entre los hechos del caso, los planos y el informe técnico predial. Al parecer se trataba de un predio que se encontraba ubicado dentro de otro de mayor extensión, pero esta información no era del todo clara. Adicionalmente, en el expediente se identificaban incongruencias en la extensión, razón por la cual se solicitó una aclaración a la Unidad.<sup>10</sup>

- e) Incongruencias respecto de la ubicación del predio: En dos de los casos observados se encontró que el juez identificó que existían incongruencias dentro de una misma solicitud, respecto de la vereda donde se encontraba ubicado el predio:

[E]n la demanda no se encuentra expresado de manera clara la vereda a la cual corresponde el predio objeto de restitución, toda vez que en el acápite de identificación del predio la parte actora indica que corresponde a la vereda X, [...]; información que no coincide con la que se aporta más adelante en el Certificado de Tradición y Libertad, que muestra que corresponde a la vereda Y, y luego en la localización general del predio nos señala que corresponde a la vereda Z. Así las cosas, y dado que con la información proporcionada en la demanda y sus anexos no se puede establecer con precisión la ubicación del predio [...]; por lo tanto se requiere para que precise a cuál de las tres (3) veredas corresponde el predio en cuestión.<sup>11</sup>

Con esto se estaría incumpliendo uno de los requisitos mínimos del literal a) del artículo 84 de la Ley 1448 de 2011.

<sup>10</sup> En este sentido, véase Juzgado Primero Civil del Circuito de Antioquia. Auto interlocutorio. 02 de diciembre de 2013.

<sup>11</sup> Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras de Valledupar. Providencia. 04 de septiembre de 2013.

- f) Constancia de inscripción del predio en el Registro de Tierras Despojadas: Este es uno de los requisitos que los jueces alegan con cierta frecuencia como incumplido, pues suelen solicitar que se allegue al menos una copia de la resolución.<sup>12</sup> Si bien es cierto que el artículo 84 establece que debe entregarse una constancia de la inscripción del predio en el registro, existe según este diagnóstico un problema de interpretación respecto a qué se entiende por constancia: ¿Se trata de una copia simple de la inscripción? ¿Una copia de la resolución de inclusión emitida por la Unidad? ¿Un documento firmado por el funcionario competente que indique que el predio está incluido en el registro? ¿La mera afirmación de este evento por parte de la Unidad en el cuerpo de la demanda?
- g) Solicitud colectiva:<sup>13</sup> Finalmente, uno de los casos que se observó trata una solicitud colectiva. En esta, según el juez, se presentan algunos vacíos respecto de los requisitos del artículo 84. Sin embargo, el grueso de los vacíos identificados por el juez es respecto de los requisitos que establece la Ley 1448 de 2011 para tramitar una solicitud colectiva y otros criterios adicionales de acumulación.

Según el juez, no es posible afirmar que se trata de predios colindantes o vecinos (como lo requiere el artículo 95 de la Ley 1448 de 2011), ya que se trata de “diferentes parcelaciones, no son colindantes entre sí, ni vecinos porque dichas parcelaciones se encuentran ubicadas en diferentes veredas, distantes a cinco kilómetros aproximadamente una de la otra, es decir, los predios no son aledaños o próximos geográficamente”.<sup>14</sup>

12 *Ibid.* Véase también Juzgado Segundo Civil del Circuito de Antioquia. Auto interlocutorio. 13 de diciembre de 2013.

13 Es necesario distinguir la solicitud colectiva de la que habla el artículo 82 de la Ley 1448 de la acumulación procesal que menciona el artículo 95 de la misma ley. Mientras la primera se hace cuando se presenta un conjunto de procesos en una misma acción de restitución, la segunda tiene lugar cuando el juez, una vez presentadas solicitudes individualmente, decide agruparlas en un mismo proceso (por tener características similares) y tramitarlas de manera simultánea, garantizando así la economía procesal.

14 Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras de Valledupar. Providencia. 04 de septiembre de 2013.

Al parecer del juez, quien se basa en un módulo de formación de la Escuela Judicial,<sup>15</sup> para que pueda proceder la acumulación debe haber por lo menos los siguientes requisitos en las pretensiones:<sup>16</sup>

- Unidad de materia
- Unidad probatoria
- Que sea el mismo bien
- Otras situaciones exigidas en el ordenamiento jurídico

A juicio del juez, en el caso concreto no se dan estos presupuestos, ya que de los hechos narrados no se desprende que se haya tratado de un desplazamiento masivo, sino que “se trata por el contrario de hechos victimizantes individuales, que se dice ocurrieron en diferentes épocas y por diferentes actores del conflicto armado, por tanto, no hay unidad del despojo o del abandono”.

Frente al planteamiento de estos requisitos, uno de los funcionarios entrevistados indica que el criterio de acumulación que propone la Ley 1448 de 2011 es el de la colindancia o la identidad del predio. De esto se interpreta que no hay un vacío normativo y, por lo tanto, adicionar otros requisitos con base en otras normas no es lo más coherente con los principios de la ley de restitución de tierras. Pero, además, indica que no es competencia del juez evaluar un trámite administrativo llevado a cabo por la autoridad competente, pues esto podría afectar el principio de separación de poderes.<sup>17</sup>

Además de los requisitos contemplados en el artículo 84 de la Ley 1448, el artículo 76 indica que para que pueda conocerse una acción de restitución, es necesario que el predio y los despojados hayan quedado inscritos en el registro de tierras presuntamente despojadas. En dos de las providencias revisadas, el Juez Especializado encontró incumplido este requisito, ya que, en su parecer,

---

15 La estructura procesal de la restitución y formalización de tierras y otras acciones conexas, posesión, tenencia, ocupación, acciones jurídico-administrativas. Escuela de Formación Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura.

16 Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras de Valledupar. Providencia. 04 de septiembre de 2013.

17 Entrevista con Álvaro Torres, coordinador del Área Jurídica de la Territorial del Cauca.

la Unidad de Restitución no había inscrito en dicho registro a todas las personas que debía, e indicó:

[E]s deber de la Unidad siempre integrar al registro mediante la vinculación desde la resolución de inicio a todos los despojados de un mismo predio e inscribirlos en el Registro, sea que haya acudido a la Unidad, o no, siempre que de conformidad con las pruebas recaudadas descubra que existe otro despojado con igual derecho, en este último caso, las facultades oficiosas de la Unidad se deberían activar en favor de la víctima ausente o sus herederos [...]. No cumplir con esa obligación conllevaría a la violación de principios generales de la Ley 1448 de 2011, que se traducen en derechos fundamentales tales como la igualdad y la garantía del debido proceso.<sup>18</sup>

En este sentido, se entiende la satisfacción del artículo 76 cuando se inscriben todas aquellas personas que han sido víctimas respecto de determinado predio, y no cuando solamente se han inscrito quienes tienen una reclamación respecto de dicho predio. En este caso concreto, la Unidad de Restitución indicó que la lectura del juez era equivocada, en la medida en que había que diferenciar entre los titulares del derecho a la restitución y los titulares del derecho de propiedad, ya que la persona a la cual el juez solicitaba incluir era titular del derecho de dominio sobre el predio, mas no titular del derecho a la restitución debido a que no se trataba de una víctima.

#### *Requisitos adicionales*

La discusión en este apartado depende en gran medida de la percepción sobre la taxatividad del artículo 84 de la Ley 1448 de 2011, ya que, según se entienda taxativo, cualquier requisito que esté por fuera de esta disposición será adicional, mientras que si se entiende enunciativo, habrá más espacio para la incorporación de otros requisitos diseminados en la ley.

En las entrevistas con funcionarios de la Unidad de Restitución se identificaron dos tendencias frente a la taxatividad del artículo 84. La primera posición tiende a afirmar que los requisitos

18 En este sentido, véase el del Juzgado Segundo Civil Especializado en Restitución de Carmen de Bolívar. Auto interlocutorio. 09 de octubre de 2013. Rad. 13244-31-21002-2013-00078; y Juzgado Segundo Civil Especializado en Restitución de Carmen de Bolívar. Auto interlocutorio. 30 de septiembre de 2013. Rad. 13244-31-21002-2013-00078.

son taxativos y que, en consecuencia, en el momento de admitir la demanda no se deben evaluar requisitos adicionales. La segunda posición tiende a afirmar que el listado es taxativo sólo hasta el literal d), ya que de acuerdo con el parágrafo 2 del mismo artículo, los requisitos de los literales e) y f) pueden ser cumplidos con otro tipo de material probatorio.<sup>19</sup>

Partiendo de una visión restrictiva, es decir, apuntando a la taxatividad del artículo, a continuación se presentan algunos de los requisitos adicionales a los del mencionado artículo, encontrados en la documentación revisada:

- a) Copia auténtica u original de la resolución que asigna abogados para el caso: Aunque esta no se encuentra dentro de los requisitos del artículo 84, en uno de los casos observados, en el auto de inadmisión de la demanda, el juez indica lo siguiente como una causal de la misma: “Nos permitimos detallar los defectos de forma y los anexos que no se arrimaron a las solicitudes: // [...] y la resolución por medio de la cual se asignó representante judicial a los solicitantes, no se acompañaron en original o copia auténtica”.<sup>20</sup> No es claro, además, si este documento fue aportado junto con la solicitud, pero no en original o copia autenticada, caso en el cual se trataría de un requisito adicional y con un estándar más formal.
- b) Allegar copia de una resolución expedida por el Incora que es ilegible.<sup>21</sup>
- c) Los anexos aportados en el proceso no cumplen con los requisitos exigidos por el despacho: En este caso, el documento aportado por la Unidad de Restitución para el rastreo, no ahonda en cuáles son las exigencias de dicho despacho.<sup>22</sup>

---

19 Entrevista con Mauricio Zárate y Álvaro Torres, coordinadores de las áreas jurídicas de las territoriales de Norte de Santander y Cauca, respectivamente.

20 Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras de Valledupar. Providencia. 04 de septiembre de 2013.

21 Informe preliminar de hallazgos de inadmisiones, rechazos y devoluciones de las solicitudes judiciales de restitución de tierras, 3 de marzo de 2013. Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Antioquia. Providencia. 27 de enero de 2014.

22 *Ibid.* Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Antioquia. Providencia. 09 de noviembre de 2012.

- d) La información del predio no se hizo a través de levantamiento topográfico: Al parecer del juez, según el informe técnico predial, la Unidad de Restitución no hizo levantamiento topográfico sino que iniciaron el ingreso al registro de tierras con la información de Catastro de Antioquia, que se encuentra desactualizada y no es coherente con la aportada por el documento de compraventa.<sup>23</sup>
- e) Ampliar los hechos indicando en qué tiempo entró el demandante a ocupar directamente el predio.<sup>24</sup>
- f) Informar al despacho si ya se inició proceso de sucesión a favor de algunos de los solicitantes y que, de no ser así, la Unidad de Restitución solicite la apertura del proceso sucesoral para que este sea tramitado de acuerdo con las formalidades del Código de Procedimiento Civil.<sup>25</sup>
- g) Determinar las cuotas partes que le corresponden a cada uno de los solicitantes: Este requisito se encontró en una providencia donde el juez especializado conocía sobre un caso en el que los solicitantes eran herederos de la víctima. El juez indica que para admitir la acción es necesario:

[Especificar] la parte cuota que le correspondió a cada uno de los solicitantes, situación que el despacho considera imprescindible tener claramente determinado, por cuanto existen otras personas con derechos herenciales sobre el mismo predio y si bien es cierto, se realizó el levantamiento topográfico del bien solicitado, determinándose su cabida y linderos, también es cierto que se debe determinar si el predio hace parte de otro de mayor extensión o fue el que les correspondió en la partición y adjudicación a los reclamantes.<sup>26</sup>

- h) En el mismo caso del literal anterior, el juez de restitución le solicita a la Unidad adjuntar a la demanda una copia de la

23 *Ibid.* Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Antioquia. Providencia. 02 de septiembre de 2013.

24 *Ibid.* Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Antioquia. Providencia. 08 de octubre de 2013.

25 *Ibid.* Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Antioquia. Providencia. 20 de enero de 2014.

26 Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras de Popayán. Providencia. 21 de enero de 2014.

sentencia de sucesión o del trabajo de partición, para determinar con claridad la relación hereditaria entre los solicitantes y la causante y la existencia de herederos con mejor derecho. Además, ordena aclararlas pretensiones respecto al proceso sucesoral que implica la restitución en este caso y aportar material probatorio exigido en el trámite ordinario:

No pueden pretender los solicitantes se formalice y restituya a favor de la masa sucesoral de las causantes X, pues las pretensiones deben formularse claramente, es necesario saber si ya se inició el trámite sucesorio correspondiente a la porción herencial de las antes mencionadas y en caso negativo si su pretensión es que dentro de este proceso de restitución de tierras se lleve a cabo el proceso sucesorio de las causantes, deberá solicitarse la apertura de dicho proceso, con las pruebas necesarias para ello, la demostración de todos los herederos con iguales o mejores derechos que los solicitantes, y cumpliendo en todo caso, todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 587 del CPC, e indicando el nombre de los cónyuges y herederos que deban comparecer al proceso, acreditando cada vínculo con el correspondiente folio registral. Así mismo debe acreditarse su calidad de víctimas para poder tramitarse como proceso de restitución de tierras.<sup>27</sup>

- i) Adecuar las pretensiones respecto de la calidad que ostenten las partes en el proceso: Si bien es cierto que las pretensiones de la acción deben guardar una coherencia con los hechos ocurridos y las calidades de las víctimas frente al predio, no se encuentra en la ley una disposición que sustente esta inadmisión.
- j) En entrevista con el Coordinador del Área Jurídica de la Territorial de Norte de Santander se encontró que uno de los jueces solicitaba que se anexaran a las solicitudes de restitución todos los actos administrativos expedidos con ocasión de la etapa administrativa del caso concreto.
- k) En la misma entrevista del literal anterior se identificó que el juez, en el auto de devolución, ordenaba a la Unidad modificar las áreas presentadas en el informe técnico predial de la URT y, por lo tanto, reproducidas en la demanda, para que estas correspondieran con las del IGAC. Según el funcionario

---

27 *Ibid.*

entrevistado, si bien es cierto que esta orden podría entenderse como un intento por unificar la información aportada en el expediente, también lo es que la Unidad no puede cambiar los datos que arrojó su informe técnico predial en el estudio realizado durante la etapa administrativa.

*Requisitos que presentan duda respecto de su alcance*

- a) Fundamentos de hecho: En tres de los cinco casos se observa que el juez indica que los fundamentos de hecho de las solicitudes “se encuentran diseminados a lo largo de la demanda, además es necesario que la parte actora afirme en la demanda aquellos hechos que correspondan al periodo de tiempo durante el cual sucedió el despojo o el abandono forzado de manera clara, concreta y ordenada de modo que los hechos relativos a un mismo aspecto se formulen de manera congruente y organizada para garantizar la defensa de la contraparte y el éxito de la demanda”.<sup>28</sup>

Según el literal c) del artículo 84 de la Ley 1448 de 2011, la solicitud debe contener “los fundamentos de hecho y de derecho de la solicitud”, es decir, no va más allá ni cualifica la manera en que estos deben ser presentados. De lo dicho por el juez queda claro que no solicita un formato específico de presentación, pero sí unos lineamientos metodológicos mínimos que permitan comprender con mayor claridad la solicitud, ya que “si bien es cierto que el legislador flexibilizó los requisitos de la demanda de restitución, no lo es menos que es necesario conocer los presupuestos axiológicos de la pretensión, para así determinar si la causa fáctica de la pretensión está contenida en los hechos”.

- b) Copia de traslado de la actuación al Ministerio Público: En todos los casos observados se encontró que el juez enlistó como causal de inadmisión: “5° También se advierte que a la demanda no se acompañó copia del traslado de la misma para el Ministerio Público, tal como lo señala el Art. 86 de la Ley 1448 de 2011”.<sup>29</sup> Si bien es cierto que el numeral d) del

28 Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras de Valledupar. Providencia. 03 de octubre de 2013.

29 Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras

artículo mencionado señala que en el auto de admisión de la demanda se debe disponer la notificación del inicio del proceso al representante legal del municipio a donde esté ubicado el predio y al Ministerio Público, este no se tiene expresamente como un requisito de la demanda.

- c) Aclarar las colindancias del predio objeto de restitución junto con los nombres de los colindantes: Si bien es cierto que determinar las colindancias del predio es una parte importante de la identificación del mismo, es posible discutir sobre qué tan importante es determinarlas con precisión desde la admisión de la demanda, o si, por el contrario, es posible hacer esas aclaraciones dentro del proceso mismo en la etapa probatoria. En todo caso, lo que sí parece ser un poco más arbitrario es la necesidad de allegar los nombres de los colindantes para admitir la acción.<sup>30</sup>
- d) En algunos casos se presentaron inadmisiones porque el apoderado judicial, designado por la Unidad, había sido nombrado en provisionalidad por seis meses. Este término ya se había vencido en el momento de presentar la demanda.<sup>31</sup>

### *Debate probatorio en la admisión*

En una de las providencias revisadas se encontró que el juez especializado enumeró como causal de devolución de la acción de restitución, haber hallado algunas diferencias entre lo dicho por el reclamante durante el diligenciamiento del formulario y la ampliación de la declaración. Las diferencias versaban sobre el vestuario de los victimarios y el tipo de armas que portaban. En virtud de esto, el juez indica que

se hace necesario que la URT, recopile mejor la información y aclare con el solicitante si de verdad esta persona fue objeto o sufrió las consecuencias del conflicto armado de la región, ya que de lo expresado

---

de Valledupar. Providencia. 03 de octubre de 2013.

30 Informe de hallazgos de inadmisiones, rechazos y devoluciones de las solicitudes judiciales de restitución de tierras, 3 de marzo de 2013. Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Antioquia. Providencia. 16 de diciembre de 2013.

31 *Ibid.* Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Norte de Santander. Providencia. 28 de enero de 2014.

no se puede extraer una conclusión definitiva y certera de estas situaciones especiales que hubieren sido el resultado de un estudio acucioso de cada una de esas circunstancias para definir las actuales y verdaderas afectaciones que pudo haber recibido.<sup>32</sup>

En otra de las providencias el juez señala que es necesario que la Unidad de Restitución allegue una declaración judicial de paternidad extramatrimonial para probar la calidad de heredero de un menor reclamante.<sup>33</sup>

Otro ejemplo de debates probatorios en la admisión de la demanda se encuentra en un auto en el que el juez indica que se halló que la relación jurídica del reclamante con el predio no es ni posesión, ni ocupación, ni propiedad, sino que se trata de unas mejoras.<sup>34</sup>

Frente a esta situación, la Unidad de Restitución indica que no es dable analizar de fondo durante la admisión de la demanda por tres razones fundamentales: la primera apunta a que la admisión no es la etapa procesal diseñada para el análisis del acervo probatorio y, en últimas, para decidir de fondo un caso que ni siquiera ha sido admitido. En este sentido, los funcionarios de la Unidad de Restitución proponen que, en estos casos, el juez admita la demanda en cuestión y que en la etapa probatoria se soliciten las pruebas para despejar las dudas del proceso. La segunda razón consiste en que el hecho de admitir la acción no indica que necesariamente se vayan a aceptar las pretensiones que en esta se plantean y que no sea posible ampliar u ordenar más pruebas durante la oportunidad procesal pertinente. Finalmente, la tercera razón que esgrime la Unidad indica que lo dicho por el juez desconoce la presunción de legalidad que cubre los actos administrativos ejecutoriados de las autoridades competentes. Esto es, en el caso concreto, el hecho de que el juez especializado en restitución señale que se expidió el acto administrativo de inclusión en el

---

32 Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras de Popayán. Providencia. 20 de enero de 2014.

33 Informe de hallazgos de inadmisiones, rechazos y devoluciones de las solicitudes judiciales de restitución de tierras, 3 de marzo de 2013. Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Antioquia. Providencia. Providencia. Rad. 05000-31-21-002-2013-0079-00.

34 *Ibid.* Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Putumayo. Auto. Rad. 860013121001-2013-00314-00.

registro sin tener la certeza de que los solicitantes son víctimas en los términos de la Ley 1448 de 2011.

Finalmente, se observó que en todos los casos las inadmisiones se dan por la convergencia de varios requisitos. Se encuentra además en la mayoría de los casos se trata de la combinación de la ausencia clara de requisitos mínimos para la presentación de solicitudes con requisitos que por sí solos no llevarían a inadmitir una demanda, bien sea porque estos son producto de la interpretación del juez o porque definitivamente son adicionales a los exigidos por la ley.

### *Rechazos*

La figura de los rechazos es sin duda controversial, y aún más si se tiene en cuenta que no hay criterios determinados para aplicarla en los procesos de restitución. Aunque se ha presentado en pocos casos, en este diagnóstico se tienen en cuenta providencias que muestran rechazos con el fin de dilucidar algunas de las causas o detonantes aducidos por los jueces para tomar esta decisión. Se observaron tres razones de fondo.

La primera procedió ante la ausencia de requisitos legales de la solicitud judicial, principalmente porque esta carecía de prueba de la inscripción del predio en el Registro de Tierras Despojadas. Al considerarlo un requisito de procedibilidad ineludible, el juez procedió a rechazar de plano.<sup>35</sup>

En un segundo caso, el juez consideró que procedía rechazar de plano la solicitud en tanto el expediente no solo carecía de constancia de la inscripción del predio en el Registro de Tierras Despojadas, sino que también faltaba el avalúo catastral del predio; tampoco encontró el juez en el expediente acto alguno donde constara que los solicitantes habían dado poder judicial de representación a la Unidad o a su abogado.<sup>36</sup>

Un tercer caso en el que se identificó un rechazo de plano de la solicitud consiste en una providencia donde el juez no solo expuso

---

35 Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Apartadó. Providencia. 02 de diciembre de 2013.

36 Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Apartadó. Providencia. 13 de diciembre de 2013.

los vacíos que motivaron su decisión, sino que también argumentó jurídicamente la procedibilidad de esta respuesta judicial.<sup>37</sup>

En otro caso, el juez rechazó la solicitud porque, en su parecer, la Unidad de Restitución no brindó garantías procesales a las víctimas en etapa administrativa. El juez explica que durante esta etapa se presentaron irregularidades procesales frente a la definición de los reclamantes, razón por la cual podría resultar afectada la compañera permanente del reclamante.<sup>38</sup>

Así, el juez recurre a mostrar los argumentos constitucionales de la necesidad de motivar las decisiones judiciales en las que se inadmite o rechaza una demanda en los procesos ordinarios y constitucionales. Una de las providencias que cita es el Auto 079 de 1998, donde Corte Constitucional se pronuncia sobre la posibilidad de rechazo de la demanda ante falta de corrección de lo solicitado por el juez.

Esa es la razón última por la que el juez decide rechazar, pues aunque solicitó a la Unidad la corrección de algunos elementos de la solicitud de restitución, la Unidad no dio respuesta a la solicitud del juez y considerando pertinente los paralelos entre la acción de restitución y la acción constitucional, procedió a rechazar.

Los errores sobre los que el juez solicitó corrección son:

- El folio de matrícula inmobiliaria está incompleto, dificultando así la plena identificación de los propietarios actuales del predio y, por ende, la titularidad del solicitante.
- Los hechos y las pretensiones del caso están presentados de manera demasiado confusa; además, se trata de una sucesión y aunque hay un solo solicitante inscrito por la Unidad en el registro, no parece haber un único heredero como parece afirmar la Unidad. Esta situación y las demás incongruencias en los hechos tienden a inducir en error al juez.

37 Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Carmen de Bolívar. Providencia. 30 de septiembre de 2013.

38 Informe preliminar de hallazgos de inadmisión, rechazos y devoluciones de las solicitudes judiciales de restitución de tierras, 3 de marzo de 2013. Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Antioquia. Providencia. 10 de diciembre de 2013.

Aunque la redacción no es del todo clara, la providencia procura evidenciar que el caso tendería a victimizar a quienes tienen derecho en la sucesión, además de las razones expuestas en relación con la confusión en los hechos y pretensiones.

Así, los rechazos se han dado en providencias con justificaciones y casos muy diferentes. En algunas ocasiones, los jueces inadmiten con la misma justificación con la que rechazan. Sin embargo, en la revisión de providencias se encontró que el Juzgado Segundo Especializado de Carmen de Bolívar hizo un breve planteamiento de cómo deberían aplicarse cada una de estas figuras en el proceso de restitución, haciendo la distinción entre las procesales de inadmisión, rechazo y rechazo *in limine*:<sup>39</sup>

*Inadmisión:* Se aplica cuando en un proceso se incumplen los requisitos del artículo 84 de la Ley 1448 de 2011 y cuando en el certificado de tradición y libertad no se encuentra anotación que indique que el predio fue incluido en el registro de tierras presuntamente despojadas.

*Rechazo:* Se aplica cuando una vez inadmitida la acción y solicitadas las correcciones pertinentes a la Unidad de Restitución, esta entidad no enmienda la acción presentada ante el juez.

*Rechazo in limine:* Se aplica cuando, en la acción de restitución, la inclusión en el registro de tierras no se hizo en debida forma o de manera completa. En este sentido, se entiende que no se cumple con el requisito de procedibilidad del artículo 76 de la Ley 1448 de 2011 y “mal pretendería la Unidad de Restitución, que una falencia de tal categoría se subsanara en sede judicial, cuando la ley define claramente la competencia”.

### *Devolución*

Esta categoría se encontró a través de las entrevistas con funcionarios de la Unidad. Dos de ellos expresaron que la *devolución* es la figura utilizada por los jueces de restitución para no admitir las solicitudes. Esta denominación, que no está contemplada en el Código de Procedimiento Civil, consiste en no admitir la demanda y disponer para el demandante un recurso de reposición

---

39 En este sentido, véase Juzgado Segundo Civil Especializado en Restitución de Carmen de Bolívar. Auto interlocutorio. Rad. 13244-31-21002-2013-00078.

a través del cual puede exponer los argumentos que considera pertinentes para atacar dicha decisión. Esta figura, entonces, es como un rechazo con recurso de reposición.

Respecto al rechazo *in limine*, la Unidad de Restitución tiene una posición un poco más restrictiva frente a su aplicación, ya que esta figura

[cierra] cualquier posibilidad a la URT para que subsane o corrija cualquier yerro que se hubiere presentado, situación que se contrapone a los fines en virtud de los cuales el legislador expidió la Ley en comento, razón por la cual la Unidad debe velar porque situaciones semejantes no ocurran dado que traen consigo serias implicaciones respecto del restablecimiento de derechos de las víctimas.<sup>40</sup>

Además de lo anterior, la Unidad también hace referencia al artículo 85 del Código de Procedimiento Civil que indica que solo se rechazará una demanda cuando no se subsanen los errores dentro del término correspondiente o cuando exista falta de competencia o jurisdicción por parte del juez.

En todo caso, la posición restrictiva de la Unidad para la aplicación del rechazo pareciera extenderse también a las otras figuras procesales mencionadas. No propiamente por lo que representan estas figuras, sino por tres razones principales: la primera tiene que ver con las causales que están aduciendo los jueces en los casos concretos, ya que de entrada parecen ser formalistas, si se tiene en cuenta que la exigencia probatoria de la Ley 1448 de 2011 llega al punto de ser sumaria, y que establecer estándares más altos puede ser contrario a los principios básicos de esta ley. En este sentido, la Unidad afirma:

[L]a acción de restitución no puede verse cobijada por formalismos que no han sido contemplados en la ley, y mucho menos es dable que en sede judicial se opte por decisiones que desnaturalizan el fin constitucional pretendido e impidan la materialización de un derecho de estirpe fundamental. Por ende, el trámite de la etapa judicial debe estar provisto de la informalidad y oficiosidad del juez, en virtud de la cual ostenta facultades especiales que deben ser utilizadas para adoptar decisiones justas en pro de las víctimas, soportadas en una adecuada actividad probatoria.<sup>41</sup>

40 Documento elaborado por la Unidad de Restitución para el Diseño de Recursos.

41 *Ibid.*

Estos formalismos, al parecer de la Unidad, limitan el acceso a la administración de justicia en los términos amplios en los que la Corte Constitucional ha desarrollado este principio, es decir cuando no se restringe solamente a “la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de derechos”<sup>42</sup> sino cuando el juez que conoce del proceso estudia el caso con arreglo a los principios del derecho, las leyes y la Constitución; en otras palabras, cuando conoce del fondo del asunto.

Así las cosas, no se puede hablar en estricto sentido de errores en la solicitud de restitución, sino de situaciones subsanables o no durante el proceso, principalmente en la etapa probatoria,<sup>43</sup> garantizando así los principios de economía procesal e interpretación províctima, entre otros.

La segunda razón se fundamenta en el artículo 27 de la Ley 1448 de 2011 que proclama el principio de favorabilidad para las víctimas del conflicto armado. En este sentido, el rechazo de plano es una opción que va en contravía de la favorabilidad, ya que ni siquiera está contemplada como una posible respuesta a la acción de restitución en la ley y en los decretos reglamentarios.<sup>44</sup> La tercera razón es que en este proceso especial, la ley ha dotado al juez de unas facultades especiales que le permiten ser más proactivo y oficioso dentro del proceso. Por esto, la actitud del juez al devolver o rechazar demandas pareciera ser un poco pasiva, si se tienen en cuenta sus poderes y la naturaleza del proceso de restitución. En palabras de la Unidad,

es importante tener en cuenta que el funcionario judicial, particularmente dentro de este tipo de asuntos fue dotado de amplias facultades por el legislador, las cuales le permiten decretar y practicar las pruebas que considere necesarias, como también abstenerse de hacerlo respecto a aquellas que le hubieren sido solicitadas, cuando hubiere llegado al convencimiento necesario de la situación litigiosa. Por tanto, en el presente asunto, de haberse encontrado que algunos

---

42 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-173 de 1993. M. P. José Gregorio Hernández: 4 de mayo de 1993.

43 Entrevista con Mauricio Zárate, coordinador del Área Jurídica de la Territorial de Norte de Santander.

44 Recurso de reposición y en subsidio de apelación contra Juzgado Segundo Especializado, Carmen de Bolívar. Auto 30 de septiembre de 2013. Rad. 132444-31-21002-2013-00078.

aspectos fundamentales para poder imprimir el trámite correspondiente –en sentir del funcionario– no estaban debidamente demostrados, el proceder ajustado era el de impartir las órdenes respectivas encaminadas a obtener aquellas que permitieran dilucidar las dudas existentes.<sup>45</sup>

En conclusión, la posición de la Unidad tiende a aceptar la utilización del Código de Procedimiento Civil vigente, siempre y cuando se cumplan por lo menos dos condiciones: i. que se acuda a este cuando haya un vacío normativo en la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios, y ii. que la implementación de estas normas ordinarias no vaya en detrimento de los derechos de los reclamantes ni sea contraria a los principios de la ley mencionada.<sup>46</sup>

### *Terminación anormal del proceso*

Finalmente, en el barrido se encontró un caso donde el juez decretó la terminación anormal del proceso.<sup>47</sup> Fundamentó su decisión en que no había una plena identificación del predio respecto de su cabida y linderos, considerando este hecho como un requisito de procedibilidad que no había sido cumplido.

Además, según el mismo juez, los datos de los informes no correspondían al predio objeto de solicitud, razón por la cual se requirió una corrección que, en todo caso, mantuvo errores. Como consecuencia, el juez decretó que se levantaran las medidas cautelares y la inscripción de la solicitud que recaían sobre el predio.

Otro ejemplo de lo que parece ser una terminación anormal del proceso se encuentra en un auto del juez de Magdalena, en el que se ordena dejar sin efectos la admisión decretada previamente debido a que el predio se encuentra en zona de reserva forestal.<sup>48</sup>

---

45 *Ibid.*

46 Entrevista con Álvaro Torres, coordinador del Área Jurídica de la Territorial Cauca de la Unidad de Restitución de tierras.

47 Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Antioquia. Informe preliminar de hallazgos de inadmisión, rechazos y devoluciones de las solicitudes judiciales de restitución de tierras. 3 de marzo de 2013. Rad. 05000-31-21-0022013-000002.

48 Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Magdalena. Informe de hallazgos de inadmisión, rechazos y devoluciones de las solicitudes judiciales de restitución de tierras. 3 de marzo de 2013. Rad. 4700-13-121-002-2013-0093-00.

## Elementos de derecho común y práctica judicial respecto de acceso a la justicia

En la parte anterior se identificaron varias instituciones jurídico-procesales que están siendo objeto de discusión por parte de los operadores jurídicos, aun cuando no aparecen expresamente señaladas en la Ley 1448 de 2011. Conceptos como el de demanda, rechazo, inadmisión, devolución y otros han sido inspirados en la práctica judicial del derecho común para ser adaptados luego a la acción de restitución. Es por ello que antes de acometer el estudio de la naturaleza de la acción y de la pertinencia de estas instituciones en su debate procesal resulta apropiado examinar la entidad de estos conceptos en el derecho ordinario para luego sí evaluar su pertinencia en el proceso transicional. Si bien la mayoría de remisiones a estos conceptos se basaron en el “procedimiento civil”, vale la pena hacer un barrido un poco más comprensivo para determinar la forma como de manera general operan estas instituciones jurídicas. Este será el tema de la segunda parte, que se divide en cuatro apartados, donde cada uno da cuenta de una jurisdicción específica: constitucional (tutela), procedimiento civil, procedimiento laboral y procedimiento administrativo.

### Acción de tutela

El Decreto 2591 de 1991 regula la acción de tutela y, más concretamente, el artículo 17 reglamenta lo pertinente a la corrección de la solicitud:

Artículo 17. Corrección de la solicitud. Si no pudiere determinarse el hecho o la razón que motiva la solicitud de tutela se prevendrá al solicitante para que la corrija en el término de tres días, los cuales deberán señalarse concretamente en la correspondiente providencia. Si no la corrigiere, la solicitud podrá ser rechazada de plano.

Por su parte, el artículo 38 regula la temeridad, tema que resulta relevante para el caso objeto de análisis, ya que podría constituirse, de cierta manera, en una forma de rechazo de la tutela, aunque estos fenómenos no le atañen a la presentación de la acción de la tutela.

Artículo 38. Actuación temeraria. Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.

[...] Sentencia C-054 de 1993.

Declarar EXEQUIBLES los artículos 38 del Decreto 2591 de 1991, en los apartes en que fueron atacados, por las razones aquí expresadas. El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.

Del análisis de estos dos artículos se desprende que la acción de tutela no puede ser, en estricto sentido, rechazada o inadmitida, como sí pasa en otras jurisdicciones, pero puede ser devuelta al accionante, con el fin de que corrija lo atinente al hecho que motiva la acción. Lo anterior, de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991. Por su parte, el artículo 38 sí plantea un caso de rechazo, pero solo cuando la misma acción de tutela haya sido presentada ante otros jueces al mismo tiempo y por los mismos motivos.

No obstante, es preciso completar estas definiciones con los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Al respecto, en el Auto 227 de 2006, del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, se estableció que la acción de tutela es el mecanismo por excelencia para la protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, garantiza de manera directa el derecho a la administración de justicia; por tal razón, es un mecanismo informal, al cual pueden acceder todas las personas. En el auto en cuestión, la Corte establece:

[E]n varias ocasiones las Salas de Revisión han amparado el derecho a la protección judicial efectiva en materia de acción de tutela. Por ejemplo, la Sala Tercera, en sentencia T-678 de 2003, dejó sin efectos un auto mediante el cual la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió no admitir a trámite la acción de tutela que interpusiera un ciudadano contra la Sala de Casación Penal de la misma Corte, al considerar que ésta no procedía contra sentencias adoptadas por las Salas de Casación.

Adicionalmente, frente a la acción de tutela contra providencia judicial, la Corte se pronunció, expresando:

La Sala Tercera recordó que resulta contrario a la Constitución que las autoridades judiciales inadmitan la acción de tutela contra providencias judiciales y posteriormente se nieguen a remitir dicha decisión a la Corte Constitucional para su eventual revisión, bajo el argumento de que esta no constituye una sentencia. Lo anterior, *por cuanto*

*tal decisión de inadmisión vulnera, ella misma, el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.* Adicionalmente, indicó que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en tanto manifestación concreta de los derechos a acceder a la justicia, a la defensa y al debido proceso, resulta vulnerado cuando las autoridades judiciales competentes para decidir sobre las acciones de tutela, se sustraen a su obligación de defensa y protección de los derechos fundamentales y eliminan, así, la posibilidad de goce por parte de sus titulares. De esta manera, la Sala concluyó que, de conformidad con los principios de inmediación, informalidad y efectividad que rigen la acción de tutela, las dos únicas opciones constitucionalmente válidas son la concesión de la tutela o su denegatoria, bien por razones de fondo o de procedencia, con el propósito de que dicha decisión sea susceptible de revisión eventual por parte de la Corte Constitucional. [Resaltado por fuera del texto]

En efecto, el auto plantea varios ejemplos donde los jueces han inadmitido la acción de tutela, y reitera que la Corte Constitucional ha sido clara al respecto:

[L]a jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que los jueces tienen el deber de resolver las acciones de tutela que se presenten contra cualquier autoridad pública bien sea concediendo o negando el amparo; en esta segunda hipótesis, por improcedencia o por ausencia de vulneración o amenaza de derechos fundamentales, sin que sea válido emitir una decisión de no admisión a trámite, o de rechazo y archivo, por cuanto, esto último configura una vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales.

Por su parte, el mencionado auto plantea algo muy importante, referido a los casos en los cuales efectivamente un juez de tutela puede rechazar la acción de tutela:

[E]sta última disposición permite al juez de tutela rechazar de plano la acción de amparo constitucional, cuando se cumplan las siguientes tres condiciones: (i) *que no pueda determinarse el hecho o la razón que motiva la solicitud de tutela*, (ii) *que el juez haya solicitado al demandante corregirla en el término de tres (3) días, expresamente señalados en la providencia, mediante la cual solicitó dicha corrección*, (iii) *y que el demandante no corrija la acción de tutela en el término señalado.* [Resaltado por fuera del texto]

No obstante, la Corte reiteró que el juez de tutela tiene un deber especial de cuidado en estos temas y debe, en todo caso,

desplegar una actividad probatoria especial para tomar la decisión de rechazar la acción de tutela:

Con todo, esta Sala considera necesario reiterar que el juez constitucional cumple la primordial función de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, los cuales, como se ha dicho a lo largo de esta providencia, no pueden quedar sin amparo efectivo por parte del aparato de administración de justicia. *De lo anterior se deriva, entonces, que el juez de tutela, más que contar con una facultad, tiene el deber de desplegar la actividad probatoria necesaria en aras de establecer la verdad de los hechos. Así lo disponen los artículos 19 a 21 del mismo Decreto 2591 de 1991, pues (i) el artículo 19 faculta al juez para requerir informes al órgano o a la autoridad demandados; (ii) de manera que si éstos no fueren rendidos dentro del plazo correspondiente, los hechos se tendrán por ciertos (art. 20); (iii) pero, si del informe resultare que no son ciertos, podrá solicitarse a las partes información adicional, junto con las pruebas que resulten necesarias (art. 21); y (iv) en todo caso, el juez podrá fundamentar su decisión en cualquier medio probatorio para conceder o negar la tutela (art. 21, inc. final).* [Resaltado por fuera del texto]

Finalmente, según el artículo 4.º del Decreto 306 de 1992, los vacíos en el procedimiento de la acción de tutela se suplen con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que establece, en el artículo 351, numeral 1.º, la procedencia del recurso de apelación contra el auto que rechaza la demanda.

En conclusión, la acción de tutela sólo puede ser rechazada bajo casos excepcionales, es decir, cuando el accionante no la corrige dentro de los tres días siguientes a la advertencia hecha por el juez y cuando se presentan casos de temeridad. Sin embargo, en todos los otros casos, el juez siempre debe pronunciarse de fondo respecto de la tutela, ya que los fallos inhibitorios en esta materia desconocen y son contrarios al espíritu de este instrumento.

Posteriormente, la Corte Constitucional se pronunció, mediante la Sentencia C-483/08, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, acerca de la constitucionalidad del artículo 17 del Decreto 2591 de 1991, pues, al parecer del demandante, la posibilidad de rechazo quitaría protección a los derechos fundamentales ya que estos “quedarían desprovistos de esta manera de una pronta protección, y su amparo diferido a una espera injustificada”.

Así las cosas, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de dicho artículo, argumentando que

la jurisprudencia constitucional ha concluido que, en principio, todas las acciones de tutela deberían ser admitidas, tramitadas y decididas de fondo por el juez competente,<sup>49</sup> dado que lo que se encuentra en juego es la definición de protección de derechos fundamentales, sin perjuicio de que el legislador en el ejercicio de su facultad de configuración normativa pueda establecer excepciones.

Sin embargo, en caso de presentarse los supuestos de hecho del rechazo, la Corte aclara que no es una obligación que el juez lo lleve a cabo, sino que puede, en uso de sus facultades, indagar por sus propios medios para conseguir que la acción de tutela prospere. En palabras del Alto Tribunal:

Por lo tanto, aun cuando en un caso concreto concurren las condiciones enunciadas previamente, el rechazo de la acción de tutela no es un imperativo para el juez constitucional. Sobre la base de los principios de oficiosidad y de informalidad, el juez cuenta con amplias atribuciones –facultades y poderes– para asumir un papel activo en el proceso en busca del conocimiento y claridad sobre los hechos materia de la actuación judicial. Así, *si él considera que durante el trámite cuenta con la capacidad jurídica para establecer los hechos que originaron la presentación de la solicitud de amparo, debe dejar de lado la opción del rechazo de la misma y continuar el procedimiento, de tal forma, que la actuación concluya con una decisión de fondo, en la que se protejan los derechos fundamentales del accionante que han sido vulnerados*, o en caso de la denegatoria del amparo, con el señalamiento de las razones que llevaron al fallador a negar la protección de los mismos. [Resaltado por fuera del texto]

En síntesis, la Corte ha decidido que la medida excepcional de rechazar la tutela no constituye una vulneración al artículo 86 de la Constitución Política, pues resulta proporcional que el legislador establezca unos límites mínimos al ejercicio de este derecho y, en todo caso, ello no genera un traspié para que el accionante pueda, en todo caso, ejercer su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, y que el juez de tutela lo ampare. Adicionalmente, la Corte ha aclarado que la decisión de rechazo no hace tránsito a cosa juzgada, lo que permite que el accionante interponga nuevamente la tutela. Por lo tanto, la Corte Constitucional concluyó la sentencia, afirmando:

---

<sup>49</sup> Véase, entre otras, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-034 de 1994. M. P. José Gregorio Hernández Galindo; 2 de febrero de 1994.

Del anterior análisis se concluye que el rechazo de la petición de tutela, precedido de un plazo para la aclaración de las razones y hechos que la originaron, el cual ha vencido en silencio, no implica una carga excesivamente gravosa e insalvable para el accionante. En este contexto, el rechazo de la petición de tutela resulta *(i) excepcional al ser la admisión la regla general, tal y como quedó visto en los párrafos anteriores; (ii) no obligatorio ya que procede sólo si se dan los elementos del artículo 17, y el juez llega al convencimiento de que con el ejercicio de sus facultades y poderes no podrá esclarecer la situación de hecho; (iii) subsidiario en tanto sólo se aplica en el evento en el que el juez llegue al convencimiento de que no podrá esclarecer la situación de hecho, ni aun con el despliegue de sus facultades; y (iv) mínimo por cuanto con la actuación del accionante acudiendo a aclarar las razones que lo llevaron a presentar la petición de amparo puede evitar que se decrete.*

[...] De cualquier forma, *se debe tener claro que la decisión de rechazo de la acción de tutela no hace tránsito a cosa juzgada y, por tanto, el accionante está legitimado para presentar la solicitud de protección constitucional nuevamente, con el cumplimiento de los requisitos mínimos para su admisión, sin que ello pueda entenderse como el ejercicio de una actuación temeraria. De esta forma se garantiza el derecho de acceso a la administración de justicia y se descarta cualquier posibilidad de que el accionante se encuentre ante una situación de denegación de justicia.* [Resaltado por fuera del texto]

En síntesis, el juez de tutela sí puede rechazar la demanda, pero solo de manera excepcional y con una carga argumentativa mucho mayor.

### Procedimiento civil

El capítulo primero, del libro segundo, del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) regula todo lo pertinente a la demanda. Teniendo en cuenta lo anterior y la revisión de las disposiciones normativas, se pueden establecer varios conceptos jurídicos al respecto; así, esta puede ser inadmitida, rechazada, retirada, corregida, aclarada y reformada. A continuación se explicarán cada uno de estos conceptos.

#### *Inadmisión de la demanda*

Según el artículo 90 del Código General del Proceso, el juez civil podrá admitir la demanda cuando esta reúna los requisitos de ley. Ahora bien, según el inciso tercero del mismo artículo, el juez la puede declarar inadmisibile, cuando no cumpla con dichos

requisitos. La inadmisión de la demanda se realiza mediante auto, el cual no es susceptible de impugnación, es decir, contra él no proceden los recursos de ley. De manera que los casos en que el juez puede tomar tal determinación son:

- a) Cuando la demanda no reúna los requisitos formales: En este caso es preciso remitirse al artículo 82, el cual establece los requisitos de la demanda.
- b) Cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley.
- c) Cuando las pretensiones acumuladas no reúnan los requisitos legales.
- d) Cuando el demandante sea incapaz o no actúe por el conducto de su representante.
- e) Cuando quien formule la demanda carezca de derecho de postulación para adelantar el respectivo proceso.
- f) Cuando no contenga el juramento estimatorio, siendo necesario.
- g) Cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

Ahora bien, el inciso cuarto del mismo artículo plantea que en caso de presentarse alguno de los supuestos antes mencionados, es necesario que el juez le informe al demandante o su representante, de manera clara y precisa, los defectos de la demanda con el fin de que el demandante pueda subsanarlos en el término de cinco días, según la norma, o, en su defecto, si pasado el término establecido, no la ha corregido, el juez podrá decidir si la admite así o la rechaza.

Frente a la inadmisión, la Corte Constitucional se pronunció,<sup>50</sup> cuando un ciudadano demandó la norma del Código de Procedimiento Civil que establecía los requisitos para presentar la demanda. A juicio del demandante, inadmitir la demanda por falta de requisitos puramente formales, era una vulneración del derecho a la administración de justicia. Sin embargo, la Corte consideró:

---

<sup>50</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-833 de 2002. M. P. Alfredo Beltrán Sierra; 8 de octubre de 2002.

[E]s necesario precisar que la iniciación del proceso civil, en virtud del derecho de acción, se realiza a través de la demanda, como instrumento previsto por la ley para garantizar, con el cumplimiento de los requisitos señalados en ella, que el proceso podrá adelantarse sin que culmine luego, por ineptitud de la misma con una sentencia inhibitoria.

Por ello, la demanda debe ajustarse a determinados requisitos establecidos de manera general en el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, y específicamente para algunos tipos de procesos en el artículo 76 *ibidem*.

La exigencia de estos requisitos encuentra su razón de ser, al considerarse que la demanda es un acto de postulación, a través del cual la persona que la impetra, ejercita un derecho frente al Estado, pone en funcionamiento el aparato judicial y propicia, la iniciación de una relación procesal.

Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que establecer dichos requisitos e inadmitir la demanda cuando estos no se cumplan, es legítimo y, antes que vulnerar el derecho a la administración de justicia, lo protege, pues la correcta presentación de la demanda implica un acceso efectivo a la misma.

### *Rechazo de la demanda*

Según el inciso segundo del artículo 90 del Código General del Proceso, el juez puede rechazar la demanda cuando: i. carezca de jurisdicción o de competencia, caso en el cual deberá enviarla con sus anexos al juez que considere competente; ii. cuando el término de caducidad para instaurar la demanda haya vencido, caso en el que el juez ordenará devolver los anexos sin necesidad de desglose. Adicionalmente, tal y como se veía en el caso de la inadmisión, otra causal para rechazar la demanda es cuando el demandante o su representante no corrigen la demanda en el término de cinco días señalados por la ley.

Antes de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, el artículo 36 de la Ley 640 de 2001 establecía que en los casos en que fuere necesaria la conciliación prejudicial, y esta no se presentara, la demanda podría ser rechazada de plano. No obstante, con el Código General del Proceso, esta es una causal de inadmisión, por lo que el demandante tendrá cinco días para cumplir con dicho requisito. Sin embargo, si este requisito no se aporta, siendo necesario, sí será procedente el rechazo.

Con respecto al auto que rechaza la demanda, proceden los recursos de ley, y estos incluyen el que negó la admisión. En este caso, se concede la apelación y se resuelve de plano (inciso 5 del artículo 90).

### Procedimiento laboral

El procedimiento laboral está regulado por el Decreto Ley 2158 de 1948, modificado a su vez por la Ley 712 del 8 de diciembre de 2001. En ese sentido, el capítulo V del Decreto Ley regula lo referente a la demanda en los procesos laborales. El artículo 25 contiene los requisitos de la demanda y el artículo 26 establece que los anexos son otro requisito.

En caso de no cumplir los requisitos, la demanda puede ser devuelta y reformada. El articulado del Decreto Ley no hace referencia a otras figuras como en materia civil, es decir, no habla de rechazo de la demanda, ni directamente de inadmisión. Por lo tanto, a continuación se hará el correspondiente análisis de los conceptos señalados.

#### *Devolución y reforma de la demanda*

El artículo 28 del mencionado decreto regula lo referente a estos dos conceptos.

En ese sentido, establece:

#### ARTÍCULO 28. DEVOLUCIÓN Y REFORMA DE LA DEMANDA.

<Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Antes de admitir la demanda y si el juez observare que no reúne los requisitos exigidos por el artículo 25 de este código, la devolverá al demandante para que subsane dentro del término de cinco (5) días las deficiencias que le señale.

La demanda podrá ser reformada por una sola vez, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término del traslado de la inicial o de la de reconvencción, si fuere el caso.

El auto que admita la reforma de la demanda, se notificará por estado y se correrá traslado por cinco (5) días para su contestación. Si se incluyen nuevos demandados, la notificación se hará a estos como se dispone para el auto admisorio de la demanda.

De la lectura del artículo se puede concluir: i. la devolución se da cuando el juez observa que el demandante no cumple con los requisitos señalados por el artículo 25 y la devuelve

al demandado para que en el término de cinco días subsane los errores; ii. si pasado el término de cinco días el demandante no la ha corregido, el artículo no hace ninguna referencia específica, pero debe entenderse que al igual que en materia civil, la demanda se rechaza, ya que la devolución opera como una suerte de inadmisión, dándole al demandante el término para corregirla; iii. la reforma de la demanda opera una sola vez y puede hacerse dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término del traslado de la inicial o, si fuere el caso, de la de reconvencción; (iv) el último inciso del artículo plantea la forma de notificación en caso de haberse admitido la reforma de la demanda.

Sin embargo, el artículo 65 del mismo código habla de la procedencia del recurso de apelación; así las cosas, menciona que “son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia: 1. El que rechace la demanda o su reforma y el que las dé por no contestada”. De lo anterior puede concluirse que la demanda sí puede ser susceptible de rechazo en los casos en que no cumpla con los requisitos de la demanda; por eso, procede el recurso de apelación contra el auto que rechaza la demanda.

El artículo anteriormente relacionado es poco claro y deficiente para otros fenómenos que puedan afectar la demanda en el proceso laboral. Sin embargo, pueden considerarse llenados algunos vacíos con la legislación civil, sin dejar de lado que el procedimiento laboral busca una especial protección al trabajador, que supone una debilidad mayor en la relación trabajador-empleador.

### Procedimiento administrativo

El nuevo procedimiento administrativo, que entró en vigencia en 2012 a través de la Ley 1434 de 2011 establece una única acción: la acción contencioso-administrativa y habla de la existencia de varias *pretensiones*, que son reunidas en el título III de la Segunda Parte del Código, llamado *Medios de control*. Así pues, este título contiene la nulidad por inconstitucionalidad (art. 135), el control inmediato de legalidad (art. 136), nulidad (art. 137), la nulidad y el restablecimiento del derecho (art. 138), la nulidad electoral (art. 139), la reparación directa (art. 140), las controversias contractuales (art. 141), la repetición (art. 142), la pérdida de investidura (art. 143), la protección de los derechos e intereses colectivos (art. 144),

la reparación de los perjuicios causados a un grupo (art. 145), el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos (art. 146), la nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción (art. 147) y el control por vía de excepción. Cada una de estas pretensiones tiene particularidades específicas.

Ahora bien, dada la cantidad de pretensiones y su complejidad, el artículo 161 del Código Contencioso Administrativo establece unos requisitos previos para demandar. Estos pasos previos constituyen una diferencia frente a las otras jurisdicciones. Lo anterior, debido a que una de las partes en el proceso es el Estado, entonces, el mismo establece mayor rigor en los procesos para evitar un largo y arduo litigio ante la jurisdicción. Así pues, el artículo indica:

La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. *Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.*

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.

2. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.*

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.

3. *Cuando se pretenda el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, se requiere la constitución en renuencia de la demandada en los términos del artículo 8° de la Ley 393 de 1997.*
4. *Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.*
5. *Cuando el Estado pretenda recuperar lo pagado por una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, se requiere que previamente haya realizado dicho pago.*

6. Cuando se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular aquellas contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275 de este Código, es requisito de procedibilidad *haber sido sometido por cualquier persona antes de la declaratoria de la elección a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente*. [Resaltado por fuera del texto]

El artículo relacionado establece una serie de requisitos previos para demandar, tanto si el demandante es el mismo Estado como si es un particular. Dichos requisitos deben cumplirse a efectos de evitar errores en el proceso. Por otra parte, uno de los casos más comunes de rechazo de la demanda es no haber agotado la vía de los recursos, o lo que anteriormente se llamaba la vía gubernativa, bajo el Decreto Ley 01 de 1984.

El incumplimiento de alguno de estos pasos previos o requisitos debería llevar al rechazo de la demanda, a pesar de no ser señalados por la ley porque son precisamente requisitos de procedibilidad, es decir, para poder iniciar el proceso, por lo tanto, el demandante debe agotarlos, dado el caso, para acudir a la jurisdicción.

Por su parte, el capítulo III del Título V regula la demanda y sus requisitos. Según el artículo 162, toda demanda debe dirigirse a quien sea competente y debe contener:

1. La designación de las partes y de sus representantes.
2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.
3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.
4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.
5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.
6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.
7. El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica.

Los anteriores son los requisitos de la demanda, sea cual sea la pretensión. Sin embargo, esta última debe identificarse

claramente y fundamentarse de forma debida. Adicionalmente, el artículo 163 regula lo referente a la individualización de las pretensiones y especifica la obligación de enunciarse de manera clara y separada en la demanda. Por su parte, el artículo 164 contiene la oportunidad para interponer la demanda, oportunidad que dependerá de la pretensión de la que se hable.

Al igual que en las otras legislaciones, la demanda en el procedimiento administrativo debe contener unos anexos (artículo 166). Todas estas particularidades de la demanda, los requisitos, la oportunidad, los tipos de pretensión y su correcta individualización, los anexos y demás, son muy importantes en la medida en que su incumplimiento o ausencia pueden afectarla de forma directa. Así las cosas, la demanda en el proceso administrativo puede ser: admitida, rechazada, inadmitida, reformada, retirada y desistida.

#### *Rechazo de la demanda*

El artículo 169 de la Ley 1437 de 2011 regula esta figura y establece tres casos en los cuales se rechazará la demanda y se ordenará devolver los anexos.

- a) Cuando ya haya operado la caducidad. Esta causal está directamente relacionada con el artículo 164 que regula la oportunidad para presentar las demandas, específicamente con el numeral 2.
- b) Cuando habiendo sido inadmitida la demanda, no se hubiere corregido dentro de la oportunidad legal. El plazo es de 10 días.
- c) Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial.

En este caso puntual, no ha habido pronunciamientos de la Corte Constitucional, ni del Consejo de Estado, razón por la cual el rechazo opera en las condiciones estipuladas anteriormente.

#### *Inadmisión de la demanda*

Igual que en las otras jurisdicciones, la demanda en el proceso administrativo será inadmitida cuando carezca de alguno de los requisitos estipulados anteriormente, dándole al demandante un término de 10 días para que subsane los errores, so pena de rechazar la demanda. Sin embargo, el auto que inadmite la demanda es susceptible de reposición. Sobre este asunto no hay mayor discusión, ya que no existe jurisprudencia al respecto.

## Procedimiento agrario

El Decreto Ley 2303 de 1989 es la norma que establece las reglas de interpretación y procedimiento que deben tener en cuenta los jueces agrarios para el desarrollo de su función. Por ejemplo, el inciso 1 del artículo 14 contiene dos componentes de interpretación interesantes. El primero es que el juez debe aplicar la ley sin nunca perder de vista los fines y principios del derecho agrario, resaltando que uno de ellos es la consecución de la justicia en el campo. El segundo le impone la obligación de brindar una especial protección a la parte más débil, no del litigio sino de las relaciones con la tierra: “Los jueces y magistrados aplicarán la Ley sustancia teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción es conseguir la plena realización de la justicia en el campo, en consonancia con los fines y principios generales del derecho agrario, especialmente el relativo a la protección de la parte más débil en las relaciones de tenencia de tierra y de producción agraria”.

En este mismo sentido, el numeral 1 del artículo 16 establece que perseguir los fines de esta jurisdicción especial implica hacer trámites expeditos, simples y concentrados, impidiendo así la obstaculización del proceso. Para lograrlo, el numeral 2 faculta al juez a no tener en cuenta “solicitudes, incidentes y pruebas improcedentes [...] y todo medio de carácter dilatorio”.

Adicionalmente, en materia procesal, el mismo artículo en su segundo inciso establece explícitamente la regla de que solo se acudirá a la legislación ordinaria cuando no sea contraria a los principios y fines de esta jurisdicción especial: “Los jueces y magistrados interpretarán y aplicarán las disposiciones procesales en armonía con los principios que inspiran y los fines que guían este decreto y, en cuanto no se opongan a ellos, con los que orientan el sistema procesal colombiano”.

Otra disposición interesante es el artículo 15, ya que establece la posibilidad de que el juez falle incluso en los casos en que la demanda sea defectuosa, y la posibilidad de que falle incluso por fuera o más allá de las pretensiones planteadas en un principio. Esta regla, en todo caso, plantea dos condiciones: i. que una de las partes del proceso esté cubierta por un amparo de pobreza y ii. que la decisión que tome esté relacionada con el objeto del litigio.

Otra disposición sobre las posibilidades procesales de los jueces es el artículo 18, que plantea la eventualidad de suspender el

proceso cuando haya controversia sobre su carácter agrario, caso en el cual se enviará a consulta al tribunal.

En el artículo 28 se establece el procedimiento para la corrección de la demanda, figura aplicada cuando esta no cumpla con los requisitos formales establecidos en la ley. Para tal efecto, el juez emite un auto donde identifica las falencias de la demanda, da un plazo de cinco días para su corrección y, de no ser corregida, procede a rechazarla.

Sin embargo, el decreto contempla diferentes tipos de procesos y sus reglas pueden variar. Por ejemplo, para el proceso *ordinario* el decreto en su artículo 45 establece una audiencia de conciliación y saneamiento. Esta tiene lugar después de contestada la demanda y en ella “se tomarán todas las medidas de saneamiento necesarias para evitar nulidad y sentencias inhibitorias, bajo las reglas establecidas por el Código de Procedimiento Civil.<sup>51</sup> Además, el artículo 54 remite a lo dispuesto en este mismo código para efectos de admitir la demanda, reiterando que también se deben tener en cuenta los artículos 27 y 28 del Decreto 2303.

Por otro lado, para el proceso *verbal*<sup>52</sup> también se observan las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y los artículos 27, 28 y 45 del Decreto 2303 de 1989. La diferencia está en que en la misma audiencia es posible llegar hasta la sentencia.

Para el proceso de *lanzamiento de arrendatarios, aparceros y similares*, la admisión se registrará por las reglas que hemos señalado en los párrafos anteriores y por el Código de Procedimiento Civil en lo que no sea atendido por estas disposiciones.

Finalmente, dentro del proceso de *preservación ambiental y de los recursos naturales renovables*, el artículo 128 del Decreto 2303 establece la obligación de decidir de fondo la demanda. Si bien en artículos anteriores habla sobre las notificaciones, una vez admitida la demanda, no establece explícitamente una etapa de admisión. Con esto se podría interpretar que este procedimiento se tramita sin que medie una etapa de admisión.

Ahora bien, el rechazo es otra figura utilizada en esta jurisdicción. Según el artículo 101 del decreto ley, esta será viable en el

---

51 Decreto Ley 2303 de 1989 [Presidencia de la República]. Por el cual se crea y organiza la jurisdicción agraria. 7 de octubre de 1989, artículo 57.

52 *Ibid*, título V.

*lanzamiento por ocupación de hecho* cuando la demanda no contenga los requisitos<sup>53</sup> exigidos para este procedimiento. En todo caso, el juez debe haber solicitado la corrección de las falencias y el rechazo opera una vez que estas no hayan sido corregidas.

### Bloque de constitucionalidad

Dentro del derecho interno también deben contemplarse las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Si bien estas normas por lo general no establecen procedimientos específicos (como sí es el caso de las anteriores), es posible encontrar disposiciones referentes a las pautas que deben ser tenidas en cuenta en el momento de construir y aplicar los procedimientos a través de los cuales se garantizará el derecho a la restitución. Tal es el caso de los Principios Pinheiro.

Por ejemplo, el Principio 11.1 establece que los procedimientos, instituciones y mecanismos que se establezcan deben ser compatibles con “las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario. Así, se reconoce que el procedimiento es un elemento importante y hace parte de la garantía de los derechos de las víctimas. Bajo este entendido, tanto los jueces como la Unidad deben interiorizar la consigna de que lo procesal está fuertemente ligado a lo sustancial y viceversa.

Adicionalmente, el Principio 12.1 establece que tales procedimientos, instituciones y mecanismos deben ser equitativos, oportunos, transparentes, independientes y no discriminatorios, y que de esta manera permitan “dar curso a las reclamaciones relativas a la restitución de viviendas, las tierras y el patrimonio”, esto es, la necesidad no solo de que el procedimiento garantice lo sustancial, sino que media un criterio adicional: que las actuaciones tiendan siempre a permitir el curso fluido de las reclamaciones.

Finalmente, los Principios 13.1 y 13.2 indican: i. Debe haber una decisión de fondo frente a las reclamaciones: “un órgano independiente e imparcial que debe pronunciarse acerca de la reclamación y notificar su resolución al reclamante”, ii. Se deben evitar los condicionamientos para la reclamación: “Los estados

53 *Ibid*, artículos 99 y 100.

## COMPARACIÓN DE JURISDICCIONES

Inadmisión			
Jurisdicción	Permite inadmitir	No permite inadmitir	Características
Tutela		X	No existe la inadmisión en estricto sentido, pues el mecanismo es informal para garantizar accesibilidad a cualquier persona. Eventualmente puede ser devuelta para su corrección, cuando los hechos que motivan la acción no sean lo suficientemente claros.  La acción debe ser resuelta para conceder o negar el amparo.
Civil	X		Procede cuando la demanda no cumple con los requisitos de ley y los demás establecidos en el artículo 90 del Código General del Proceso. Estos requisitos son de forma y de procedibilidad.  Cuando se inadmite hay tiempo para corregir y vencido el término para subsanar, el juez debe decidir si la admite o rechaza. Los recursos contra el auto que rechace la demanda comprenderán el que negó su admisión. La apelación se concederá en el efecto suspensivo y se resolverá de plano.
Laboral		X	La inadmisión no está establecida expresamente; se habla de devolución. Sin embargo, la devolución no ocurre por las mismas causales que en civil, sino cuando hay indebida acumulación.  Materialmente puede resultar siendo lo mismo, pues el juez devuelve la demanda para su corrección y da un término de cinco días.
Administrativa	X		Procede cuando incumpla los requisitos de forma. Difiere en el término, pues concede 10 días para la corrección y, además, el auto de inadmisión es susceptible de reposición.
Agraria		X	Tampoco existe la inadmisión en estricto sentido, sino que acude a la corrección como en laboral. El juez concede cinco días para que el demandante haga los ajustes.

no deben establecer condiciones previas para la presentación de la reclamación de restitución”, y iii. Los trámites deben ser justos, oportunos, accesibles y gratuitos.

En este sentido, es claro que los Principios tienden a que los procedimientos sean garantía real del derecho sustancial y sean expeditos y accesibles. Por esto, además de las herramientas del derecho ordinario, cuando los jueces o la Unidad se enfrenten a vacíos como los que hemos descrito, es ideal que también tengan

Rechazo			
Jurisdicción	Permite rechazo	No permite rechazo	Características
Tutela	X		Es permitido en un caso de temeridad o cuando habiendo solicitado alguna aclaración, el solicitante no lo haya hecho. Sin embargo, el juez debe haber desplegado sus facultades para solicitar pruebas que le aclaren el proceso. Procede el recurso de apelación contra el auto de rechazo.
Civil	X		Se permite cuando el juez no tenga competencia o el asunto no sea de su jurisdicción, cuando la acción haya caducado, cuando el juez haya solicitado correcciones y estas no se hayan hecho en el tiempo concedido. Frente al auto de rechazo proceden los recursos de reposición y apelación.
Laboral	X		No está directamente determinada la viabilidad del rechazo. Sin embargo, de algunos artículos del código se infiere que es posible rechazar una demanda laboral. Las causales son: que no cumpla los requisitos, que no sea corregida en el término establecido. Frente al auto de rechazo procede recurso de apelación.
Administrativo	X		Es viable en los casos en que la acción haya caducado, no se haya corregido en el término dado por el juez y cuando el asunto no sea susceptible de control judicial.
Agrario	X		Esta figura está establecida expresamente para un procedimiento en específico: el lanzamiento por ocupación de hecho. Sin embargo, el Decreto Ley específico de la jurisdicción agraria tiene bastantes remisiones al Código de Procedimiento Civil en lo que no esté regulado. Así las cosas, se puede entender que el rechazo es adoptado por esta jurisdicción. Al igual que en las otras jurisdicciones opera cuando se hayan solicitado correcciones al demandante y este no las haya hecho en el tiempo asignado.

en cuenta estos principios como criterio de interpretación, pero no como reglas.<sup>54</sup>

<sup>54</sup> La Corte Constitucional en Sentencia C-517 de 2012 estableció que los Principios Pinheiro hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-517 de 2012. M. P. Clara Inés Vargas Hernández; 9 de julio de 2012).

## La acción de restitución de tierras en el marco de la justicia transicional

La resolución de los complicados problemas interpretativos de las normas procesales que definen la acción de restitución debe tener en cuenta los objetivos del proceso de restitución y la naturaleza propia de la acción. En otras palabras, el marco interpretativo básico para el abordaje de posibles problemas de interpretación de las normas deberá estar anclado al propósito fundamental que la acción judicial, como parte de una estrategia más general de justicia, espera alcanzar con su aplicación. Con ello se pueden aclarar dudas interpretativas, especialmente a la hora de resolver situaciones sobre el rol institucional en el proceso, el rol de intervinientes, la naturaleza de las etapas de la acción, entre otras.

Ahora bien, concretizar unos propósitos muy amplios en la particularidad de las normas específicas y en los requerimientos procesales de las acciones no es una tarea fácil. Incluso partiendo de un mismo horizonte conceptual –la naturaleza de la acción–, distintas interpretaciones de una misma institución jurídica pueden dar lugar a controversia. Por ejemplo, como se mostró en la parte anterior, en la práctica, una posición interpretativa ha defendido la idea de que las inadmisiones son ajenas a la naturaleza de la acción de restitución, pues contrarían su carácter oficioso, expedito y no formalista. Otra posición, por el contrario, considera que para cumplir con el objetivo de justicia material de la acción es necesario que la solicitud o demanda sea suficientemente apta para un debate judicial que culmine en una determinación jurídica, lo cual debe ser asegurado desde la primera instancia de la etapa procesal.

En esta parte abordaremos cinco aspectos específicos de la acción de restitución que sirven como guías de interpretación para buscar salidas viables a este tipo de problemas. Esta exposición será general a la acción de restitución como un proceso de justicia que en el marco de un programa de transición pretende alcanzar la satisfacción de ciertos derechos a las víctimas de graves violaciones. Analizaremos entonces cinco características de la acción: su rol dentro de la política más exhaustiva de transición; la acción como una estrategia de justicia que incluye los instrumentos judiciales, pero va más allá de ellos; la relación entre esta idea de

justicia y la Constitución colombiana; la relación entre la acción judicial de restitución y el derecho común, y, finalmente, el rol de los operadores jurídicos en la acción de restitución.

### **Los objetivos globales del proceso de restitución y el rol de la acción judicial**

Como se menciona en la introducción de este documento, la acción de restitución de tierras no es un fin en sí mismo, sino que hace parte de un conjunto de herramientas que buscan cumplir con los objetivos generales de la justicia transicional. Vista así, la restitución debe cumplir con sus obligaciones como herramienta específica para atender el despojo y abandono de tierras por causa del conflicto armado, pero, al mismo tiempo, debe hacer aportes efectivos a la consecución de justicia en sentido amplio.

Sobre cómo articular los distintos mecanismos, procesos y objetivos asociados con la justicia transicional en una realidad concreta, en Colombia se ha acogido la doctrina actualmente dominante que parte de la idea del modelo holístico defendido por autores como De Greiff (2009) y Boraïne (2006). En este sentido, en sus textos, Pablo de Greiff ha planteado formas de implementación de una política de transición que, pese a sus limitaciones, cumpla una tarea de transformación social efectiva.

El modelo holístico parte de distinguir, como Boraïne, los cinco pilares fundamentales de la justicia transicional. En primer lugar, un enfoque retributivo, bajo el cual los responsables de las violaciones de los derechos humanos deben ser sancionados tanto como sea posible en atención a las limitaciones fácticas y políticas. El segundo se basa en la recuperación de la verdad a través de la documentación y el análisis de las estructuras y métodos utilizados por los perpetradores de las violaciones, teniendo en cuenta el contexto social, político y económico en el cual ocurrieron. El tercer pilar es la reconciliación que, en el caso de la transición de un conflicto armado a la paz, involucra principalmente la reintegración de los excombatientes a la vida civil. No se trata de olvidar y esconder, tampoco de perdonar, sino más bien de reconocer y admitir la existencia del otro como constitutiva de la comunidad política. El cuarto pilar es la reforma institucional que extiende los mecanismos de rendición de cuentas de los individuos a las instituciones. Estos mecanismos deben conducir a la

reestructuración de estas, pues de otro modo no resulta posible reconstituir las sociedades sobre una base creíble de respeto a los derechos. Finalmente, el quinto pilar se basa en la idea de las reparaciones, las cuales constituyen “la manifestación más tangible de los esfuerzos del Estado para remediar los daños que (las víctimas) han sufrido”.

En segundo término, el modelo holístico reconoce que la implementación de cada uno de estos pilares es compleja y que difícilmente se conseguirá satisfacción plena en su consecución. Por eso, cada uno en sí mismo tiene enormes debilidades. No obstante, la debilidad intrínseca de cada una de las medidas se puede compensar con su implementación conjunta. La experiencia internacional muestra que la implementación aislada de las medidas y los mecanismos de la justicia transicional lleva a una menor probabilidad de que estos sean socialmente interpretados como ejemplos de justicia. Por ejemplo: medidas de reparación que no van acompañadas de intentos de esclarecimiento de la verdad suelen ser interpretadas por las víctimas como un intento por comprar su silencio. Por el contrario, la implementación interrelacionada aumenta la posibilidad de que las medidas se potencien: así como las reparaciones necesitan el esclarecimiento de la verdad para que los beneficios de los programas puedan ser concebidos por las víctimas como medidas de justicia, igualmente la búsqueda de la verdad necesita “más que palabras” para que produzca un efecto reconfortante en las víctimas. Algo similar ocurre en la relación entre enjuiciamiento penal, la búsqueda de la verdad y las reparaciones.

Las medidas de justicia transicional no han sido agrupadas entonces simplemente al azar, sino que se distinguen como tales porque de hecho comparten objetivos comunes. Dichos objetivos pueden verse en tres niveles. El primer nivel es el objetivo inmediato, es decir que la medida cumpla, así sea modestamente, con el fin más evidente para el que ha sido propuesta (por ejemplo, que las investigaciones y enjuiciamientos sirvan para garantizar justicia retributiva de manera concreta, que las comisiones de la verdad logren el esclarecimiento de casos y patrones, que las reparaciones produzcan una mejoría en el proyecto de vida de las víctimas que se ha truncado por la violencia, etc.). El segundo nivel es intermedio y es allí donde se empieza a notar más

claramente la interrelación de objetivos. Los mecanismos de la justicia transicional tienen en común la búsqueda de tres cosas: proporcionar reconocimiento a las víctimas, generar apego a la ley o reafirmar las normas, y promover la confianza cívica. Finalmente, a lo que una sociedad quiere llegar con la implementación de una política global de transición, no es a otra cosa que a la reconciliación y la democratización. Estos son los objetivos finales y constituyen el tercer nivel.

Dentro de este esquema se ha planteado en el país un programa de retorno de población desplazada y restitución de propiedades despojadas durante el conflicto. Como ha sido planeado, y se ha vivido en la experiencia de ejecución de estos años, la acción de restitución es uno de los componentes de esta política, pero no tiene ni la entidad ni las herramientas para acometer todas las acciones requeridas para concretar esta política. Por ejemplo, un proceso administrativo de formalización de propiedad, que hace parte de la estrategia integral de la política, no necesariamente está dentro del mandato de la acción de restitución, aunque es un complemento ideal para no sobrecargarla.

Así las cosas, la acción de restitución puede ser mejor entendida si se concibe como un instrumento dentro de una estrategia de justicia con objetivos más amplios. Como fue señalado en la introducción, esta aproximación es respaldada por la doctrina internacional, que, con base en la experiencia de contextos de restitución masiva, ha señalado algunas características que deberían cumplir estos programas de restitución para realmente contribuir con objetivos de justicia más amplios.

En primer lugar, para ser considerada como un componente de los programas transicionales, la acción de restitución debe ser concebida de tal manera que apoye esfuerzos paralelos dirigidos a suministrar un resarcimiento más amplio e impedir futuros conflictos. Rodhi Williams sostiene que, en los contextos transicionales contemporáneos, las reparaciones y la restitución deben ser comprendidas como funcionalmente separadas, pero también como respuestas complementarias a las violaciones de derechos humanos, cada una de las cuales debe hacerse disponible en proporción a necesidades manifiestas.

En segundo lugar, los procesos de restitución deben ser diseñados de manera tal que complementen esfuerzos más amplios

relacionados con el desarrollo, para poner fin o evitar conflictos relativos a la tierra y a la propiedad. Dentro de este contexto, habitualmente, la mejor manera de ver la restitución es como una medida provisional que aplica criterios jurídicos para resarcir daños específicos y que sólo debe ser coordinada no subsumida en esfuerzos de reforma a largo plazo basados en consideraciones abiertamente políticas.<sup>55</sup>

En tercer lugar, de acuerdo con Williams, para que los programas de restitución tengan éxito en sus propios términos y eviten suscitar falsas expectativas, sus objetivos deben ser claramente concebidos y mutuamente complementarios. En esencia, la restitución debe ser concebida como un recurso legal disponible en igualdad de condiciones para todas las víctimas de despojo ilícito (Rodri, 2008; Leckie, 2009).

Con base en estas lecciones y en las particularidades propias que debe enfrentar el proceso transicional colombiano, en el país se ha defendido que para contribuir efectivamente con los objetivos de una justicia de transición, una política de restitución de tierras debería ser vista no solo en clave de justicia correctiva, sino además como un mecanismo que tienda puentes con instrumentos de justicia distributiva para contrarrestar la inequidad en la propiedad de la tierra y, al mismo tiempo, como una política que permita un proceso de reasentamiento, reconstrucción de lazos sociales y de explotación productiva de los predios restituidos, con políticas fuertes de apoyo posrestitución y una modificación del modelo de desarrollo rural actual (Uprimny y Sánchez, 2010, p. 21).

Para que la restitución de tierras contribuya a este propósito trivalente de justicia, debe ser entendida más allá de la resolución formal de las peticiones de restitución. Si bien la formalización de la tierra es una tarea importante, no constituye la etapa final del camino, sino, más bien, el inicio de un intrincado y complejo proceso de reconstrucción comunitaria.

Ahora bien, como todo proceso de adjudicación de casos (bien sea administrativo, judicial o mixto), la acción de restitución responde a unos parámetros procesales definidos con anterioridad,

---

55 Agregaríamos aquí que tampoco la acción de restitución debe buscar subsumir las políticas de distribución de la tierra que deben realizarse mediante otras herramientas.

y que garantizan una correcta aplicación de los estándares normativos que deben guiar la acción del Estado. La acción de restitución en el proceso colombiano posee una serie de fuentes normativas que responden a estas necesidades. Dichas fuentes incluyen las normas y los principios constitucionales (aquellos efectivamente establecidos por el constituyente colombiano y los derivados del bloque de constitucionalidad), las normas legales especiales (como la Ley 1448 y los decretos leyes étnicos), las remisiones específicas a normas de derecho común (como al derecho civil, agrario, ambiental), las remisiones a conceptos abiertos establecidos por la doctrina del derecho común u ordinario, y los reglamentos operativos a partir de decretos y resoluciones.

La acción de restitución es por ello de una naturaleza específica que no puede ser catalogada como una norma completamente excepcional en el marco jurídico (es decir que no debe integrarse a los principios propios y globales del sistema), pero tampoco puede encasillarse dentro de las acciones comunes u ordinarias conocidas en el país. A efectos de entender su papel, habrá que recurrir a semejanzas con algunas acciones específicas, pero sin que esto lleve a plantear que la acción es simplemente la variación especial de un proceso existente (algo en lo que podría caerse si se considera que la acción de restitución es un proceso ordinario civil abreviado o una acción constitucional de tierras). De varios procesos y acciones se pueden generar vías alternas para ir construyendo en la práctica la naturaleza de la acción, siempre y cuando estas remisiones sigan los principios y objetivos de la acción, y no contravengan las normas específicas de la legislación especial.

Es decir, las reglas procesales y probatorias específicas que contiene la Ley 1448 de 2011, y en algunos casos las reglas de otras legislaciones que por excepción sean aplicables, deberán ser interpretadas de acuerdo con la naturaleza del proceso y sus fines específicos. La utilidad de los principios no sólo radica en la ayuda interpretativa que ofrecen, sino también en su función de llenar vacíos legales para restablecer el equilibrio jurídico. De esta forma se evita, entre otras cosas, que los jueces deban abstenerse de fallar los casos concretos a falta de ley expresa o ante la ambigüedad o la insuficiencia legal. Esto es importante para la aplicación de la Ley 1448, en la medida en que dada su novedad

y carácter sui géneris en la legislación colombiana, puede darse el caso que frente a una posible laguna identificada por un funcionario o funcionaria judicial, se busque complementar la normatividad especial con normatividad ordinaria que termine anulando el espíritu de la ley transicional. Un uso adecuado de los principios debe llevar a minimizar este riesgo.

No obstante, el hecho de reconocer que los principios y mecanismos del derecho común tienen potencialidades para facilitar los derechos de las víctimas, no puede hacer olvidar que en tiempos de transición estos sistemas enfrentarán los desafíos y las limitaciones de cualquier sistema judicial: falta de capacidad para atender la masividad de la problemática, contextos socio-culturales de desapego de las normas, problemas de corrupción derivados del conflicto o la represión, entre otros.

Es tarea de los operadores del sistema ir definiendo, a partir de la práctica judicial, el contenido y alcance de la acción de restitución frente a las necesidades específicas del proceso. Para ello deberán tener en cuenta esta naturaleza específica de la acción de restitución y los objetivos que busca alcanzar como una medida dentro de un conjunto de medidas de política frente a la violación masiva de derechos. En ese sentido, una característica central de la acción de restitución de tierras es que no solo busca dirimir conflictos sobre la titularidad de los predios, sino que, mediante esta aclaración de derechos, contribuye a la promoción de los derechos de las víctimas, como un requisito para alcanzar la paz y la reconciliación. Debe tenerse en cuenta, en este escenario, que la contribución a la reafirmación de estos derechos debe ser un horizonte de acción, pero no se puede esperar que la acción de restitución por sí sola logre la reafirmación total de los derechos en cuestión. Precisamente por esta razón, la acción de restitución debe pensarse como un elemento dentro de un sistema integrado y complementario.

### **La acción judicial transicional hace parte de una estrategia de justicia**

Dentro del marco de su vocación transicional, la restitución de tierras debe ser entendida como una estrategia de justicia y no como un simple procedimiento administrativo o judicial. Una política de Estado en materia de justicia requiere una orientación específica y planificada que aborde los problemas identificados

e implemente los mecanismos más efectivos y adecuados para resolver de manera integral el problema de política y sus consecuencias. La restitución de tierras debe ser considerada entonces como una política de Estado y no como la solución judicial de unos conflictos aislados.

La experiencia comparada ha demostrado que en la medida en que un modelo de transición requiere la implementación de mecanismos diversos e interrelacionados, operados por distintas ramas del poder público y en momentos distintos, la planeación global para asegurar coherencia, consistencia y oportunidad es fundamental. En este sentido, como lo anota el Secretario General de las Naciones Unidas, esta planeación estratégica debe tener en cuenta, desde el primer momento, “la necesidad de establecer fases sucesivas y de obtener apoyo internacional en estos ámbitos con posterioridad a la misión, incluida la asistencia para el desarrollo a largo plazo”.<sup>56</sup> Igualmente, como parte de la planeación debe establecerse quiénes son los responsables del diseño, la implementación y el seguimiento de cada uno de los mecanismos, lo cual debe incluir un sistema transparente de rendición de cuentas.

Un modelo de justicia transicional civil, como parte de una estrategia de justicia más amplia, requiere entonces la definición de una metodología de ejecución que se adapte a los objetivos de política trazados. Ello quiere decir que quienes se encargan de todas las fases de diseño, planeación, implementación, decisión y seguimiento tienen un papel sincrónico y complementario. En esa medida, para que en la práctica pueda funcionar un modelo de justicia de esta magnitud, es necesario que, tanto en el nivel macro como en el micro, las autoridades involucradas actúen de una manera determinada. Si bien algunas de las funciones no serán extrañas a las desarrolladas por la administración o la judicatura en tiempos ordinarios, en otros casos, las necesidades excepcionales del modelo harán que las funciones o la manera en que estas se desarrollen varíen sustancialmente en algunos casos. La estrategia de justicia debe enfrentar el desafío de la masividad de los casos. Sin una estrategia de investigación colectiva que

---

56 U.N. Consejo de Seguridad. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616 (2004), párr. 22.

permita el adelantamiento encadenado o grupal de los casos, será imposible satisfacer una demanda de justicia de esta magnitud. Hay, además, varias razones que evidencian las ventajas de una estrategia de este tipo.

- a) Economía judicial: Es mucho más eficiente agrupar los casos para los fines de la investigación y el juicio que ocuparse de cada uno de ellos por separado.
- b) Eficiencia: Un enfoque fragmentario llevará inevitablemente a una enorme duplicación de esfuerzos de los investigadores y los juzgadores en varios aspectos de la investigación multidisciplinaria.
- c) Seguridad: Una larga serie de juicios individualizados que se ocupan de temas de ámbito muy limitado aísla a los testigos, abogados y jueces. Cuanto más largo es el proceso, más costoso resulta mantener los niveles de protección necesarios de todos los afectados.
- d) Potencial de impacto: Los juicios excesivamente largos sobre incidentes muy restringidos pasan por alto la importante oportunidad de presentar los casos de modo que describan al público el verdadero carácter de los acontecimientos tal y como sucedieron.

Adicionalmente, la acumulación de casos y la investigación de despojo masivo pueden beneficiarse de la lógica de investigación y preparación de casos de la metodología de investigación y juzgamiento de crímenes de sistema. Es por ello que la legislación de restitución estableció la acción de restitución como una acción atípica, concentrada en un proceso mixto con dos fases. Es decir, no es una etapa administrativa desligada de la judicial, sino dos partes de un mismo proceso. Una revisión del proceso de discusión de la norma deja claro que esta fue la intención del legislador a la hora de seleccionar el sistema.

Después de intensos debates sobre cuál podía ser el tipo de institucionalidad más adecuada para ejecutar la política de restitución de tierras,<sup>57</sup> el legislador optó por un mecanismo que

---

57 Uno de los dilemas que caracterizó el debate sobre la restitución de tierras fue el de si esta se debía realizar a través de un procedimiento judicial o administrativo. Mientras que algunas instituciones

combinara la actuación de una entidad administrativa –la Unidad Administrativa Especial para la Gestión de la Restitución– para identificar y documentar los casos de abandono forzado y despojo en el marco del conflicto armado, seguida de un procedimiento judicial abreviado para resolver las controversias, caracterizado por la inclusión de elementos procesales novedosos contemplados en la Ley 1448 de 2011.

Este procedimiento mixto permite combinar las ventajas de una gerencia de la política de restitución efectuada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRT) –y que se traduce en aspectos como la gradualidad en el trámite de casos, las posibilidades de priorización, el establecimiento de filtros para la selección de las reclamaciones conducentes o la recopilación de un acervo importante de información para cada proceso antes de ser conocido en sede judicial– con las garantías que implica el hecho de que la restitución, en cuanto se trata de un asunto de asignación de derechos de propiedad sobre la tierra, en últimas, quede en manos de los jueces y magistrados, –tales como la independencia frente a presiones del Ejecutivo, la controversia en la disputa por los derechos en cuestión, el aseguramiento de derechos procesales y recursos efectivos, entre otras garantías–.

Este enfoque responde a las necesidades de asumir la restitución como un proyecto político de Estado con objetivos amplios (más allá de responder a las demandas individuales de verdad, justicia y reparación) dentro del cual se contemplan mecanismos institucionales que enfrenten el carácter masivo de las vulneraciones, sin renunciar, en todo caso, a la resolución de casos individuales de restitución por la vía judicial. En este escenario, al

---

manifestaban que el procedimiento debía ser de carácter judicial, bajo el entendido de que se adjudicarían derechos de propiedad, otras sostenían que, para garantizar su eficacia, el sistema debía tener naturaleza administrativa. Otros analistas, por su parte, proponían un mecanismo administrativo de resolución de las reclamaciones, con un cierto control judicial. En su concepto, la restitución exigía un procedimiento sensible a las víctimas, pero que a su vez tuviera una orientación uniforme, congruente y ejecutiva, lo cual escapa a la complejidad y lógica propia de los procesos judiciales. Según estos analistas, de dejarse la responsabilidad únicamente al sistema judicial, el esclarecimiento de los hechos asociados al abandono forzado y al despojo y la restitución podría ocurrir con la misma lentitud que lo sucedido con los procesos de la Ley 975 de 2005 (Sánchez y Uprimny, 2010).

ser una instancia de conocimiento de las solicitudes previamente filtradas y organizadas por una entidad administrativa, que además se encarga de documentar de forma suficiente –y con criterios especializados– los casos que posteriormente deben abordar los jueces y magistrados, el proceso judicial no corre el riesgo de extenderse por un período de tiempo largo y, por el contrario, puede constituirse en un mecanismo a través del cual se resuelvan las demandas de restitución con eficiencia y celeridad, y, además, donde la decisión del juez tenga la vocación de contribuir a la transformación de las consecuencias negativas que produjo el abandono forzado y el despojo en la ruralidad colombiana.

En otros términos, el carácter mixto de este procedimiento fue una apuesta del legislador por diseñar un mecanismo institucional para la restitución que fuera sensible a las exigencias del marco de justicia transicional donde se inscribe. La naturaleza de la ruta de restitución constituye un arreglo institucional adecuado para responder a los objetivos de la justicia transicional, al menos por las siguientes razones.

Primero, porque la Ley 1448 de 2011 establece que la inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, administrado por la UAEGRT, es un requisito de procedibilidad para iniciar la acción judicial de restitución (art. 76). Con esto se controla la forma en que las víctimas van acudiendo a los tribunales –excluyendo del registro los casos que no deban resolverse en el marco de esta ley y estableciendo una gradualidad regional en la apertura del registro– para evitar una sobrecarga del sistema judicial o que los funcionarios judiciales tengan que asumir, de forma simultánea, el conocimiento de casos muy heterogéneos, con la consecuente dilación de los procesos que esto puede implicar. El análisis previo por parte de la UAEGRT, donde se verifica que los casos cumplan los requisitos necesarios para que puedan ser resueltos a través del procedimiento especial que crea la ley, facilita además que la labor de los jueces y magistrados se concentre en la resolución del conflicto sustantivo entre las partes y no se desvíe a asuntos de competencia.

En conexión con lo anterior, el hecho de que exista una etapa de análisis y documentación de los casos realizada por la UAEGRT antes de que estos pasen al sistema judicial, implica que los jueces y magistrados disponen de un expediente lo más completo

posible desde el inicio del proceso. Este hecho facilita enormemente la labor de los funcionarios judiciales en materia probatoria, pues las pruebas que recaude la UAEGRT se presumirán fidedignas y, además, tan pronto el juez o magistrado llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo sin necesidad de decretar o practicar las pruebas solicitadas dentro del proceso (art. 89). La ley le asignó al trabajo de documentación prejudicial una importancia trascendental, al punto que en los casos donde la UAEGRT haya iniciado la acción de restitución y no se presenten opositores, los jueces o magistrados dictarán sentencia con el acervo probatorio presentado en la solicitud (art. 88).

En tercer lugar, algunos aspectos de la documentación de casos requieren conocimientos especializados y una labor coordinada de intercambio de información entre instituciones, razón por la cual el hecho de que esta tarea recaiga principalmente en una entidad administrativa y no en los funcionarios judiciales, contribuye enormemente a la celeridad del proceso. Por ejemplo, la identificación geográfica y jurídica del predio objeto de restitución puede requerir la conciliación de información institucional de distintas fuentes o, en los casos donde la información es más precaria –los cuales no serán excepcionales–, puede exigir incluso la realización de visitas al terreno, ejercicios de cartografía social o la realización de otro tipo de estrategias guiadas por expertos en la materia, para las cuales los funcionarios judiciales no disponen de los recursos humanos, técnicos ni administrativos para ejecutarlas.

De que la documentación de los casos recaiga en la UAEGRT se desprende un cuarto elemento fundamental de las características de la ruta de restitución: la complementariedad que permite establecer entre los esfuerzos en materia de restitución y otros ámbitos de la política de tierras. En efecto, en la medida en que la UAEGRT es una entidad administrativa que hace parte de un entramado más complejo de entidades con competencias en el tema de tierras, la documentación de los casos debe incorporar consideraciones para que la restitución contribuya a la consolidación de la justicia y la democracia en el sector rural, a la recuperación de la función social y ambiental de la propiedad, a un mejor ordenamiento territorial y a un desarrollo rural próspero. La

documentación de casos sirve inicialmente como un insumo para que el juez tome decisiones básicas sobre a quién debe restituir el predio en disputa y quiénes deben recibir compensaciones; no obstante, incorporar en ella este tipo de información, así como una contextualización general sobre el alcance del daño territorial y social causado por la desposesión masiva, y utilizarla en la intervención que la UAEGRT realice en el proceso judicial en representación de las víctimas, puede conducir a que el juez tome su decisión reparando en estos objetivos complementarios a la restitución.

Un ejemplo puede servir para ilustrar este punto. Si la restitución se concibe simplemente como el restablecimiento del estado de cosas anterior a los hechos victimizantes que causaron el abandono forzado y el despojo, es muy probable que a las víctimas –y a su núcleo familiar– no se les logre garantizar la reconstrucción de un proyecto de vida digno y estable, ni tampoco la no repetición de lo sucedido por cuanto anteriormente ya se veían expuestas a la discriminación y la marginación social. Pero, además, de reconstruirse el estado de tenencia de la tierra que prevalecía antes de la irrupción de la violencia en los territorios, se terminaría validando una situación en la cual se cumplía muy débilmente la función ecológica y social de la propiedad, y en la que predominaba un uso de las tierras en contravía con su vocación productiva, fruto de procesos de colonización desordenados. Por tal razón, la restitución debe entenderse, además de un instrumento indispensable para cumplirles a las víctimas con el restablecimiento de sus derechos conculcados, como una oportunidad para corregir los problemas de la estructura agraria y de ordenamiento territorial en el país. Lo anterior solo puede lograrse en la medida en que los funcionarios administrativos y judiciales comprendan lo que está en juego en el proceso de restitución, y, a su vez, esto solo será posible en cuanto en el proceso de documentación de los casos se incorporen consideraciones sensibles a estos objetivos. De esta manera, los jueces tendrán insumos para restituir las tierras a sus legítimos dueños, bajo la comprensión de que este es sólo un paso más de una estrategia de intervención más amplia, en la que participan múltiples instituciones y cuyo fin último es la reconstrucción de un territorio ordenado, donde impere la democracia, la justicia y la paz, y la propiedad de la tierra satisfaga verdaderamente las funciones que la Constitución le ha señalado.

El componente judicial de la ruta de restitución responde a los objetivos de un escenario transicional, en la medida en que el sistema de justicia es la instancia apropiada para solucionar las disputas por la tenencia de la tierra que el conflicto armado ha generado. Las heridas del pasado deben sanarse a través de un proceso que garantice la participación equilibrada de las partes en conflicto y que sea capaz de sentar las bases de un nuevo comienzo. Un juicio civil de carácter transicional posibilita una controversia entre las partes, que se resuelve de forma expedita y garantizando el equilibrio en el proceso. El juez tiene la posibilidad, además, de impulsar la construcción de soluciones amistosas, dialogando con las partes y sometiendo a examen sus peticiones. El proceso judicial, por lo tanto, tiene grandes potencialidades para ofrecer soluciones que pongan punto final a los conflictos y conduzcan a la reconciliación.

No obstante, uno de los problemas de los mecanismos judiciales de restitución es que las víctimas enfrentan barreras estructurales para acceder a la justicia. Este hecho determina que en realidad exista una desventaja en perjuicio de las víctimas en el proceso, por cuanto estas no disponen de recursos para contratar abogados que diseñen una estrategia de defensa eficaz. De hecho, las únicas víctimas que logran corregir este desequilibrio son las que disponen de suficientes recursos. La Ley 1448 de 2011, consciente de esta desigualdad, incorpora elementos que permiten el balance de fuerzas en el proceso. Entre estos elementos se destacan el hecho de que la víctima puede elegir ser representada por la UAEGRT en el proceso judicial sin ningún costo y el establecimiento de presunciones en su favor, que le trasladan la carga de probar la legitimidad de la tenencia de la tierra al opositor. Pero que este balance se logre está condicionado, en gran medida, a la actuación de los funcionarios judiciales y administrativos.

Para que en la práctica este diseño funcione, es necesario que las autoridades encargadas de compartir roles en este proceso entiendan su función como complementaria. Deben obrar de manera independiente, pero coordinada. Esto no significa que dentro del debate procesal no tengan funciones mutuas de control, pero sí que no deben adoptar un rol adversarial *per se*. Esto se traslada, por ejemplo, a aspectos como el control judicial de los actos de la Unidad Administrativa, en la valoración de las pruebas, en la

comprensión de los requisitos de las solicitudes, en la naturaleza de la Unidad en la fase judicial, entre otras.

En primer lugar, si se toma la estrategia de justicia y la acción de restitución como un proceso escalonado en donde las competencias se dividen (y no como un proceso ordinario en donde dos litigantes se disputan una controversia), se debe dar un peso importante de ponderación a la legitimidad y probidad de las actuaciones de la Unidad Administrativa. La naturaleza de la acción parte de la base de un estado de cosas en las cuales tanto administración como judicatura despliegan actividades para el esclarecimiento del despojo y para la adjudicación de derechos de las víctimas. En este proceso, y con base en sus hallazgos, la labor de la Unidad Administrativa consiste en presentar solicitudes en favor de quienes considera víctimas. Pero esto no hace que la Unidad tenga un interés específico de parte, como lo tendría un litigante privado en una causa judicial ordinaria.

En segundo lugar, las actuaciones de la Unidad, como las de cualquier órgano administrativo, están cubiertas por una presunción de legalidad propia de los actos administrativos. Si bien ninguna autoridad pública debe escapar de control, y la función judicial de control es fundamental para buscar un rol más eficiente, armónico y que evite dilaciones y arbitrariedades, es un desgaste innecesario que la labor judicial parta de una presunción contraria al propio principio administrativo de la presunción de legalidad. Dada la magnitud de la labor de la restitución, pensar una administración del sistema con un control judicial detallado de la fundamentación de cada uno de los actos administrativos que se requieren para llevar a cabo el registro, parecería ser el camino más expedito para condenar la restitución al fracaso.

### **La acción judicial transicional como un elemento constitucional**

Una pregunta válida dentro de esta disertación es si existen o no fundamentos jurídicos que apoyen esta construcción teórica. La justicia transicional y la teoría que se ha construido a partir de este concepto han carecido, en su mayor parte, de textos jurídicos en donde se haya proclamado, por así decirlo, su estatus jurídico. Y esta parecía ser la situación en Colombia hasta hace poco. Sin embargo, tanto por reformas constitucionales como por el

desarrollo jurisprudencial, hoy en día la labor de implementación de los principios de la justicia transicional no solo son claramente permitidos por la Constitución colombiana, sino que se han convertido en verdaderos mandatos para los operadores jurídicos y las instituciones colombianas.

Si bien la Carta constitucional originalmente adoptada en 1991 no se refería expresamente al concepto de justicia transicional o justicia de transición, la jurisprudencia constitucional lo sustentó en disposiciones normativas específicas de la carta política y ahondó en su tratamiento en cuestiones tales como su definición, su aplicabilidad en situaciones concretas, y en el rol de las autoridades judiciales, legislativas y administrativas en tanto la resolución de sus tensiones inherentes.

Inicialmente, la Corte Constitucional abordó el concepto de la justicia transicional y sus implicaciones en cuatro decisiones: la Sentencia C-370 de 2006, la Sentencia C-1199 de 2008 (ambas relacionadas con demandas de inconstitucionalidad de la Ley 975, o Ley de Justicia y Paz), la Sentencia C-771 de 2011 (relacionada con una demanda de inconstitucionalidad de la Ley 1424 de 2010, conocida como la Ley sobre Acuerdos sobre Verdad Histórica) y la Sentencia C-052 de 2012, que controló la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 1448 de 2011, conocida como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. En estas decisiones, la Corte Constitucional adhirió a la definición dominante en el contexto internacional en materia de justicia transicional. Así, para este tribunal, la justicia de transición se “trata de un sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social”.<sup>58</sup>

Estas características fueron reafirmadas recientemente por la reforma constitucional introducida mediante el Acto Legislativo

---

58 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006. MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández; 18 de mayo de 2006.

01 de 2012, conocido como el marco legal para la paz. Esta reforma es trascendental en este punto pues de manera expresa incluye dos cuestiones en el texto constitucional: por un lado, los *derechos de las víctimas como derechos constitucionales*; como se anotó, hasta entonces el sustento de estos derechos era jurisprudencial, fundamentalmente a partir del derecho a la justicia y de los instrumentos del bloque de constitucionalidad. Por otro lado, la reforma dio sustento expreso a la *implementación de mecanismos de justicia transicional*. La sentencia de la Corte reafirmó ambas consideraciones al declarar los derechos de las víctimas como uno de los pilares de la Constitución y al reafirmar el concepto de justicia transicional bajo la idea de un modelo holístico en donde el juez constitucional debe encontrar un balance entre los intereses y valores enfrentados.

A su vez, el contenido de esta reforma fue refrendado por la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. A partir de esta reforma y la mencionada sentencia, en la actualidad, la noción de “justicia transicional” en Colombia es usada para designar la concepción filosófica o valorativa de lo que se entendería como justo en una sociedad y en un momento determinado y para referirse a las instituciones a partir de las cuales tales valores u objetivos van a ser alcanzados.<sup>59</sup> Esta noción se estructura sobre la base de cuatro elementos básicos: 1) las medidas de transición o pacificación deben respetar un mínimo de justicia, 2) definido por el derecho internacional, especialmente por los derechos de las víctimas, 3) que se trata de la aplicación de justicia en situaciones estructuralmente complejas con particularidades específicas y por ello se admite la *flexibilidad de estos estándares*, y 4) que para su aplicación debe existir de manera cierta una situación cercana a la transición política.

---

59 Esta idea de justicia transicional como una integración de procesos, mecanismos y fines es enfatizada por la Corte en la Sentencia C-579 de 2013, cuando refiere: “La justicia transicional está constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos para resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de lograr que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 28 de agosto de 2012, punto 6.1.1).

Al aceptar la definición dominante del concepto de justicia transicional, la Corte ha reconocido que uno de sus elementos centrales es la tensión inherente de ciertos valores. Fundamentalmente, la tensión entre “el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia”, y la protección de “los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación”.<sup>60</sup>

Para ello, la Sentencia C-579 recurre a la idea del balance de dos concepciones distintas de paz: la “paz negativa”, la cual se consigue a partir de ponerles fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia, y la “paz positiva”, que se alcanza mediante “reformas estructurales y políticas incluyentes”.

La Sentencia C-579 de 2013 precisa cuatro objetivos de la justicia transicional: 1) el reconocimiento de las víctimas, 2) el restablecimiento de la confianza pública mediante la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron, 3) la reconciliación y 4) el fortalecimiento de la democracia. Si bien estos cuatro elementos encajan en la idea general de los objetivos del proceso transicional colombiano, resulta pertinente hacer algunas aclaraciones al respecto.

Finalmente, la Sentencia C-579 reitera que la tensión entre objetivos de la justicia transicional debe ser resuelta con base en ciertos principios. El primer principio resaltado por la Corte es el de la *flexibilidad* en la aplicación de ciertos estándares de implementación de justicia.<sup>61</sup> El segundo principio, derivado del

---

60 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006. MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández; 18 de mayo de 2006.

61 En palabras de la Corte, “la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006. MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández; 18 de mayo de 2006).

anterior, es el *reconocimiento* de una amplia configuración por parte del legislador en el diseño de mecanismos de transición. Sin embargo, esta amplia competencia del legislador no significa que este carezca de límites constitucionales. De esta limitación emana el tercer principio desarrollado por la Corte. La transición y la búsqueda de la paz no autoriza cualquier tipo de solución política o jurídica, y, por ende, la *resolución* de las tensiones entre principios tiene unos límites básicos. El cuarto principio se refiere al *rol de las autoridades judiciales* en la implementación de los mecanismos de transición. Allí, la Corte ha opinado que cuando se presenten las tensiones inherentes a los principios que pretenden los procesos de transición se debe “aplicar el método de la *ponderación*, es decir, a sopesar los derechos constitucionales que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer”. Esto involucra conocer los límites que establece el derecho internacional de los derechos humanos, como fuente importante de la normativa de la justicia transicional, pues a partir de ellos, según la Corte, “[c]ompete al juez constitucional identificar tales límites y hacerlos respetar, sin sacrificar ninguno de los elementos constitucionales en tensión y sin sustituir al legislador en el ejercicio de las competencias que le son propias”.<sup>62</sup>

Con base en esta línea jurisprudencial reiterada es posible resaltar tres elementos que ayudan a enfrentar los cuestionamientos prácticos respecto de las posibles dicotomías entre formalidad procesal y la garantía de derechos fundamentales. Estos elementos son: centralidad de los derechos de las víctimas no solo como fundamentales, sino además como uno de los pilares de la Constitución, el principio de flexibilidad y el deber de ponderación del operador jurídico.

El modelo de transición, como lo entiende la Corte Constitucional, debe tener opciones que, dentro del difícil contexto que vive el país, hagan avanzar los procesos de reconocimiento de derechos de las víctimas. Esto incluye, de manera concreta, mecanismos judiciales que más allá de la formalidad atiendan a la

---

62 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 2006. MM. PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández; 18 de mayo de 2006.

realidad de las víctimas y que se esfuercen por garantizarles justicia. Así, si bien el reconocimiento de un deber de flexibilidad no significa un llamado a la falta de sustentación jurídica, o a la impartición de justicia separada de los preceptos normativos, sí tiene como uno de sus principios fundamentales que las formalidades procesales dentro de los procesos transicionales deben ser mínimas.

Este debate se ha presentado, de hecho, en materia de la acción de restitución de tierras. Esto ocurrió con base en una demanda al inciso 5 del artículo 76 de la Ley 1448. Los demandantes adujeron que la inscripción de predios en el registro de tierras despojadas como requisito de procedibilidad para iniciar la acción de restitución era un obstáculo para el acceso de las víctimas a la justicia y, en especial, a la reparación a la cual tienen derecho, pues consideran que la existencia del derecho se desprende de hechos y no de declaraciones administrativas. En la decisión de este cargo, en la Sentencia C- 715 de 2012, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de referirse, en parte, a la naturaleza de la fase administrativa de la acción de restitución. En palabras de la Corte:

De conformidad con estas normas y desarrollos jurisprudenciales relativos al acceso a la justicia y al debido proceso, la Sala considera que el requisito de procedibilidad consagrado por el inciso 5 del artículo 76 de la Ley 1448 de 2011 no afecta el derecho a la justicia de las víctimas de despojo, usurpación o abandono forzado de tierras originado en el conflicto armado, y no constituye un obstáculo en relación con la efectividad y acceso al derecho a la restitución de tierras, como lo afirman los demandantes, sino que por el contrario, constituye un requisito razonable, proporcionado, necesario y, que más que obstaculizar, lo que hace es propender por la racionalización, efectividad y garantía de los derechos fundamentales de las víctimas a la reparación y restitución como mecanismos preferente y principal de la misma.

(b) En este mismo sentido, considera la Corte que la inscripción en el registro de tierras despojadas, no viola el acceso a la justicia y el debido proceso, por cuanto dicha inscripción que se encuentra a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD), no queda al arbitrio y discrecionalidad de esa Unidad, tal y como alegan los demandantes. Así, la UAEGRTD no puede obrar en ningún momento de manera discrecional ni arbitraria, lo cual es un supuesto de los demandantes, ya que tiene que respetar la Constitución y la ley, así como el procedimiento, los criterios y términos fijados para dicha inscripción. Y en todo caso, a las

víctimas les asiste el pleno derecho de realizar el seguimiento y controvertir las actuaciones surtidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y Abandonadas. De esta manera, la inscripción en el Registro de Tierras no es un acto discrecional, pues si la Unidad decide no inscribir el inmueble, esa es una medida que debe tener un sustento, y, en todo caso, el rechazo de la inscripción es un acto administrativo que puede controvertirse. Además, la decisión de la Unidad no es constitutiva de un derecho, es tan sólo un requisito de carácter procedimental para hacer uso de la vía judicial especial de transición.

Así las cosas, ante la negativa de la Unidad Administrativa de incluir en el registro a determinado predio, la víctima cuenta con mecanismos de defensa para controvertir o impugnar dicha decisión y poder acceder al procedimiento establecido por la Ley para la restitución de sus derechos, de manera que este registro como requisito de procedibilidad, no constituye tampoco por ese motivo, un obstáculo de acceso a la justicia de las víctimas, tal y como lo afirman los demandantes.

En esta sentencia, la Corte no solo avala la idea de la acción de restitución como un instrumento que hace parte de una estrategia de justicia que debe responder a los principios de “racionalización, planeación, aclaración jurídica de los predios y las partes afectadas”, para ejecutar una política de restitución de manera “ordenada, gradual y progresiva”, con base en un procedimiento administrativo que responda a su vez a criterios de “masividad, organización, planeación, igualdad y eficacia”. En otras palabras, la Corte avaló el principio de que la acción de restitución es parte de una estrategia de justicia que requiere un fuerte componente de planeación y de estructuración administrativa. Además, en la misma sentencia se aclara el rol de la fase administrativa y de la legitimidad y presunción de legalidad de sus actuaciones.

### **La acción judicial transicional y su relación con el derecho común**

Como se expuso anteriormente, una de las características de la acción de restitución es la confluencia de las fuentes jurídicas que integran su proceso de implementación. En primer lugar, como se manifestó en el acápite anterior, las normas y principios constitucionales, así como la jurisprudencia constitucional, son elementos fundamentales de aplicación. Especialmente en la actualidad, cuando se reconoce de manera explícita tanto el concepto

de justicia transicional como el de los derechos de las víctimas, y los desarrollos jurisprudenciales que han ido reconociendo principios propios de las acciones transicionales.

En segundo lugar, la acción de restitución tiene como base jurídica lo que la Corte Constitucional denomina el “nuevo marco jurídico-institucional creado por la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios en materia de restitución a víctimas”.<sup>63</sup> Estas son las normas de transición específicas a través de las cuales se establecen los procedimientos aplicables y, en general, leídos bajo la guía de los principios constitucionales mencionados, con la ley fundamental de la acción de restitución. Los principios y normas que integran este cuerpo normativo específico son los que prevalentemente aplican a las controversias sustantivas y procesales generadas en la aplicación de la acción.

En tercer lugar, la acción de restitución hace algunos llamados a conceptos o a normas específicas de derecho común para su aplicación. Esto sucede, por ejemplo, cuando la ley hace referencia a instituciones sustantivas del derecho civil o agrario como la propiedad o la posesión (según sea el caso) o a determinados artículos o normas de legislaciones procesales o sustantivas. Es muy importante tener en cuenta que estos llamados no son generales. Por ejemplo, a diferencia del proceso transicional penal especial de la Ley 975, que dejó una cláusula general de remisión al procedimiento penal ordinario, el legislador de restitución, de manera consciente, no incluyó una norma similar en la Ley 1448.

En otras ocasiones, y por ausencia de normatividad clara en las fuentes ya mencionadas, habrá que acudir a principios de derecho o a instituciones jurídicas que permitan que el proceso tenga dirección. Aquí es donde existe un altísimo riesgo de desviar la naturaleza jurídica de la acción en dos sentidos. Por un lado, al hacer uso de categorías jurídicas ordinarias que i. contraríen los principios generales del proceso; ii. que hayan sido pensadas exclusivamente para el uso del derecho común, y su aplicación en la excepcionalidad de la transición resulte incompatible con la acción; iii. que no sean adaptadas para enfrentar las necesidades de las víctimas y de la acción de restitución en general. Por decirlo

---

63 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-715 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de septiembre de 2012.

de alguna manera, este es el riesgo de desnaturalizar la acción de restitución, *ordinarizándola* a partir de instituciones jurídico-procesales propias del procedimiento común.

Por otro lado, se presenta el riesgo de un uso del concepto de justicia transicional no ponderado, justificado y sustentado que lleve a la aplicación de cualquier medida. Este, por darle un posible nombre, sería el riesgo de arbitrariedad judicial a partir de la idea de que la justicia transicional todo lo puede.

La armonización de estos llamados al derecho común dentro del proceso transicional debe ser cuidadosa y siempre debe tener como norte el cumplimiento de los principios y objetivos globales del proceso. Por ello, para efectos del derecho sustantivo, se ha recomendado que como la justicia transicional se fundamenta en una faceta tanto correctiva como prospectiva, la tarea no es alterar la fundamentación del derecho común, sino más bien reconstituirlo para generar, a partir de su aplicación temporalmente adaptada, un horizonte de orden justo y equitativo en donde impera la voluntad libre. Es decir, en tiempos de transición, la implementación del derecho común y sus principios no debe ser ciega al contexto general que enfrenta, tanto en las limitaciones fácticas que puede tener su aplicación como en las consecuencias contextuales que pueden afectar su aplicación dogmática. Las presunciones o ficciones generales que se establecen para facilitar la regulación de las relaciones sociales deberán entonces confrontarse con la realidad y, en caso necesario, ceder ante los imperativos específicos del contexto. A su vez, en cualquier contexto, la aplicación del derecho –tanto público como privado– tiene el objetivo final de garantizar en una sociedad la paz, la seguridad y la estabilidad públicas. En consecuencia, la ponderación concreta de la aplicación o no de las ficciones deberá hacerse con base en estos principios.

Complementariamente, la aplicación de estos principios debe tener en cuenta la visión prospectiva de esta justicia y sus objetivos generales de reconfiguración de un orden justo y democrático. Es por ello que la vocación de la aplicación de las normas durante la fase de restitución de derechos y recomposición de relaciones jurídicas y sociales debe tener como telón de fondo un corte claro con las injusticias pasadas y un compromiso de reconstrucción de cara al futuro.

Así las cosas, para aprovechar las potencialidades de la justicia común como un mecanismo de justicia que pueda contribuir con los objetivos de la transición, se debe partir de una reinterpretación de los principios más básicos de este sistema normativo para readecuarlos –más no remplazarlos– en tiempos de transición. Esto no quiere decir, en todo caso, que todos los principios de derecho privado o de derecho procesal común son *per se* contrarios al ideario que pretende la implementación de las medidas de transición.

Principios como los de acceso a la justicia, debido proceso, celeridad y economía procesal son compatibles con las necesidades y objetivos de la justicia transicional. Esta compatibilidad no es en todo caso predicable de manera general. En algunos casos, la implementación de estos principios requerirá un estudio de su complementariedad con otros principios, y en otros, requerirá su ponderación concreta.

Un ejemplo puede ayudar en la comprensión de este argumento: bajo una interpretación clásica, el acceso a la justicia se entiende como el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de la solicitud dirigida al órgano judicial; es decir, el juez ha de pronunciarse sobre lo que pide el actor, y la resolución sobre el fondo, en todo caso, ha de estar provista de una motivación congruente y razonable. Lo primero significa que la decisión ha de responder tanto a lo pedido por el actor como a los fundamentos de su petición, y la razonabilidad implica que la decisión ha de fundarse en cánones de interpretación y aplicación de las leyes generalmente aceptados por la jurisprudencia, por la doctrina y por los escenarios académicos, quedando de esta forma proscrita la utilización de criterios extravagantes por su desconexión con la realidad del proceso.

Esta concepción, sin embargo, debe ser complementada si se quiere potenciar algunos objetivos deseables en un proceso de transición democrática. Así, el acceso a la justicia se puede reforzar, por ejemplo, para dar cabida y voz a las víctimas dentro del proceso y no ser simplemente visto como el derecho de una “parte” a obtener una decisión. Dentro de la vocación correctiva de una injusticia generalizada, el acceso a la justicia debería ser entendido no solamente como una herramienta para que las partes obtengan un pronunciamiento definitivo sobre el objeto litigioso,

sino como una garantía de que la autoridad judicial protegerá el derecho controvertido y asegurará su realización, ya fuere en contra del Estado o de los particulares.

En este mismo sentido, principios como la preponderancia de la justicia material, el impulso oficioso, la informalidad, el *in dubio* pro víctima, el enfoque diferencial, entre otros, deben entrar a jugar como determinadores específicos en la aplicación de otros principios como los de contradicción, legalidad de la sentencia, cosa juzgada, justicia rogada, entre otras. El ejercicio de ponderación depende del caso, de acuerdo con las herramientas y metodologías de interpretación judicial aceptadas, pero debe hacerse teniendo en cuenta que el objetivo final es maximizar el ejercicio de aplicación de justicia para garantizar un ideario de justicia individual en el caso, y, al mismo tiempo, una contribución modesta, pero efectiva, a los objetivos finales de la política.

A su vez, quienes interpretan la norma deben ser particularmente cuidadosos de trasladar instituciones jurídicas introduciendo la misma lógica procesal con la que fueron ideadas en el derecho común. Un ejemplo de esta situación sería considerar que la forma de dirigir el proceso de restitución es considerar que la acción de restitución es una acción civil abreviada y que, por tanto, las fases y los procesos de la normatividad procesal civil deben ser previstos en el transcurso de la acción de restitución. Como se aclaró antes, no existe dicha remisión en la Ley 1448. Además, de hecho, algunas de las características específicas de la acción de restitución parecen guardar mayor cercanía con otros procedimientos constitucionales que con algunos procesos de orden civil, como sería la acción de tutela o la acción constitucional de acción de extinción de dominio. Las siguientes serían motivaciones para considerar de esa manera al juez de restitución: a) la presencia inmediata y el compromiso de derechos constitucionales fundamentales en la población objeto de la protección por medio de la acción de restitución; b) la no existencia de mecanismos judiciales o administrativos especiales de defensa, que permitieran el amparo y la satisfacción de los derechos conculcados a la población que ha sido objeto del despojo, el desplazamiento, el abandono forzado de sus bienes y el riesgo permanente de sus vidas; c) la incidencia fundamental que en sus derechos constitucionales y sus proyectos de vida tendrá la sentencia de restitución

para la aludida población; d) la ausencia de una legislación y una jurisdicción nacional eficiente y adecuada a los propósitos de la restitución, que estuviera inspirada en otros principios jurídicos y pudiera trascender la simple legalidad interna, es una circunstancia que no permite resolver, bajo las ópticas del derecho civil o agrario, lo que dentro de la sociedad colombiana constituye primordialmente un grave problema humanitario, que se halla previsto en la ley internacional.

Una segunda característica que hace que la acción de restitución sea extraña a la tradición de los procesos judiciales de aclaración de propiedad privada es el hecho de que el proceso es tanto administrativo como judicial. Las dos etapas del proceso tienen una función específica, con una identidad definida y son complementarias. Entender la función de cada una de estas es prioritario para hacer el mejor uso posible de ellas, y evitar tanto vacíos como repeticiones. Las dos fases tienen una importancia capital para la resolución de las peticiones y así deben ser entendidas.

### **El rol de los operadores jurídicos en la acción judicial transicional**

La ejecución de la acción de restitución, entendida como una estrategia amplia de justicia, requiere un papel sincrónico y complementario de todos los operadores del sistema: desde lo macro (las decisiones sobre cómo se adoptan las medidas de política, cómo se establece la planeación programática del sistema, etc.) hasta lo micro (la resolución de los casos concretos), pasando por lo operacional (establecimiento de acuerdos operativos, construcción de salidas para la resolución de cuellos de botella, prevención de problemas recurrentes a mediana y pequeña escala, etc.).

La planeación operativa y la gerencia no solo es aplicable entonces a la gran política, sino también a la gerencia de los “casos” de restitución. A diferencia de la justicia ordinaria que tiende a ser –sobre todo en el derecho privado– una oferta disponible para los eventuales conflictos, la justicia de restitución tiene un universo más o menos definido de casos. Es decir, no parte de una lógica de funcionamiento judicial que espera a que los conflictos se generen y que las partes decidan someterlos a su jurisdicción. Su objetivo está concentrado en unos casos con una temporalidad definida, que parten de una base de despojo a grandes rasgos

identificada en regiones y períodos concretos, y existen unas estimaciones (que deben tomarse con cautela, pero que ayudan a definir formas de administración de la intervención) sobre el número tentativo de casos que deberían ser adjudicados. En otras palabras, la justicia de restitución tiene un mandato más o menos definido y su labor es abordarlo y cerrar su gestión, pues su vocación es eminentemente transitoria.

Por estas razones, el reto a que se enfrenta la jurisdicción de restitución de tierras no es aumentar cobertura para la disponibilidad, sino, más bien, plantear estrategias para resolver el balance de casos. Para esto, además de las consideraciones ya extendidas sobre la estrategia de justicia, se requiere poner en práctica estrategias de administración judicial que puedan enfrentar de manera eficiente estas necesidades.

Si bien no existe un “procedimiento transicional” ni a nivel nacional ni comparado, revisando tanto la práctica procesal como los distintos procedimientos disponibles en el derecho común existen varias alternativas que parecen armonizar bien con estas necesidades: las técnicas modernas de dirección del proceso (incluidas en la legislación ordinaria desde hace un buen tiempo, pero profundizadas en las reformas procesales de distintas materias durante los últimos años), así como las experiencias de dirección del proceso agrario y de la acción de tutela.

Una especial consideración en este enfoque debería recibir el proceso agrario y sus principios de jurisdicción por su particular cercanía a los propósitos de la acción de restitución de tierras. En primer lugar, en las actuaciones de la justicia agraria prevalece la aplicación del derecho sustancial, es decir que el fin de la actividad judicial y procesal es la realización y efectividad de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo. Según el artículo 14 del Decreto 2303 de 1989, los jueces y magistrados agrarios aplicarán la ley sustancial teniendo en cuenta que el objeto de la jurisdicción agraria es conseguir la plena realización de la justicia en el campo, en consonancia con los fines y principios generales del derecho agrario, especialmente el relativo a la protección de la parte más débil en las relaciones de tenencia de la tierra y de la producción agraria (Ramos Bermúdez, 2003).

Con base en este principio interpretativo, la jurisdicción procesal agraria se construye a partir de una serie de principios que

guardan estrecha relación con la filosofía del juez director del proceso. De allí la introducción de reglas y principios como: i. la oralidad y escritura, que buscan la agilización de los procesos y que la actuación, en gran parte, se adelante de manera verbal; ii. el principio de la concentración, que pretende evitar aplazamientos y suspensiones sin motivos; iii. el principio de publicidad; iv) el principio inquisitivo, a partir del cual el juez agrario debe impulsar oficiosamente el proceso y no debe esperar la petición de las partes; v. el principio de economía procesal, que busca que las actuaciones judiciales se adelanten en la forma más rápida y económica posible, que las tramitaciones sean lo más sencillas y evitar las decisiones inútiles y los recursos innecesarios; vi. el principio de inmediación, según el cual debe existir una comunicación directa entre las partes y el juez, así como entre el juez agrario y la producción de la prueba; vii. el principio de gratuidad; y viii. el principio de la igualdad procesal, que establece que todas las partes son iguales ante la ley, inclusive las entidades públicas que concurren, sin perjuicio de las prerrogativas emanadas del interés público. Sin embargo, para lograr un verdadero equilibrio procesal, en litigios en donde se presenta una parte más débil en las relaciones de tenencia de la tierra y de la producción agraria se otorgan poderes al juez para equilibrar las relaciones como la posibilidad de los fallos *ultra y extra petita*; la aplicación oficiosa del derecho agrario; los criterios para interpretarlo y aplicarlo, contenidos en el artículo 14 del Decreto 2303 de 1989; los poderes y deberes del juez agrario, al llevar a cabo esa hermenéutica agraria (tutela de derechos de campesinos e indígenas, el rechazo al allanamiento de la demanda, la medida cautelar frente a la paralización de la explotación, etc.); el amparo de pobreza y el aviso a la Procuraduría General de la Nación, entre otros (Ramos Bermúdez, 2003).

Según expone Manuel Ramos, en virtud de la aplicación oficiosa del derecho agrario, por ejemplo, es obligación del funcionario judicial garantizar la inmediación en la práctica de las pruebas; vigilar la permanencia de los principios y objetivos del derecho agrario, como la simplicidad, concentración y brevedad de las actuaciones; realizar de manera plena la justicia en el campo; velar por la igualdad real de las partes, mediante la tutela y la protección de la parte más débil en las relaciones de tenencia de

la tierra y de la producción agraria, y la corrección de las disparidades que existen por las diferencias sociales y económicas en las relaciones agrarias. Esta facultad impone, además, la aplicación oficiosa de las disposiciones que amparen los derechos del sujeto agrario objeto de la protección especial.

Por su parte, en desarrollo de los poderes de dirección e instrucción del proceso, le corresponde al juez impulsarlo oficiosamente hasta su conclusión; rechazar toda actuación que afecte su celeridad e implique su demora, como todas las actuaciones y diligencias superfluas, inútiles, dilatorias, maliciosas y solicitudes notoriamente improcedentes; desechar el allanamiento de la demanda que efectúe el demandado que goce del amparo de pobreza; obrar en la misma forma frente al desistimiento de la demanda que presente el actor en iguales condiciones y desechar la transacción cuando cualquiera de las partes se halle amparada con ese beneficio. Esta impulsión oficiosa del proceso dentro de la esfera de facultades del juez, también implica garantizar una efectiva igualdad de las partes.

Así las cosas, existe una evidente correlación entre los principios y objetivos de la Constitución Política, el derecho procesal moderno y el derecho agrario. Todos estos principios son, a su vez, no solo compatibles con el modelo de justicia transicional civil, sino además necesarios para su efectiva implementación.

### Propuestas y recomendaciones

La acción de restitución de tierras es una acción sui generis en Colombia. Es decir, no tiene paralelo con ninguna otra acción. Si bien no es idéntica a ninguna acción constitucional o legal existente previamente en el ordenamiento jurídico, no quiere decir que no se deban construir guías hermenéuticas que construyan un procedimiento razonable y que este se haga a partir de la naturaleza de la acción, el contexto propio de la restitución y la experiencia sobre buenas prácticas procesales de la judicatura colombiana.

Ahora bien, llegar a estas guías es una tarea hermenéutica difícil y que está en plena construcción en el país. Es por ello que en esta parte final propondremos, más que soluciones individuales, unas guías de interpretación que ayuden a orientar la solución de problemas. Una respuesta individual no solo cerraría apresuradamente la discusión actual, sino que además sería

poco productiva, pues necesitaría una solución caso a caso en cada una de las controversias que se presenten por cada una de las “causales” de inadmisión. Con esta orientación, en esta parte presentaremos siete tesis con las que se puede avanzar en la construcción colectiva de soluciones generales para estos problemas. Reconocemos que estas propuestas serán controversiales y, por ello, se exponen de manera razonada, pero tentativa, para generar un punto inicial de diálogo entre academia, administración y judicatura.

**Primera tesis:** *La acción de restitución es sui géneris y por ello no le aplican en bloque ni las reglas de la acción de tutela, ni las del procedimiento ordinario. Es necesario establecer el tipo de instituciones jurídicas aplicables a este proceso, con base en una interpretación que beneficie la consecución de los objetivos de esta acción atípica.*

Como sostuvimos en la parte anterior, la acción de restitución es especial y atípica en el ordenamiento jurídico colombiano. Este carácter sui géneris de la acción tiene enormes potencialidades y, por su novedad, genera dudas y algunas dificultades. Por un lado, el hecho de que la acción sea novedosa y distinta muestra que es un mecanismo especial, basado en reglas y principios que se sujetan a una tarea específica para la sociedad y el Estado colombiano que no tiene paralelo en la historia reciente del país. Este carácter hace que la acción de restitución deba ser tomada, no como una acción o proceso cualquiera, sino que debe otorgársele la entidad transformadora para la cual fue creada. No obstante, por otro lado, la naturaleza novedosa de la acción hace que subsistan dudas sobre hasta dónde tiene rasgos únicos y cómo deberían entonces abordarse las preguntas que subsisten siempre que un nuevo procedimiento empieza a ser implementado.

¿Si es sui géneris, entonces, significa que ninguna institución jurídica común le aplica? ¿Qué se hace cuando existen dudas o controversias sobre los pasos procesales que deberían aplicarse o sobre cómo entender sus requisitos?

Entre estas dos características debemos movernos para avanzar hacia un concepto operativo de la naturaleza de la acción de restitución. El objetivo es buscar un balance entre estos dos postulados: privilegiar una interpretación que realce las características específicas de la acción, pero que no por esto impida

que los problemas interpretativos sean subsanados a partir del uso de las herramientas del derecho y del ordenamiento jurídico. Por más sui géneris que sea esta acción, se asienta en principios constitucionales y jurídicos que la integran a un sistema normativo específico.

Una pregunta concreta sobre esta cuestión que ha sido suscitada por las discrepancias sobre la cuestión de la admisibilidad de las solicitudes o demandas es aquella de la determinación de si se debe o no admitir una etapa de discusión preliminar o admisibilidad. Y, en caso afirmativo, qué tipo de instituciones deberían admitirse y cuáles deberían ser los estándares aplicables tanto para el proceso de integración de instituciones como para el de interpretación de requisitos y fases.

Como se vio en la primera parte de este concepto, en esta discusión, la acción de tutela y el procedimiento civil se han tenido como dos posibles núcleos de respuesta. Por un lado, para algunos, la acción que tendría mayor cercanía con la acción de restitución sería la acción de tutela dadas sus características. Para otros, el procedimiento común civil estaría llamado a llenar los vacíos en materia de admisibilidad.

Las características de la acción de tutela son especialmente llamativas pues algunas de ellas tienen una clara sincronía con los objetivos del proceso de restitución. Sin olvidar que la restitución es un proceso independiente, creado y relativamente regulado por una norma especial, que guarda algunas distancias con la tutela,<sup>64</sup> la similitud de sus características permitiría acoger elementos prácticos y legales<sup>65</sup> que la tutela ha venido arrojando durante poco más de 20 años de aplicación. Esto, a la luz de las necesidades actuales del proceso de restitución, es mucho más práctico que partir únicamente de elucubraciones teóricas o ideales de cómo

---

64 Mientras que la tutela es un instrumento de carácter residual, el proceso de restitución es el instrumento principal para proteger el derecho a la restitución. Mientras que la tutela tiene efectos para las partes, la restitución puede involucrar a otras instituciones o particulares que en principio no estaban vinculados en el proceso y dar órdenes respecto de estos, por ejemplo, segundos ocupantes, otras víctimas del mismo predio, etc.

65 Decreto 2591 de 1991 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. 19 de noviembre de 1991.

aplicar los principios de brevedad, flexibilidad probatoria y procesal, asequibilidad y garantía de goce efectivo de derechos.

La acción de tutela es una de las herramientas más importantes para la exigibilidad real de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política de 1991. La asignación de un peso importante a estos derechos hace que su amenaza o vulneración no dé espera para su protección. Es por ello que cuando se habla de exigibilidad real se hace referencia por lo menos a tres aspectos: i. una respuesta pronta, ii. una respuesta completa que garantice protección y goce efectivo del derecho, y iii. una respuesta asequible.<sup>66</sup> De cara a estas necesidades, los procesos ordinarios tienen toda clase de falencias. Por ejemplo, son rogados, son lentos y requieren conocimientos técnicos que no todas las personas tienen a su alcance.

Estos aspectos acarrearán ciertas características que no son comunes en la tradición de derecho formalista que suele permear las instituciones colombianas. Por ejemplo, la existencia de un término corto para resolver el asunto implica que haya una mayor actividad oficiosa del juez para resolver asuntos procesales, probatorios y sustanciales que obstaculicen la agilidad del proceso. La necesidad de una respuesta completa que dé garantías efectivas de protección implica que el juez identifique otros aspectos importantes a resolver y, entonces, falle más allá de las pretensiones planteadas en un principio. Finalmente, la respuesta asequible a todos los ciudadanos implica –sin perjuicio de otros derechos– desprenderse de formalidades y tecnicismos que impiden o demoran el acercamiento de la población a la realización de sus derechos fundamentales.

El proceso de restitución de tierras de la Ley 1448 de 2011 comparte con la tutela las mismas necesidades y persigue el mismo fin. El derecho a la restitución, en la actualidad, es visto como

---

66 El proceso que tramita la tutela tiene un carácter preferente, informal y de impulso oficioso, que “supone una enorme confianza en el poder del juez. En efecto es su deber proteger dentro del trámite, el debido proceso y en particular el derecho a la defensa, si afectar el carácter sumario e informal de la tutela. En esta medida, es su deber dar trámite a los recursos y demás actuaciones procesales de las partes, sin desconocer el carácter sumario e informal de la acción, acudiendo si ello fuere necesario, a las facultades inquisitivas que de manera amplia le competen como juez de tutela, así como a las facultades de impulso oficioso” (Botero, 2006, pp. 122-123).

un derecho fundamental, que requiere una exigibilidad real y que está (mayoritariamente) en cabeza de personas vulnerables que históricamente han tenido poco o nulo acercamiento con procesos judiciales.

Ahora bien, la acción de tutela establece unos requisitos mínimos para su presentación. Estos son básicamente que la acción contenga los hechos de vulneración y los derechos vulnerados, la autoridad u órgano autor de la amenaza o el agravio y la descripción de las demás circunstancias relevantes del caso (Botero, 2006, p. 121). Pero, además, su carácter residual o transitorio en teoría implicaría que el juez que conoce de la acción haga una evaluación de estos elementos en el momento de admitir la demanda.

Lo anterior parece replicable en el proceso de restitución de tierras: la enorme confianza en el juez y las competencias amplias y suficientes que le han sido asignadas, le permiten actuar con flexibilidad y oficiosidad para que, con buen criterio, garantice derechos de relevancia en el Estado de derecho (como debido proceso y defensa) sin perjuicio de la brevedad, sumariedad, presunción de buena fe, entre otros.

En materia procesal, el artículo 18 del Decreto 2591 indica que el juez puede tutelar el derecho sin haber adelantado ninguna averiguación previa y sin consideraciones formales, siempre y cuando base su fallo en una prueba que permita deducir que hay una grave o inminente violación o amenaza del proceso. Este elemento de flexibilidad procesal –que en últimas materializa el principio de primacía del derecho sustancial frente al procesal–, por ejemplo, hace que más allá de las consideraciones formales, el juez tenga la posibilidad de proteger el derecho cuando haya una prueba fuerte que sustente dicha decisión. Lo anterior, sin embargo, debe ser leído con cuidado, ya que, por lo general, los procesos de restitución contienen pruebas fuertes que ratifican la ocurrencia de un daño consumado. Sin embargo, en los casos de restitución, la resolución del caso no incorpora medidas únicamente sobre el hecho puntual del desplazamiento, sino que involucra en ocasiones derechos de terceros de buena fe exenta de culpa o históricamente vulnerables, situaciones que deben ser evaluadas con mayor cuidado y ponderación. En esta medida, la inminencia de la violación o amenaza contra el proceso no puede ser el único criterio para materializar la flexibilidad procesal.

Adicionalmente, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 17, contempla la posibilidad de que el juez pida al accionante corregir la acción de tutela presentada cuando no se pueda determinar la razón que la motiva; para esto dará un término de tres días, que, cumplidos, podrán dar lugar al rechazo cuando el actor no la corrija. Además estipula que cuando la tutela se presenta de manera verbal, el juez podrá corregirla en el mismo momento de la presentación, recabando información adicional del solicitante. De lo anterior, Botero plantea entonces tres opciones que el juez de tutela tiene frente a errores en la solicitud: i. devolverla para que sea corregida, ii. corregirla en la presentación verbal y iii. “[c]itar al actor con el fin de escucharlo en declaración y así ampliar su comprensión del asunto” (Botero, 2006, p. 125).

Estas opciones son las más comprensivas con la naturaleza y fin de la acción de tutela. Esta situación, una vez más, parece trasladable al proceso de restitución pues se ajusta a las necesidades de la etapa procesal de la admisión, y no parece incompatible con las características y principios de la restitución. Acudiendo a estas opciones, el juez estaría cumpliendo un rol verdaderamente activo, dejando de lado la tradicional posición neutral y pasiva que –según algunas visiones– ocupa en el derecho ordinario.

El control de admisión no es la única herramienta que tiene el juez para subsanar las tutelas. Al buscar la garantía real de los derechos fundamentales, también puede “atender los aspectos sustanciales de la solicitud y subsanar durante el proceso los aspectos formales de la petición” (Botero, 2006, p. 125). En la tutela, el compromiso del juez es la realización y protección de los derechos fundamentales. Siendo este el objetivo y no la resolución del conflicto propiamente dicho, el juez “no puede dejar de hacer nada que esté a su alcance para promover la eficacia de los derechos fundamentales en cada una de las causas que le toquen en suerte” (p. 123). Así las cosas, la labor del juez no se circunscribe a equilibrar la balanza para que las víctimas estén en igualdad de condiciones dentro del proceso (como ocurre, por ejemplo, en los procesos administrativos); se trata de desplegar las actuaciones necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos de los reclamantes, oficiosidad asimilable a la que requiere el proceso de restitución. Una justicia y un juez rogado en el marco de un proceso de justicia transicional es quizás uno de los obstáculos

más difíciles de vencer en la reparación. Por esto, los jueces especializados en restitución, así como los de tutela, deben tener una comprensión contextual del caso que abordan. En palabras de Botero, “entender la realidad en la cual opera es fundamental, pues permite identificar cuál es, verdaderamente, el grado de amenaza o afectación de los derechos” (p. 124).

Finalmente, en materia probatoria de la acción de tutela, el juez cuenta con unas facultades excepcionales que le permiten actuar de manera más diligente y oficiosa frente a los vacíos probatorios que encuentre dentro del proceso. Así, el juez no solamente puede, sino que debe, desplegar todas las órdenes en materia probatoria que le permitan establecer en cada caso los hechos necesarios para la protección del derecho fundamental. Respecto al convencimiento del juez, el Decreto mencionado en su artículo 22 indica que no hace falta practicar todas las pruebas que han sido solicitadas en el proceso; basta con las que le permitan al juez llegar al convencimiento sobre la decisión para resolver el asunto. Este elemento da celeridad al proceso, pues le da al juez la autonomía suficiente para evitarse las pruebas que sean redundantes o innecesarias sin tener que consultar a las partes para descartarlas. Lo anterior no significa que la flexibilidad probatoria le permita al juez emitir una decisión sin una base probatoria suficiente, sino que, como se ha indicado, implica una labor más activa del mismo para lograr su propio convencimiento, cuando la acción no contenga los elementos suficientes (p. 129).

La suma de estas similitudes podría hacer pensar entonces que el procedimiento de la acción de tutela debería ser seguido por la práctica judicial para la resolución de todas las controversias o dudas procesales de la normatividad especial de restitución. Sin embargo, un estudio más detallado muestra que no en todos los aspectos, los procesos de tutela y de restitución tienen similitudes. En algunos casos tienen diferencias pues responden a supuestos y objetivos distintos.

En primer lugar, la práctica que se sigue cuando se adelantan procesos de tutela hace pensar en algunas diferencias. Así, en la práctica, los jueces que conocen de acciones de tutela no suelen hacer una evaluación propia de admisibilidad para emitir el auto admisorio de la acción. Esto se puede deber a por lo menos dos razones. La primera es que el Decreto 2591 de 1991 no contiene

ninguna disposición que regule la admisión de la tutela. La segunda (consecuencia de la primera) es que los jueces suelen hacer la evaluación de la procedibilidad y de fondo al mismo tiempo. Al ser esta la situación, el fallo que emite el juez contiene primero un análisis de la procedibilidad de la tutela en el caso concreto; si es procedente, continúa con el análisis de fondo que puede prosperar o denegar lo pretendido. Pero si no es procedente, entonces, el juez procede a rechazar la tutela.

Así, al considerar en los procesos de restitución una práctica cercana a la tutela, los jueces especializados siempre admitirían la demanda, desplegarían una fuerte y oficiosa actividad probatoria y utilizarían sus competencias para corregir sobre la marcha las posibles falencias del proceso. Al final, el fallo de restitución contendría una parte que evaluaría la procedibilidad y el lleno de los requisitos mínimos, que, no satisfechos, conducirían al rechazo o declaración de no procedibilidad de la acción de restitución.

Las consecuencias de esta aplicación son, por lo menos, dos. La primera es que eventualmente llevaría a un desgaste innecesario de los jueces especializados, pues darle trámite a un proceso que al cabo de cuatro meses resulte fallido, no es un escenario que se compadezca con el volumen de trabajo actual del proceso de restitución. Pero, la segunda consecuencia ataca directamente el objetivo de la restitución, que es resolver de manera pronta y de fondo la situación de las víctimas de despojo y abandono forzado. Tener un fallo que rechace la solicitud de restitución por improcedencia sería lo más opuesto a los principios de flexibilidad e informalidad contemplados en la Ley 1448 de 2011.

En segundo lugar, la improcedencia de la acción de tutela está fuertemente ligada con su naturaleza. Según el artículo 6 del decreto mencionado, la tutela es improcedente cuando haya otro mecanismo judicial para proteger el derecho, cuando haya otra acción constitucional para protegerlo (Botero, 2006, pp. 105, 100-111), y cuando el daño se haya consumado y la decisión judicial no pueda tener ningún efecto, entre otras. Estas situaciones distan mucho de las características de la acción de restitución y, por lo tanto, hacer comparaciones en este sentido sería una labor fallida.

En tercer lugar, el artículo 20 del Decreto 2591 permite que se presuma la veracidad de los hechos presentados en el proceso

cuando la autoridad requerida para dar información se abstenga de hacerlo. Este elemento a la luz del proceso de restitución tampoco es de directa aplicación, ya que en la acción de tutela se da cuando el juez solicita información a la autoridad contra quien opera la tutela. En cambio, en el proceso de restitución se solicita información a diferentes autoridades que no necesariamente tienen una responsabilidad en los hechos de despojo o abandono forzado. A pesar de las diferencias descritas, al hacer una interpretación sistemática y agregando la presunción de buena fe que se refuerza en la Ley 1448 y la presunción de legalidad de las pruebas recabadas por la Unidad de Restitución, esta herramienta de la acción de tutela pareciera tener amplia pertinencia en el proceso de restitución.

Finalmente, un último argumento que resulta de vital importancia al comparar la actuación de las dos instancias: el fin último de los principios de flexibilidad y oficiosidad. La aplicación de estos principios en la acción de tutela está planteada para garantizar el acceso efectivo de las víctimas (especialmente de aquellas vulnerables) a la protección rápida y excepcional de sus derechos constitucionales vulnerados. La imagen de la protección de tutela es aquella persona indefensa (sin otro medio judicial a su disposición) que requiere una protección inmediata y excepcional frente a una violación de sus derechos. Para garantizar que esta justicia sea inmediata y efectiva, la acción de tutela plantea mecanismos que permitan que una persona del común –que no necesariamente conoce el sistema jurídico, que puede que no conozca cómo argumentar frente a una corte y que incluso probablemente no pueda escribir– se acerque a la justicia y esta sea la que se encargue –en representación del Estado– de hacer viable su protección.

En este supuesto, existe una diferencia muy grande frente a las solicitudes de restitución sometidas por la Unidad Administrativa ante los jueces especializados de restitución. En este último caso, el accionante es lo que en sociología del litigio se conoce como un litigante frecuente, que por disposición legal ha sido instituido para adelantar la acción en favor de las víctimas. A diferencia de la acción de tutela, en donde la carga del acceso a la justicia de las víctimas recae en la jurisdicción, la Ley 1448 delegó esta obligación de representación para el acceso a la justicia de las víctimas reclamantes en el Ejecutivo. Una cuestión distinta y

que puede ser objeto de discusión es obviamente el caso en que las víctimas se representan a sí mismas en la etapa judicial del proceso de restitución. Allí debería admitirse que existe una similitud mayor entre la acción de tutela y la acción de restitución. No obstante, el caso sigue siendo distinto cuando se trata de acciones promovidas por la Unidad Administrativa de Restitución.

El modelo establecido por la ley está, de hecho, sustentado en la idea de que una unidad administrativa fuerte se encargará de alistar el terreno para que la controversia judicial sea mínima. Esto, obviamente, incluye la facultad de introducir acciones que sustenten sus pretensiones y que aclaren los postulados fácticos y jurídicos que trazarán un proceso judicial reducido y expedito. Es por ello que al aplicar algunos estándares de idoneidad de la admisión de las peticiones, no necesariamente resulta ser al extremo gravoso o fuera del propósito general de la acción de restitución.

Un ejercicio similar puede hacerse con los procedimientos ordinarios estudiados en el segundo acápite de este concepto, para obtener las mismas conclusiones que hemos detallado en extenso sobre la acción de tutela. Algunas instituciones del procedimiento ordinario parecen llamativas para enfrentar las cuestiones sobre tramitación inicial de peticiones (como establecer una etapa de admisibilidad en donde se subsanen las falencias que puedan tener las peticiones y se aclare el debate judicial, recurrir a mecanismos de llamado que permitan requerir a las autoridades para que envíen la información necesaria dentro del proceso, facultar al juez para tomar decisiones sobre qué tipo de información y prueba es necesaria para la tramitación inicial y cuál de ella es parte del debate sustantivo, entre otras). No obstante, ninguna de las formulaciones de la ley procesal común puede ser trasladada en bloque al procedimiento de la acción de restitución. No existe, entonces, una vía corta que nos permita cerrar la discusión interpretativa usando un sistema ya prefijado. Lo anterior no quiere decir que la normatividad constitucional y legal y la práctica judicial no nos presente algunas experiencias y acumulados que podamos usar para empezar a llegar a acuerdos sobre vías expeditas de trámite de las peticiones.

Conclusión: la aplicación del derecho ordinario en la justicia transicional es admisible. Sin embargo, esta aplicación debe estar respaldada por una argumentación lógica y coherente con los

principios y fines particulares de este proceso. La regla que se desprende, entonces, es que la aplicación de estas figuras requiere un esfuerzo argumentativo mayor por parte del operador que indique, al menos: i. por qué es necesario aplicar esta figura, ii. por qué no se utilizan figuras menos restrictivas y iii. por qué esta figura es compatible con los principios y fines del proceso.

**Segunda tesis:** *Un análisis teleológico de la naturaleza de la acción sugiere que los requisitos del artículo 84 deben ser leídos de una manera sistemática, orientada por los principios básicos de la restitución.*

Como se discutió en la primera parte de este concepto, un segundo tema de controversia en la práctica procesal ha sido el alcance del artículo 84 de la Ley 1448. Dos posiciones han sido defendidas en este debate. Por un lado, aquella que considera que el legislador estableció una lista única y cerrada de requisitos de la acción en dicho artículo, frente a lo cual es improcedente que para tramitarla sean exigibles otro tipo de requisitos o la presentación de información adicional a la allí reseñada. Por el otro, una posición que defiende que si bien los requisitos establecidos por el legislador son los mínimos procesales de la acción, para tramitar peticiones viables debe recurrirse a información adicional no contenida allí y vital para que la acción pueda ser sometida a un trámite exitoso.

En defensa de la primera posición existen al menos cuatro argumentos muy persuasivos. El primero es la inexistencia de una etapa de admisibilidad en el articulado de la Ley 1448. En la medida en que no está contemplada dicha etapa, la interpretación sugerida es que conscientemente el legislador optó por establecer unos requisitos mínimos (los del artículo 84) y no dio apertura para un mayor debate inicial para la tramitación de los casos.

El segundo, derivado del anterior y que coadyuvaría a la idea de la inexistencia de dicha etapa, es el objetivo de celeridad que evoca la acción de restitución y en el cual se sustenta la idea de informalidad del proceso. Una de las características de la acción de restitución es que el acceso de las víctimas a la justicia sea fácil y rápido y, por tanto, en algunos apartes incluso la ley no menciona el término demanda (aun cuando no es del todo consistente el articulado al respecto) y la apertura a que dicha solicitud sea presentada tanto por escrito como verbalmente. Esto confirmaría

entonces que la restricción del artículo 84 es una muestra más de que para garantizar esta celeridad e informalidad, los requisitos de trámite inicial deben ser restringidos.

El tercero es el principio de actuación oficiosa que se imputa a la acción de restitución. Si se admite que el principio de oficiosidad hace parte de la acción, ante la falta de información para tramitar las peticiones, el paso a seguir debería ser que el juzgador despliegue sus poderes para obtener dicha información y no establecer diques de entrada de las peticiones al proceso. En esa medida, el artículo 84 debería interpretarse como un mínimo inquestionable, y la información relevante fuera del mismo, como a la que se debe acceder a través de los poderes que ostenta el juez de restitución.

Finalmente, un cuarto argumento señala la naturaleza de la acción y la concentración lógica de pasos para su resolución judicial. Así las cosas, la etapa inicial de apertura de trámite tiene como propósito plantear una discusión preliminar que será luego objeto de debate procesal. En consecuencia, por lógica procesal, la discusión de requisitos sustanciales debería devenir cuando se haya realizado una etapa probatoria. Para efectos de tramitación inicial, los requisitos expuestos en el artículo 84 bastarían entonces y los adicionales deberían ser considerados en su correspondiente momento procesal.

Estos argumentos, no obstante, pierden capacidad persuasiva con un análisis más en detalle de los objetivos globales de la acción de restitución. Una primera característica que debe ser tenida en cuenta es la naturaleza mixta de la acción de restitución. Una consecuencia fundamental de la implementación del enfoque transicional en la restitución de bienes, que a su vez distingue esta acción de la tradición de los procesos judiciales de aclaración de propiedad privada, es el hecho de que el proceso es tanto administrativo como judicial. Las dos etapas del proceso tienen una función específica, con una identidad definida, y son además complementarias. Entender su función es prioritario a efectos de hacer el mejor uso posible de cada una de ellas, evitando vacíos y repeticiones. A grandes rasgos se puede afirmar que en la etapa administrativa se hace un reconocimiento expreso de los predios que fueron objeto de despojo, mientras en el proceso judicial se establece si quien aduce ser víctima del despojo lo es o no.

Una segunda característica, derivada de la anterior, es que esa idea de administración concentrada del proceso (es un único proceso con dos etapas y no un proceso administrativo con control judicial) se lleva bajo la dirección estratégica del Ejecutivo como coordinador y dinamizador de la política de restitución e intervención en tierras. Esto quiere decir que el Ejecutivo, a través de su institucionalidad, tiene el mapa general de la ejecución de la política y es el encargado de darle direccionamiento estratégico al proceso. Para esto fueron creadas una institucionalidad específica y figuras como la del registro de predios. Con esto se busca que exista un poder de planeación, coordinación y seguimiento al proceso global y que la ruta de entrada de los casos tenga una tramitación estratégica ordenada.

Una tercera característica es que la lógica del proceso está orientada hacia un proceso administrativo fuerte y una etapa judicial clarificadora de derechos que se beneficia de esta actividad administrativa. Así las cosas, el diseño de la ley no está centrado en que el debate judicial sea el principal protagonista de la acción, sino un coadyuvante a una estrategia más amplia. Por ejemplo, el sistema parte del reconocimiento de la informalidad en la tenencia de la tierra como un fenómeno general y, por tanto, la actividad administrativa de restitución va de la mano de un proceso de formalización masiva. Así, el Estado debe encargarse de producir la información necesaria para garantizar los derechos, actualizar los catastros y registros, esclarecer las tenencias y derechos, para, a partir de este proceso, solicitar luego a la judicatura que reconozca derechos –con mérito judicial de certeza– sobre toda esta actividad previa. El modelo no se basa en la idea de que esta actividad institucional, administrativa y probatoria sea hecha en el proceso judicial. La base del proceso es que el Ejecutivo disponga de su institucionalidad para adelantar los procesos y sea la judicatura la que les dé garantía de certeza. El objetivo del proceso es mantener la disputa judicial al mínimo, por ejemplo, en materia de debate probatorio en sede judicial.

Una cuarta característica de la acción, también derivada de las anteriores, es que se crea una institucionalidad propia, encabezada por una unidad administrativa especial que obra como coordinadora de esta actividad y como el puente entre las víctimas del despojo y la judicatura. Esta unidad está llamada a ser el

litigante especializado de la restitución de tierras. Como la Unidad combina una actividad global de planeación de la intervención, de develación de los patrones de despojo y de análisis de los contextos, es razonable que su estrategia de litigio se base en una teoría del caso que sea construida a partir de su trabajo previo y que presente las demandas con base en ello.

Ahora bien, ¿cómo se relacionan concretamente estas características con la interpretación del artículo 84? Cuando se asumen estas características de la acción, se llega a la conclusión de que la actividad procesal más intensa corresponde a la etapa prejudicial. Por tanto, los requisitos mínimos establecidos por el artículo 84 parecen ser una cuestión meramente de trámite, si se ha desplegado la actividad que se espera se haya desarrollado para allanar el camino administrativo para la restitución. Al mismo tiempo, si la actividad estatal ya ha determinado la información necesaria para adelantar el caso y se espera promover una acción que se base fundamentalmente en los hallazgos administrativos, uno de los actos procesales más importantes –si no el más importante de la fase judicial– es la elaboración de la demanda. Una demanda que decante el proceso administrativo de manera tal que permita al juez tener todos los elementos que requeriría para dictar un fallo (casi que de inmediato), sería la conclusión ideal del proceso de restitución. Así, pensar que el artículo 84 solamente establece unos requisitos de mero trámite es perder de vista la importancia fundamental que el inicio de la acción judicial tiene dentro de la lógica global del proceso. En tal sentido, la demanda debería ser tomada como una aproximación cercana a la sentencia. Esto, a diferencia de una acción ordinaria, en donde la presentación inicial de argumentos en la demanda no es otra cosa que un anuncio de los términos en los que se va a presentar el debate judicial. En la lógica de la acción concentrada de restitución, en donde se espera que el debate probatorio y adversarial sea mínimo, la admisibilidad de las peticiones no debe ser una simple formalidad que anuncie el proceso, sino prácticamente la conclusión del mismo.

En este sentido, al analizar los requisitos de la tramitación inicial de las solicitudes, la pregunta clave es: ¿Qué se requiere para tramitar una solicitud de restitución que permita que el proceso judicial garantice con grado de certeza la restitución jurídica y material de un predio despojado? Esta pregunta inicial lleva

a considerar aspectos establecidos en los artículos 76 (relativo al registro), 77 (acerca de las presunciones), 81 (relacionado con la legitimidad por activa), 84 (relativo al contenido de la solicitud) y 86 (referente a la admisión de la solicitud). Ello pues la pregunta difícilmente podría resolverse acudiendo únicamente a lo dispuesto por el precitado artículo 84. Así las cosas, la interpretación de los requisitos de este artículo parecen adquirir mayor sentido bajo una explicación finalista de la acción y sistemática de las normas que contemplan los supuestos sobre los cuales esta se basa. Lo anterior significa que eventualmente el juez puede tener en cuenta requisitos adicionales a los del artículo 84, siempre y cuando sea estrictamente necesario para la procedencia y viabilidad de la acción de restitución.

Conclusión: El artículo 84 es enunciativo. La evaluación juiciosa y responsable de la Unidad al hacer la demanda y de los jueces al evaluarla debe llevar a que, independientemente de lo que proponga la ley, esta sea un instrumento efectivo no para responder a las necesidades procesales, sino para garantizar los derechos de los reclamantes. En este sentido, habrá casos en los que sea necesario aportar elementos adicionales o complementar los establecidos, para que el proceso sea no solo viable sino efectivo.

**Tercera tesis:** *En interés de avanzar en los objetivos de la ley, una fase de admisibilidad debe cumplir con los objetivos que impulsan la acción de restitución.*

Como se vio a lo largo de este concepto, incluso en acciones que no establecen formalmente una “etapa de admisibilidad”, como la tutela, existe una discusión inicial sobre los requisitos de tramitación de la acción. Así las cosas, no parece necesario ahondar en si debería o no existir una consideración de “admisibilidad” o “tramitación inicial” de la acción de restitución, sino más bien sobre cuál debería ser su entidad y alcance. Esta decisión además se soporta con el propio texto de la ley, donde se establece que habrá un auto admisorio, lo cual hace pensar en que debe existir una evaluación judicial de requisitos. La cuestión entonces es cómo debe hacerse dicha evaluación.

Esta tesis lleva a plantearnos si abogar por una verificación de requisitos que se constituya como una evaluación inicial del

trámite de las solicitudes (o una admisión de la demanda) está o no en consonancia con el derecho de las víctimas a acceder a la justicia. Si esto último no fuera el caso, evidentemente habría que desechar de plano dicha interpretación pues iría en contra de uno de los principios cardinales de la acción y de todo el sistema.

Si bien en principio pareciera que considerar una revisión inicial de las solicitudes es una barrera a la entrada de casos y, por ende, una limitación a los derechos de las víctimas, un estudio más detallado de la naturaleza del proceso permite llegar a una conclusión distinta. Esto sucede si se considera que poner énfasis en la admisibilidad puede constituirse como una estrategia para producir una mayor eficiencia en la tramitación de los casos y no como un dique de contención para demorarlos. A diferencia de los procesos ordinarios en los que la etapa de admisibilidad puede servir para disuadir la entrada de casos al sistema, en la acción judicial excepcional de tierras la demanda de casos tiene una lógica distinta. Por ello, la concentración de la admisibilidad no debe obrar como un incentivo del descarte, sino como un incentivo para que una vez se acuerden formatos de presentación de demandas completas, los jueces tomen esta etapa inicial como el acto procesal fundamental y no se desgasten con actividad procesal intensa en el resto del procedimiento que lleva a la sentencia. Es decir, jugársela por la admisibilidad de los casos como acto procesal capital del litigio en sede judicial requiere, por un lado, un compromiso de la unidad por la sustanciación de casos y la presentación de demandas completas; pero, además, por otro lado, debe ir acompañada de un compromiso de práctica judicial que comprenda que una vez surtida esta etapa central, la actividad judicial debe llevar a un proceso más ligero que lleve a la demanda y que retome intensidad en la etapa posfallo.

En consecuencia, el punto debe ser abordado sobre cómo establecer una etapa de tramitación inicial de las solicitudes que potencie esta naturaleza de la acción de restitución. En tal sentido, tres tesis podrían ser consideradas. La primera, a la que podríamos llamar minimalista, abogaría por una revisión sucinta de unos requisitos formales de admisión, lo cual haría más delgada la fase de admisión, pero dejaría la mayoría de asuntos de resolución en otras etapas. Una segunda aproximación, que podríamos

llamar admisibilidad sustantiva, es aquella que plantea un poder absolutamente amplio del juzgador en la evaluación de criterios iniciales, tanto de carácter de admisión como sustantivos. Bajo esta propuesta, la etapa inicial es gruesa, pero se aligeran las etapas siguientes. Una tercera etapa, intermedia entre las dos primeras, sería aquella que establece una aproximación inicial más amplia que la sola revisión de algunos requisitos formales de trámite (con lo cual abre a un debate sustantivo), pero que limita los poderes del juzgador en dicha revisión y desplaza algunos elementos de juicio a otras etapas subsiguientes.

Por los argumentos estudiados en este concepto, las dos primeras aproximaciones no parecen las más adecuadas. Por un lado, como se abordó en el punto anterior, una interpretación sistemática y finalista de la ley lleva a tomar los requisitos del artículo 84 en contexto. Además, dada la naturaleza de la acción, que busca combinar la acción administrativa con la declaración judicial de derechos, existen buenas razones para tomar el inicio de la etapa judicial de manera más sustantiva y poder así manejar de forma más eficiente la etapa judicial. Sin embargo, la segunda tesis sería poco conveniente pues, en primer lugar, cerraría discusiones que en algunos casos necesariamente se darán en la etapa de pruebas o que saldrán a la vista procesal tras la actividad judicial; en segundo lugar, la etapa de admisibilidad debe limitarse a la determinación de aquellas cuestiones que permitan una decisión óptima del sistema y no debería incluir otros temas como un supuesto control de legalidad judicial de los actos administrativos realizados por la Unidad Administrativa. En tal sentido, admitir una etapa de admisibilidad que vaya más allá de los requisitos del artículo 84 no debe dar lugar a una interpretación que admita cualquier tipo de acción judicial, sino solamente aquella que persiga los objetivos de la acción de restitución.

Conclusión: Sea cual sea la jurisdicción que se observe, por construcción, un trámite judicial requiere una revisión inicial del proceso. Lo que se propone es que dicha revisión sea potenciadora del resto del proceso y, en esta medida, identifique falencias, obstáculos y virtudes. Dependiendo de esta evaluación, el juez –consciente de sus poderes– dispone de un paquete de opciones que han desarrollado otras jurisdicciones, como la solicitud de pruebas, el llamamiento al litigante y la solicitud de corrección,

así como su posibilidad legal de crear otras tantas, que debe utilizar estratégicamente para fortalecer las virtudes del proceso y superar sus falencias y obstáculos.

**Cuarta tesis:** *Los remedios frente a ambigüedades, vacíos o falencias en la acreditación de requisitos de admisibilidad deben ser los más expeditos y orientados a la eficacia de la acción.*

La Ley 1448 establece un escenario de evaluación de la admisibilidad de las solicitudes de restitución al establecer los requisitos del artículo 84, así como la mención al auto de admisibilidad judicial establecido en el artículo 86. No obstante, la ley no da muchas indicaciones sobre cómo proceder en caso de discusiones sobre el no cumplimiento de los requisitos procesales y sustantivos de la acción. Esto crea entonces una laguna que debe ser enfrentada. En derecho común, como fue ampliamente presentado en la segunda parte de este concepto, existen distintas aproximaciones a esta situación. Con matices, podría decirse que todos los procesos y acciones estudiadas presentan algún tipo de oportunidad para tener discusiones sobre la tramitación de las peticiones. De la misma manera, las fórmulas e instrumentos jurídicos que presenta el sistema jurídico también difieren en sus términos y alcances. Entre los instrumentos estudiados están las inadmisiones, los rechazos, los requerimientos, las solicitudes de corrección, las devoluciones y las audiencias. Así en algunos casos el término coincide, no necesariamente tiene el mismo alcance procesal.

Analizando estas alternativas se encuentra que el rechazo es sin duda la fórmula más extrema y, por tanto, más restringida en aquellas acciones en las que se admite. El principio de acceso a la justicia privilegia en todos los procesos el saneamiento de la acción antes de admitir su rechazo, excepto cuando es evidente la incompetencia del juzgador para asumir el conocimiento del caso. Esta es una conclusión importante cuando se piense en opciones para implementar en el proceso de restitución de tierras.

En consonancia, a la hora de seleccionar una vía para enfrentar las posibles falencias de las solicitudes de restitución, es importante tener en cuenta tanto el objetivo de la acción como las amplias facultades que la ley les otorga a los funcionarios judiciales para concentrar el proceso y buscar la justicia material. En efecto, la naturaleza de la acción de restitución tiene una relación

intrínseca con las teorías de la dirección formal, técnica o gerencial del proyecto, la cual busca reducir las moras y costos judiciales para resolver los conflictos de la manera más dinámica y creativa posible.

Esta dirección del proceso persigue un doble propósito: i. lograr la tramitación rápida y eficiente del proceso desde la interposición de la demanda hasta su disposición definitiva por cualquier vía (dirección técnica del proceso); y ii. permitir la intervención judicial en aras de lograr un equilibrio real entre las partes desiguales (López Medina, 2004, p. 127). Visto así, la intervención judicial cumple, de un lado, con el propósito redistributivo de protección a la parte más débil y, del otro, con el propósito de maximización de recursos judiciales, dando impulso y celeridad al ritmo del proceso con el menor costo posible para las partes y para el Estado.

Para ello es fundamental que la actividad judicial dentro del marco de la acción de restitución sea asumida con unas características específicas. En primer lugar, el juez como director del proceso debe determinar el ritmo del mismo, lo cual incluye fijar la agenda o el plan del caso y mantener disciplina en el cumplimiento de plazos programados. El plan requiere la elaboración, desde el comienzo del proceso, de un mapa completo del caso y no simplemente la planeación fragmentada del siguiente evento procesal.

En segundo lugar, el juez debe maximizar el uso del tiempo mediante la eliminación de actividades procesales que sean innecesarias o superfluas, incluso si fueron pedidas por las partes. En la misma línea, debe evitar el gasto innecesario de energía judicial en la realización de actividad judicial y probatoria que sea innecesaria o superflua.

Bajo esta orientación es posible argumentar que existen herramientas de los procesos ordinarios que se acercan más a este modelo que otras. Por ejemplo, aquellas que permiten al juez organizar el proceso y requerir a los demandantes los elementos necesarios para continuar con su tramitación. Por el contrario, aquellas que impiden de plano que se establezca una oportunidad de actuación judicial y de acceso a la justicia parecen más lejanas de este modelo, como sería el caso de los rechazos *in limine* de solicitudes.

Más allá del instrumento que decida usarse (es decir, del nombre que se adopte en el auto), lo importante es el sentido que la acción concreta tenga en el proceso. Por tal motivo, es necesario que las autoridades (tanto administrativas como judiciales) busquen una manera de diálogo procesal que fije un plan del caso para llevar a una decisión final apta y que garantice los derechos de las víctimas. Figuras como las audiencias, los requerimientos y todas aquellas que propicien este diálogo deben ser preferidas.

Conclusión: El rechazo es una figura que debe ser descartada del imaginario de la restitución pues además de que trunca los procesos, no corresponde a una actitud proactiva y no propone soluciones ni incentivos. Contrario a las otras jurisdicciones, incluso cuando no se hayan hecho las correcciones solicitadas por el juez, este debe buscar otro tipo de alternativas más comprensivas y compatibles con los propósitos de la ley y los principios mencionados en la segunda parte de este capítulo. En principio, sugerimos la consecución de acuerdos; sin embargo, si resulta necesario se podría acudir a opciones como nuevos llamamientos, o alertar a los órganos de control sobre la inoperancia de cierto funcionario o institución, de tal manera que responder a las necesidades del proceso sea un imperativo y no una opción.

**Quinta tesis:** *La etapa de admisibilidad debe respetar la independencia judicial, así como los principios de presunción de legalidad de los actos administrativos y de coordinación institucional.*

El debate judicial sobre la admisión de solicitudes de restitución debe estar limitado a unos objetivos básicos y precisos y no debe dar lugar a incluir asuntos ajenos a estos objetivos, que dilaten el proceso y la materialización de la justicia de las víctimas. Así mismo, las controversias que se generen en esta etapa, o los vacíos que se identifiquen deberán ser abordados con metodologías que permitan continuar la discusión y no devolver el proceso o repetir fases procesales ya concluidas. Esta lógica prospectiva es parte fundamental de la acción de restitución; muestra de ello es que el texto de la ley no admita figuras como la de las nulidades. El objetivo es siempre acercar el proceso a su conclusión y no permitir que se desvíe o se retrase.

Para evitar que esto suceda es prioritario que tanto los temas abordados como la naturaleza de las decisiones se limiten

estrictamente a los debates procesales o sustanciales necesarios para dar lugar al trámite de la acción. Los aspectos subsanables deben ser planteados de la manera más expedita, bien sea requiriendo a la administración o ejerciendo los poderes judiciales. Deberá ser usada cualquiera de las opciones que más favorezca a las víctimas y la continuación del proceso. En tal sentido, la discusión sobre los requisitos de tramitación de la opción no debe ser entendida como una manera de sanción o reproche de la actividad administrativa. Tampoco, la decisión judicial al respecto debe ser considerada como una actividad deliberada de la justicia para impedir el avance del proceso. En la realidad, usando el diálogo, la práctica y la pedagogía discursiva, debe darse lugar a que las instituciones desarrollen una intervención coordinada que facilite los futuros procesos. La Unidad debe tomar las decisiones judiciales como lineamientos que permitan mejorar las futuras solicitudes, y los funcionarios judiciales deben estar abiertos a escuchar los argumentos de la Unidad Administrativa y a presentar y aceptar opciones alternativas que faciliten el proceso cuando no sea posible o pertinente acceder a sus requerimientos.

La elaboración de autos y decisiones debe también buscar la eficiencia y la claridad. En tal sentido, es importante privilegiar la economía del lenguaje y la brevedad. En esta etapa se deberían evitar disertaciones académicas sobre conceptos no necesariamente relacionados con el tema y concentrarse en directrices precisas y cortas que dejen avanzar en el caso objeto de litigio y que a la vez hagan pedagogía para la presentación de nuevas solicitudes.

Abogar por una etapa de admisibilidad concentrada, limitada y prospectiva necesariamente nos lleva a analizar el cumplimiento del “requisito de procedibilidad” de la acción, consistente en la inclusión del predio en el registro de tierras. En efecto, la interpretación de cómo se cumple con este requisito de procedibilidad ha sido contenciosa. Por un lado, una posición defiende la idea de que lo importante es que se tenga certeza de que el caso pasó por la fase administrativa y, por tanto, cualquier forma en la que se pruebe dicha situación daría cumplimiento con el objetivo para el cual se estableció dicho requisito. Así, una certificación somera de que el predio se inscribió en el registro sería suficiente. Para otros, por el contrario, la filosofía del requisito es trasladar al juzgador todos los materiales que dieron lugar a la decisión y, por

tanto, exigen no solamente la copia del acto administrativo que ordena la inclusión en el registro (a partir de la cual se pueden determinar los argumentos de hecho y derecho tenidos en cuenta por la administración), sino los anexos que fueron presentados como documentos que sustentaron dicha inclusión.

Una alternativa para intentar conciliar estas posiciones es leer el requisito bajo el tamiz de los objetivos de la acción de restitución. Como se anotó en una parte anterior, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-715 de 2012, declaró la constitucionalidad del inciso 5 del artículo 76 de la Ley 1448 de 2011, al encontrar que “no constituye un obstáculo en relación con la efectividad y acceso al derecho a la restitución de tierras”, pues es un “requisito razonable, proporcionado, necesario”, que propende a “la racionalización, efectividad y garantía de los derechos fundamentales de las víctimas”. Asimismo, la Corte reconoce expresamente la competencia de la Unidad Administrativa para realizar el registro, la cual no debe obrar de manera discrecional o arbitraria. Debe seguir la Constitución y la ley en sus procedimientos y en los criterios y términos que fije para la inscripción. Y en caso de que no cumpla este deber, la Corte se refirió al derecho de las víctimas a “realizar el seguimiento y controvertir las actuaciones surtidas por la Unidad Administrativa”.

El registro tiene entonces un propósito específico en el proceso y debe presentar unas características propias. A partir del registro se busca que el Estado concentre la actuación sobre un inmueble específico (es un registro de tierras y de las víctimas relacionadas con este) como objeto de acción y sea esta la vía de entrada a la jurisdicción. La elaboración del registro es un proceso jurídico de índole administrativa, en donde aplican las reglas de estas actuaciones y se persigue que tenga el mayor grado de certeza posible. Pero el registro no es definitivo. El sistema es mixto, administrativo y judicial, y será la jurisdicción la que declare de manera definitiva los derechos sobre ese predio registrado. No obstante, mientras esa decisión definitiva, lograda mediante sentencia ejecutoriada, sea alcanzada, el registro –como todo acto administrativo– tiene una presunción de legalidad que acompaña a dichos actos.

Con base en estas características del registro y su posición dentro del proceso como un todo, parece razonable pensar que

la actividad administrativa del registro es una base fundamental para facilitar el trabajo judicial. La actividad realizada por la administración no debería ser repetida en la etapa judicial y, por tanto, a cuanto mayor conocimiento de esta etapa pueda acceder el juez de restitución, mejores posibilidades tendrá de concentrar su actividad procesal a partir de lo que ya ha realizado la administración. En consecuencia, para efectos de eficiencia en la acción, parece razonable plantear que la información ya identificada y procesada durante la etapa administrativa sea accesible a los jueces de restitución.

No obstante, esta información tiene sentido si es tomada como un insumo que permite que el proceso avance y sea tomado de forma prospectiva. Contrario a ello es que la información sea entendida y usada como una fórmula de verificación de la actuación de la administración. Es decir que la etapa de admisibilidad se convierta en un control previo de legalidad de la actuación de la Unidad Administrativa que lleve a la revisión de los criterios y razonamientos empleados por la Unidad para hacer el registro. Esta visión sería contraria a los propósitos de la acción por al menos dos razones. En primer lugar, como ya se anotó, la filosofía de la acción es la búsqueda de una actividad administrativa y judicial que se complemente y que sus posibles vacíos sean subsanados en sentido tal, que los derechos de las víctimas sean garantizados mejor y más rápido. Por tanto, un control de legalidad que termine devolviendo el proceso operaría con la misma lógica de las nulidades procesales, las cuales fueron expresamente prohibidas por la ley. La lógica sobre la que se sustenta la ley es que estos vacíos sean subsanados sin retrotraer el procedimiento. En consecuencia, deben primar las soluciones que permitan el debate procesal.

En segundo lugar, la etapa inicial de tramitación no resulta ser el momento oportuno para tomar decisiones de fondo que modifiquen la naturaleza de un acto administrativo en firme. En el ordenamiento jurídico existe el principio de obligatoriedad del cumplimiento de los actos administrativos mientras no hayan sido anulados o suspendidos por el juez competente, el cual tiene sentido práctico y no solo formalista en este proceso. Un respeto mínimo por las competencias de cada uno de los intervinientes en el proceso requiere que una decisión que modifique una valoración jurídica o fáctica realizada por la administración dentro de

sus competencias sea producto de un juicio de fondo, en donde se permita una discusión y defensa por parte de la administración de su posición al respecto. Esta controversia procesal parecería sobrepasar los intereses de la etapa de tramitación inicial de las peticiones o admisibilidad.

**Conclusión:** El proceso de restitución no hace una distinción jerárquica entre jueces especializados y Unidad. Si se quiere, se trata de las dos piernas de un mismo cuerpo. En esta medida, un proceso de restitución no es un escenario para determinar la preponderancia o supremacía de facultades, tareas u obligaciones, sino un espacio para avanzar en una tarea conjunta que implica el respeto de los actos o actuaciones de la otra parte. La presunción de legalidad de los actos expedidos por la Unidad está vigente, y si el juez considera rebatir al respecto, podrá hacerlo a través del debate sustancial del proceso y respetando las reglas establecidas para tal efecto.

**Sexta tesis:** *La jurisprudencia debe dar lugar a una etapa de admisibilidad en donde se logren acuerdos mínimos operativos de las instituciones que permitan un proceso armónico en garantía de la justicia y los derechos de las víctimas.*

Uno de los principales problemas actuales para determinar las posibles y mejores soluciones a las dudas que se presentan sobre la tramitación de casos es la abundancia de razones existentes para considerar, así como su falta de agregación u ordenación. En la medida en que las dudas han surgido de la práctica, muchos de los casos han generado “causales” que han ido engrosando la lista de situaciones a considerar. Esto ha hecho, además, que la lista haya ido creciendo sin tener un orden o clasificación de causales, lo cual dificulta distinguir las y tratarlas de manera coherente. La Unidad Administrativa ha ido consolidando, a partir de los casos, una lista de más de 70 causales, mientras que los jueces evalúan que son solamente cuatro. Esta discrepancia muestra la necesidad de crear puntos comunes para iniciar la discusión de acuerdos prácticos.

Una primera distinción a la que podría llegarse para diferenciar y, a la vez, permitir una agrupación mínima es distinguir los asuntos que se refieren al trámite de aquellos aspectos sustantivos de la demanda (presupuestos sustanciales de la acción). Respecto a lo que ha sido la experiencia, es posible distinguir al

menos tres tipos de requisitos: 1) los requisitos más procesales o de trámite (como certificaciones de representación judicial, copias de poderes, copias de cédula de ciudadanía, entre otros); 2) requisitos para formar una opinión sobre el objeto del caso y las pretensiones (informes técnicos prediales, identificación de linderos, etc.); 3) información relacionada con las órdenes que se solicitan al despacho de restitución para producir una decisión transformadora de derechos.

Cada uno de estos grupos de causales tiene una entidad distinta y, por tanto, podrían dar lugar a soluciones jurídicas diferentes en caso de que uno de ellos falte. Por esto, es necesario empezar a separarlos para obrar de manera más expedita en su solución concreta. Por ejemplo, la situación de una demanda que tenga los requisitos para formar una opinión sobre el caso, pero en la que no se haya presentado de manera adecuada la información sobre determinadas pretensiones, o falte información de verificación de identidades, a pesar de que exista la identificación de las personas, será diferente a la situación de una demanda en la que no se logre determinar qué es lo que se presenta como núcleo del caso. Mientras que los primeros y terceros puntos podrían dar lugar a un trabajo paralelo que evite retrasos, sin los segundos es imposible iniciar siquiera un análisis del caso.

Una segunda opción metodológica que podría permitir una visión más global y operativa sería agrupar las causales en núcleos temáticos básicos. La propuesta inicial sometida por un grupo de trabajo de funcionarios judiciales hace una agrupación de tres temas: 1) representación judicial, en donde se incluyen la solicitud de representación judicial de la víctima a la Unidad Administrativa y el acto administrativo de designación con documentos de soporte, entre otros. 2) Los requisitos del artículo 84, que incluye i. el “requisito de procedibilidad”, consistente en la resolución de inclusión en el Registro, ii. información sobre la identificación e individualización sobre el predio, iii. los fundamentos de hecho, iv. los fundamentos de derecho, v. la identificación e individualización del reclamante y su núcleo familiar, vi. el certificado de matrícula inmobiliaria, y vii. el avalúo catastral. 3) Los “presupuestos sustanciales de la acción”, que involucran la calidad de víctima, identificación del predio (antes ya incluida), la relación jurídica del reclamante con el predio, así como

información relevante para dictar órdenes “diferentes a la restitución jurídica y material del predio”.

Si bien la iniciativa de articular las causales es buena, la ejecución sigue siendo confusa. Algunos pasos se repiten y la propuesta no presenta una estrategia del todo coherente. Es por ello que una alternativa podría ser agrupar estos núcleos temáticos a partir de los propios intereses establecidos por el legislador en el artículo 84 de la ley. En líneas generales, la Ley 1448 establece cuatro aspectos centrales de la acción que deben ser determinados en sede judicial, a partir del trabajo previo realizado en sede administrativa: 1) la identificación de sujetos intervinientes y cuyos derechos están en disputa; 2) la identificación del predio objeto de restitución; 3) la determinación de los hechos que sustentan la acción; y 4) la descripción de los fundamentos jurídicos a partir de los cuales se estructura la teoría del caso y se derivan las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, para la tramitación y decisión final de la acción es fundamental que el Estado tenga claridad sobre las personas que ostentan la titularidad de los derechos que se van a adjudicar o que tendrían interés en dicha adjudicación judicial. Esto involucra tanto a los beneficiarios de la acción (víctimas y núcleo familiar), así como a los posibles interesados en la acción debido a que la determinación jurídica podría afectarles sus derechos o expectativas (terceros u opositores). Sin víctimas, sencillamente, no hay acción. Para tramitar la acción es entonces necesario identificar a las víctimas y tener información (en caso de que esta exista, sobre los terceros).

En segundo lugar, la acción de restitución de tierras, como una acción real, se fundamenta en la existencia de un predio cierto que ha sido objeto de abandono. Identificar el predio es entonces necesario para la tramitación inicial de la acción. Ahora bien, la práctica ha demostrado que no existe una forma única para esta identificación y que, en el terreno, los casos presentan particularidades y dificultades, las cuales deben ser enfrentadas. Esto no excluye, sin embargo, el requisito de identificación del predio.

En tercer lugar, la ley busca presentar una solución jurídica a una situación de violencia dentro de un marco fáctico y temporal definido. La acción de restitución no es una medida general, sino excepcional y particular, por tanto, si no se verifican estos

requisitos no es posible su tramitación. Así las cosas, la descripción de los hechos de que trata el artículo 84 puede ser entendida en clave de justificación y presentación de que se cumple con estos requisitos. Adicionalmente, otros hechos pueden ser relevantes, dependiendo del caso, para determinar el camino procesal de una acción, pues la situación y voluntad de las víctimas con posterioridad a su victimización trazará una u otra vía procesal.

Finalmente, la ley tiene un interés adicional por determinar la relación jurídica con el predio de quienes alegan la reivindicación de sus derechos a través de la acción. Esto requiere leer el requisito de descripción de los fundamentos jurídicos en términos de teoría del caso. Es decir, en la manera en que la Unidad Administrativa desarrolla una teoría del caso –a partir de su investigación previa–, en donde señala la relación jurídica de la víctima con el bien, la estructura jurídica que aplicaría a esta relación y su posible determinación judicial.

Estos son los cuatro ejes fundamentales de discusión. Otra cosa son los instrumentos que permiten llegar a la determinación plena de estos cuatro criterios. Así, por ejemplo, es posible distinguir entre estos aspectos materiales y el ya mencionado “requisito de procedibilidad” de la inclusión en el registro de tierras. La racionalidad que subyace tras la inclusión de la prueba de este requisito en la etapa judicial es que no existan casos en donde se acuda directamente a la justicia sin que se haya agotado la etapa inicial de la acción. Esto, pues se trata de una acción concentrada que tiene dos etapas. En esa medida, el requisito es que se cumpla con la etapa administrativa y lo que se pide para la tramitación inicial es tener certeza de ello. Por tanto, así la filosofía de este requisito esté en el artículo 84, no es la misma que la de los cuatro puntos anteriormente mencionados.<sup>67</sup>

Estos cuatro grandes grupos pueden, a su vez, ser combinados con la clasificación antes propuesta, relacionada con la naturaleza de la información y su uso judicial. Así las cosas, el cuadro de la página siguiente presenta un ejemplo de cómo la integración de estas dos variables puede llevar a un principio de ordenación de las múltiples causales que han sido descubiertas en la práctica.

---

67 En la tesis número cinco se trataron con más detalle los desafíos propios de este requisito.

Esta organización puede llevar a una mayor claridad sobre al menos dos puntos. El primero es sobre qué es realmente necesario para el propio inicio del estudio del caso (lo cual ameritaría que sin el cumplimiento de este requisito no exista alguna posibilidad siquiera de considerar la petición), y que lo hace diferente de aquello que es importante conocer, que determinará el trámite y la naturaleza de la decisión, pero que puede ser allegado posteriormente al juzgado. Con base en los principios de celeridad, informalidad y eficacia, esta distinción puede llevar a soluciones jurídicas distintas. Por ejemplo, a devoluciones en los primeros casos, y a requerimientos en los segundos.

El segundo tema que este modelo, además, podría establecer cuáles de los aspectos requeridos por las causales son necesarios u obligatorios y cuáles de ellos son superables o pueden ser reemplazados. Esto, pues una de las características de la acción es la flexibilidad probatoria orientada a la certeza judicial. La ley no busca que se emitan decisiones sin material probatorio, pero tampoco establece listas cerradas de medios probatorios, tal como lo hace el propio artículo 84. De allí que si bien alguna información relevante es indispensable en un formato específico, que excluye en principio cualquier sustituto (v. g., certificado de tradición y libertad), sería un error pensar en que es posible definir una tarifa probatoria o una lista cerrada de instrumentos que cumplan los requisitos de tramitación inicial o los aspectos sustantivos de la demanda. En algunos casos, formatos específicos de información podrán ser comunes, pero siempre habrá que pensar en que a la convicción judicial se puede llegar mediante distintos elementos de prueba. Por tal razón no es recomendable usar las “causales” que se han ido definiendo en la práctica como una lista de chequeo única de admisión. Lo que se debe buscar es si con el material disponible es posible alcanzar ese grado de convicción que busca la ley.

Conclusión: La creación de mecanismos de sistematización de causales de inadmisión es un imperativo por dos razones: i. porque permite decantar y acumular conocimiento, de tal manera que se logren acuerdos y soluciones conjuntas con base en la buenas y malas prácticas, y ii. porque da claridad sobre qué es realmente necesario para las diferentes etapas del proceso; de lo contrario, es muy difícil sostener que las alternativas usadas hasta el momento sean realmente beneficiosas para el proceso.

	<b>Información necesaria para tomar decisiones de tramitación (presupuestos procesales de la acción)</b>	<b>Información necesaria para adoptar una decisión de fondo del caso (presupuestos sustantivos de la acción)</b>	<b>Información necesaria para adoptar una orden específica en el caso</b>
1. Identificación de sujetos intervinientes			
2. Identificación del predio			
3. Fundamentos de hecho			
4. Fundamentos de derecho			

**Séptima tesis:** *Los acuerdos mínimos deben llevarse a fórmulas que permitan una homogeneización del tratamiento de casos y a metodologías públicas que puedan ser utilizadas por los distintos operadores jurídicos.*

Uno de los desafíos de la práctica judicial de la acción de restitución de tierras en Colombia es cómo garantizar coherencia y congruencia de la aplicación de la ley, pues el sistema no tiene unos mecanismos muy claros de precedente judicial. No existe, como en la jurisdicción ordinaria, un órgano de cierre claro que guíe la interpretación del sistema y unifique las posibles interpretaciones discordantes.

Es por ello que los operadores jurídicos deben avanzar de manera creativa en medidas que permitan crear consensos mínimos para, dentro del principio de independencia judicial, ayudar a promover la congruencia del sistema. En las soluciones de las controversias de admisibilidad de las solicitudes es prioritario que este escenario se potencie. Varias herramientas podrían ser exploradas, por ejemplo, acuerdos básicos que permitan a la Unidad Administrativa avanzar en demandas modelo que sean luego tomadas por los jueces como referentes mínimos generales (obviamente entendiendo que la particularidad de los casos haría imposible un solo formato de presentación). Al mismo tiempo, otra fórmula podría ser una actuación reglamentaria del Consejo Superior de la Judicatura a partir de un diálogo entre Unidad Administrativa y jueces sobre unos requisitos mínimos de la acción. En cualquier caso, lo fundamental es que exista voluntad conjunta para llegar a un modelo que sea operativo y que permita alcanzar unos derroteros mínimos en

donde cada uno de los intervinientes asuma su rol en coordinación con el de los otros intervinientes.

Conclusiones: La acumulación de aprendizaje es necesaria siempre que se quiera lograr una economía de escala. La transitoriedad del proceso especial de restitución obliga a que este aprendizaje se dé lo más pronto posible y que las discusiones sean potenciadoras y no ineficientes. Por esta razón, las instituciones deben estar en constante disposición de acuerdo, de tal manera que se zanjen las discusiones para optimizar los resultados.

## **Capítulo 2**

### **El principio de buena fe en el proceso de restitución de tierras**

**En el capítulo anterior** se abordaron algunos problemas de naturaleza procesal que se han identificado en la implementación de la Ley 1448 de 2011. Este capítulo amplía la reflexión sobre algunos dilemas probatorios relacionados específicamente con el alcance de la presunción de buena fe y el concepto de buena fe exenta de culpa, donde se identifican al menos tres problemas. El primero, se relaciona con el alcance de la presunción de buena fe y la posibilidad de derrotar dicha presunción, en los casos donde las declaraciones de la víctima no son claras o se evidencian inconsistencias o contradicciones. El segundo, con la proporcionalidad de las disposiciones de la Ley (artículos 76 y 88), que excluyen de la aplicación de la presunción de buena fe a las víctimas de abandono o despojado de predios distintos al que es objeto de restitución, así como a las víctimas de otros hechos victimizantes, asignándoles el deber de probar la buena fe exenta de culpa. El tercer problema gira en torno al estándar de la buena fe exenta de culpa exigida a los opositores (artículo 88). En la práctica, tanto la Unidad como los jueces y magistrados de restitución se han visto en la disyuntiva de aplicar ese estándar respecto de terceros vulnerables que sin haber participado de los hechos que ocasionaron el despojo o abandono, no logran demostrar todos los elementos necesarios que exige la buena fe exenta de culpa.

En este sentido, surgen varias preguntas de ese contexto: ¿es importante mantener el estándar de buena fe exenta de culpa tratándose de terceros altamente vulnerables? Si es así, ¿debe el juez ordenar algunas medidas para evitar la vulneración de derechos fundamentales a estos terceros, con ocasión de la diligencia de desalojo del predio restituido?

El objetivo de este capítulo es avanzar en la reflexión del contenido de cada uno de estos ejes temáticos, a fin de generar

soluciones y proponer herramientas específicas para que funcionarios de la Unidad y los operadores judiciales puedan dar respuesta a los problemas mencionados, dentro de un marco amplio de interpretación y aplicación que incluye tanto el contexto transicional al que se adhiere la ley como la doctrina constitucional que se ha proferido en la materia.

Para ello se divide el capítulo en dos partes. En la primera, se abordará el desarrollo del concepto de buena fe en el derecho constitucional y en el derecho ordinario, para luego, en la segunda parte, evaluar su alcance en el proceso de restitución de tierras.

### **Elementos del derecho y la jurisprudencia constitucional y de la doctrina civil clásica respecto del concepto de buena fe**

La doctrina y la jurisprudencia no han desarrollado un concepto unívoco de lo que es la buena fe, pues se trata de una institución dúctil y transversal a los diferentes ámbitos del derecho. Debido a ello, y a fin de aclarar el contenido y alcance de este principio, a continuación se presentarán los principales desarrollos de esta noción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la doctrina civil clásica.

#### **Principio de buena fe en la Constitución y en jurisprudencia constitucional**

La buena fe es un principio expresamente consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, el cual establece: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante éstas”.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la formulación explícita de la buena fe en la Constitución Política implicó un salto cualitativo en la definición de la naturaleza y alcance de este concepto. Al respecto, se afirma que la buena fe pasó de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico; informa la labor del intérprete y constituye un decisivo instrumento de integración del sistema de fuentes

colombiano,<sup>1</sup> lo cual facilita su aplicación directa en las actuaciones del derecho público y privado.

En términos amplios, la buena fe ha sido entendida como una exigencia a los particulares y a las autoridades públicas de ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, recta y leal (Valencia Zea, 2006, pp. 190-191).<sup>2</sup> Al respecto, señala la Corte:

En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho<sup>3</sup> a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio [...] impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan –lealtad y honestidad– estableciéndola como presunción en todas las gestiones que “aquellos adelanten ante estas”.<sup>4</sup>

De la norma y jurisprudencia citada se derivan dos aspectos: por un lado, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, que se predica por igual de los particulares y de las autoridades públicas, y, por el otro, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades.<sup>5</sup>

Específicamente, tratándose de actuaciones de víctimas de desplazamiento forzado, la Corte ha avanzado en la construcción de una amplia doctrina sobre el principio de buena fe, estableciendo una serie de reglas jurisprudenciales que deben orientar la labor de los funcionarios.

1 Ver al respecto Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-131 de 2004. M. P. Clara Inés Vargas Hernández; 19 de febrero de 2004.

2 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-460 de 1992. M. P. José Gregorio Hernández Galindo; 15 de julio de 1992; T-209 de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño; 17 de marzo de 1992.

3 Los principios generales de derecho constituyen postulados en los que se incorporan los valores materiales básicos que integran la conciencia ético-jurídica de una nación, y en ellos se funda todo el ordenamiento jurídico.

4 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-892 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil; 22 de agosto de 2001; C-428 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil; 29 de mayo de 2002.

5 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-544 de 1994. M. P. Jorge Arango Mejía; 1 de diciembre de 1994; C-540 de 1995. M. P. Jorge Arango Mejía; 23 de noviembre de 1994; C-1194 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil; 3 de diciembre de 2008.

En primer lugar, la Corte ha insistido en la necesidad de interpretar el contenido de las disposiciones normativas relacionadas con las víctimas de desplazamiento forzado, de conformidad con: i. las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad;<sup>6</sup> ii. los principios y derechos constitucionales y legales, tales como la buena fe, favorabilidad, prevalencia del derecho sustancial, participación conjunta, confianza legítima, trato digno y *habeas data*;<sup>7</sup> y iii. la jurisprudencia constitucional que reconoce la especial condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta de las víctimas.<sup>8</sup>

Lo anterior, dando cumplimiento al principio de supremacía constitucional, que elimina los márgenes de apreciación absoluta de las normas, obligando a los operadores administrativos y judiciales a adoptar las interpretaciones que más se ajusten a la Constitución y al precedente judicial.

En segundo lugar, la Corte ha clarificado las causales de “no inscripción” de los declarantes en el Registro –inicialmente el RUPD y posteriormente RUV–, estableciendo subreglas en la materia. Estas son:

- En relación con la primera causal (“Cuando la declaración resulte contraria a la verdad”), la Corte ha considerado imprescindible la aplicación de la presunción de buena fe e inversión de la carga de la prueba, estableciendo las siguientes pautas:
  - a) En virtud del principio de buena fe, los funcionarios deben tomar como ciertas, *prima facie*, las declaraciones y las

---

6 Específicamente la Corte se refiere al artículo 17 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949, el cual dispone que en aquellos casos donde tiene lugar un desplazamiento forzado, las autoridades del Estado deberán tomar todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación. Igualmente, se citan expresamente los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas.

7 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-327 de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 26 de marzo de 2001; T-441 de 2012. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; 14 de junio de 2012; T-650 de 2012. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 23 de agosto de 2012; T-076 de 2013. M. P. Alexei Julio Estrada; 14 de febrero de 2013.

8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-715 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de septiembre de 2012.

pruebas aportadas por el declarante, siendo los indicios considerados prueba válida. Es por ello que si el funcionario considera que el declarante miente, es su obligación y no la del declarante, demostrar que la declaración o la prueba falta a la verdad, o que no existen las circunstancias de amenaza directa alegadas por el declarante.<sup>9</sup>

- b) En los casos en que exista solamente la afirmación del declarante de su calidad de desplazado, y la administración cuente con razones que justifican la ausencia de dicha situación, se hace necesario un elemento de juicio adicional que permita inferir que quien dice ser desplazado por la violencia efectivamente lo es y, así poder trasladar la carga de la prueba a la entidad demandada en virtud del principio de la buena fe.<sup>10</sup>
- c) Por último, si el funcionario observa contradicciones o advierte una incompatibilidad en los enunciados de la declaración, sólo podrá rechazar la inclusión en el Registro, si se trata de una incompatibilidad referida al hecho mismo del desplazamiento –no a otros hechos accidentales o accesorios–. De acuerdo con la Corte, generalmente estas situaciones se configuran en casos de extrema necesidad, en las cuales las víctimas del desplazamiento incurrían en contradicciones, imprecisiones o ficciones menores que no tienen como propósito hacer fraude al derecho, al Estado o a terceros, sino que lo que pretenden básicamente es superar los obstáculos impuestos por las autoridades,

---

9 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-327 de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 26 de marzo de 2001; T-563 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 26 de mayo de 2005; T-468 de 2006. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; 9 de junio de 2006; T-821 de 2007. M. P. Catalina Botero Marino; 5 de octubre de 2007; T-211 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez; 23 de marzo de 2010; T-265 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez; 19 de abril de 2010; T-141 de 2011. M. P. Juan Carlos Henao Pérez; 4 de marzo de 2011; T-650 de 2012. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 23 de agosto de 2012; T-517 de 2014. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 17 de julio de 2014.

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-397 de 2009. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 4 de junio de 2009; T-265 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez; 19 de abril de 2010; T-650 de 2012. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 23 de agosto de 2012.

u ocultar cierta información por dignidad, vergüenza o miedo.<sup>11</sup>

De acuerdo con la Corte, estos criterios tienen su origen en las características particulares que comparten la mayoría de los desplazados, como son los altos niveles de analfabetismo, el temor reverencial hacia las autoridades públicas, el padecimiento de otras violaciones de los derechos humanos y el pánico a denunciar los hechos, condiciones que pueden influir en el desenvolvimiento del desplazado en el momento de rendir la declaración, haciendo que no exista la suficiente espontaneidad o claridad en dicha diligencia.<sup>12</sup>

En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, de acuerdo con el cual:

[n]o basta con probar que en las declaraciones de los desplazados se evidencian contradicciones, pues éstas deben ser determinantes, es decir, que constituyan parte esencial en la situación de desplazamiento, pues en muchos casos la población desplazada por su alto grado de analfabetismo, no son coherentes al dar declaraciones ya que, entre otros aspectos, sienten cierto temor hacia las autoridades públicas. [...] Por lo anterior, ni la Administración, ni la Jurisdicción deben solicitar a la persona desplazada probar su condición, pues la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de buena fe, de la que goza la declaración de desplazamiento, se encuentra en cabeza de las autoridades administrativas o judiciales, como ya se advirtió. [...] En virtud del principio de la buena fe toda duda debe ser resuelta a favor del desplazado por su relación especial de sujeción con el Estado.<sup>13</sup>

En síntesis, los parámetros que rigen la interpretación de la declaración de una persona en situación de desplazamiento son:

11 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-821 de 2007. M. P. Catalina Botero Marino; 5 de octubre de 2007; T-211 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez; 23 de marzo de 2010; T-076 de 2013. M. P. Alexei Julio Estrada; 14 de febrero de 2013.

12 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-563 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 26 de mayo de 2005; T-328 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño; 4 de mayo de 2007; T-211 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez; 23 de marzo de 2010; T-441 de 2012. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; 14 de junio de 2012; T-517 de 2014. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 17 de julio de 2014; T-112 de 2015. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 25 de marzo de 2015; T-290 de 2016. M. P. Alberto Rojas Ríos; 2 de junio de 2016.

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia. C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; 9 de mayo de 2012. Rad. 76001-23-31-000-2012-00306-01(AC).

i. la aplicación del principio y la presunción de buena fe a favor del desplazado; ii. la inversión de la carga de la prueba hacia la autoridad; iii. las contradicciones no pueden ser consideradas prueba suficiente de que el solicitante falta a la verdad<sup>14</sup> y, por ende, solo adquieren relevancia en cuanto se refieran al hecho esencial del desplazamiento y no a elementos accesorios a la situación. Esto es así por cuanto, como ha sido señalado en el desarrollo del documento, la buena fe constituye un elemento primordial en los principios que debe conducir la interpretación de las normas, configurándose en un criterio que debe guiar el actuar de los operadores jurídicos.

- En relación con la segunda causal (“Cuando existan razones objetivas y fundadas para concluir que de la misma no se deduce la existencia de las circunstancias de hecho previstas en el artículo 1 de la Ley 387 de 1997”), la Corte ha indicado lo siguiente:<sup>15</sup>
  - a) A efectos de valorar si existen razones objetivas y fundadas para considerar si se debe inscribir o no a una persona en el registro, la entidad competente debe tomar en consideración el principio de buena fe y, por ende, no se requiere que el declarante aporte plena prueba sobre los hechos que pone en conocimiento de la autoridad, sino que basta siquiera una prueba sumaria de la ocurrencia de los hechos para determinar que se encuentra en situación de desplazamiento.
  - b) No es válido que la entidad encargada de realizar el registro niegue la solicitud bajo el mero argumento de no tener conocimiento al respecto, siendo necesaria la demostración contundente de que no existen los presupuestos para inscribir a la persona en el registro. Es así, por cuanto los

---

14 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-265 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez; 19 de abril de 2010; T-650 de 2012. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 23 de agosto de 2012; T-076 de 2013. M. P. Alexei Julio Estrada; 14 de febrero de 2013; T-517 de 2014. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 17 de julio de 2014.

15 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-821 de 2007. M. P. Catalina Botero Marino; 5 de octubre de 2007; T-042 de 2009. M. P. Jaime Córdoba Triviño; 29 de enero de 2009; T-265 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez; 19 de abril de 2010; T-650 de 2012. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 23 de agosto de 2012.

hechos generadores del desplazamiento pueden ir desde la notoriedad nacional hasta la extrema reserva de ámbitos privados.

- c) En virtud del principio de favorabilidad, la normatividad debe interpretarse de la mejor manera que convenga a las personas obligadas a abandonar su lugar habitual de trabajo o residencia.
- Finalmente, en aplicación de las directrices antedichas, la Corte ha ordenado, dependiendo del grado de certeza en cada caso concreto, la inscripción de una persona en el Registro Único de Población Desplazada (ahora RUV) o la revisión institucional de la decisión de negar la inscripción, en aquellos eventos en los cuales se ha verificado que la autoridad estatal:<sup>16</sup>
  - a) efectúa una interpretación de las normas aplicables, contrariando los principios de favorabilidad y buena fe;
  - b) exige requisitos formales irrazonables o desproporcionados o ha impuesto barreras de acceso al registro que no se encuentran en las normas aplicables;
  - c) profiere una decisión que carece de suficiente motivación;
  - d) niega la inscripción por causas imputables a la administración y ajenas al solicitante; y, finalmente, cuando
  - e) impide que la persona pueda exponer las razones por las cuales considera que se encuentra en circunstancia de desplazamiento forzado o que ejerza los recursos arbitrados por el ordenamiento para controvertir la decisión administrativa que le niega la inscripción en el Registro.

### La buena fe en la doctrina clásica

La doctrina ha tratado de desarrollar una interpretación de la buena fe que permita hacerla operativa en diferentes ámbitos jurídicos. Doctrinantes como Jorge Parra Benítez (2011, p. 51) consideran que se trata de un principio y de una forma de conducta.

16 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-821 de 2007. M. P. Catalina Botero Marino; 5 de octubre de 2007; T-441 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández; 30 de mayo de 2007; T-650 de 2012. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 23 de agosto de 2012; T-076 de 2013. M. P. Alexei Julio Estrada; 14 de febrero de 2013.

En este mismo sentido se encuentran diversas disposiciones en el ordenamiento jurídico colombiano que soportan esta comprensión de la buena fe, comúnmente denominadas buena fe subjetiva y buena fe objetiva.

Por un lado, la buena fe subjetiva se refiere al aspecto psicológico de no tener la intención de causar un daño o lesión a un bien jurídico ajeno, y, en este sentido, la convicción de estar actuando conforme a las reglas de lealtad y honestidad. Por otro lado, la buena fe objetiva es una forma de conducta que consiste en acciones u omisiones dirigidas a materializar la lealtad en los negocios jurídicos. Esta última implica actos conscientes y deberes, razón por la cual no es suficiente tener la conciencia de que se está actuando de manera honesta y leal sino actuar efectivamente de esa forma. Se trata de una buena fe que no se presume, se prueba en el interior de un proceso judicial, mientras la subjetiva no requiere ser probada y se presume siempre que no exista una disposición que afirme lo contrario. (Neme Villareal, 2010, pp. 65-94).

De igual manera, el ordenamiento jurídico plantea la existencia de presunciones de mala fe,<sup>17</sup> es decir, presunciones de derecho que no admiten prueba en contrario, haciendo inadmisibles alegar la ignorancia del derecho como excusa.

Además de la clasificación anterior, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado el concepto de buena fe simple o corriente, y buena fe cualificada, o exenta de culpa. La primera implica que la persona tiene la convicción de estar actuando de manera leal y honesta, mientras la segunda se compone tanto de la convicción de estar actuando lealmente como de la comisión de actos de diligencia y cuidado que resulten suficientes para constituirse como titular de un derecho. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia afirma que en estos casos no basta la conciencia de estar negociando con el verdadero propietario, sino que es necesario que

---

17 Es importante aclarar que la buena fe no es un principio absoluto. La Corte Constitucional ha admitido excepcionalmente que la legislación contenga presunciones de mala fe, y si admite prueba en contrario o no, es relativo a cada caso particular. Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1194 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil; 3 de diciembre de 2008. El Código Civil dispone: "La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros casos, la mala fe deberá probarse".

esa creencia no sea el resultado de una imprudencia o de una negligencia en que no incurriría una persona avisada y diligente.<sup>18</sup>

En este sentido, esta figura exige la comisión de un error de hecho común que puede dar lugar a la creación de un derecho aparente, por lo cual también se denomina una buena fe creadora de derechos, aplicándose de forma excepcional y sólo en aquellos casos en los que la ley los prevé expresamente.<sup>19</sup> Algunos de los rasgos característicos de la buena fe exenta de culpa o creadora de derechos son:

- a) En principio se presume que las personas que ejercen un derecho, directamente o por medio de un representante, son los propietarios, pues los poseedores de las cosas suelen coincidir con los dueños legítimos. No obstante, en algunas ocasiones se rompe esta simetría cuando una persona aparece ante los demás como titular de un derecho sin serlo, y al actuar como dueño de buena fe de la cosa, se convierte en el propietario definitivo, ocasionando que el verdadero titular permanezca escondido y pierda definitivamente su derecho. Esto es lo que se considera un derecho aparente.
- b) En algunos casos, la ley establece que ese ejercicio de un derecho aparente da lugar a que jurídicamente se convierta en real bajo el argumento de la buena fe. Esto sucede cuando concurren los siguientes elementos:<sup>20</sup>
  1. Que el derecho o la situación jurídica aparentes tengan en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera

18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M. P. Arturo Valencia Zea. Sentencia del 23 de junio de 1958; Sala de Casación Penal – Decisión de Tutelas 2da Instancia Número 29085. M. P. Javier Zapata Ortiz; 23 de octubre de 2007.

19 Al respecto, la Corte Constitucional ha afirmado: “además de la buena fe simple, existe una buena fe con efectos superiores y por ello denominada cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa. Esta buena fe cualificada, tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1007 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández; 18 de noviembre de 2002).

20 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M. P. Arturo Valencia Zea. Sentencia del 23 de junio de 1958, citada por la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1007 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández; 18 de noviembre de 2002; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia Radicación N° 37202. M. P. Gustavo Enrique Malo; 2 de abril de 2014.

que cualquier persona prudente o diligente no pueda prever la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la acreencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes. De ahí que los romanos dijeran que la apariencia del derecho debía estar constituida de tal manera que todas las personas al examinarlo cometieran un error y creyeran que realmente existía, sin existir. Este es el error *communis*, error común a muchos.

2. Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley.
3. Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fe subjetiva en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de haber adquirido el derecho de quien es su legítimo dueño.

De acuerdo con lo dicho, a diferencia de la buena fe simple o corriente que exige solo una conciencia recta y honesta, la buena fe cualificada o creadora de derecho exige dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero hace referencia a la conciencia de obrar con lealtad, y el segundo exige la seguridad de que se es realmente el titular del derecho, lo cual implica averiguaciones adicionales y diligencia por parte del aparente dueño. La buena fe simple exige solo conciencia, mientras que la buena fe cualificada exige conciencia y certeza.<sup>21</sup>

En los casos excepcionales en los que la legislación establece la existencia de la buena fe exenta de culpa, es potestad legislativa determinar las condiciones en las que esta se hace operativa. Así, por ejemplo, en la Ley de Víctimas se establece que los terceros de buena fe exenta de culpa tendrán derecho a una compensación.<sup>22</sup> A diferencia de la disposición del Código Civil, al juez no le corresponde transformar el derecho aparente en un derecho real, sino compensarlo mediante el pago de una suma de dinero en efectivo, que en ningún caso podrá superar el valor del predio.

Esta es una de las razones por las que no todos los errores de hecho desvirtúan la buena fe de los titulares de derechos aparentes, y queda sujeto a la valoración del juez determinar cuándo estos

---

21 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal – Decisión de Tutelas 2da Instancia Número 29085. M. P. Javier Zapata Ortiz; 23 de octubre de 2007.

22 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. 10 de junio de 2011. D. O. 48.096, artículos 88, 91 y 98, entre otros.

errores son indicadores de una actuación con mala fe y cuándo se trata de un error común cometido con buena fe exenta de culpa.

La graduación de la buena fe es importante porque determina no sólo los elementos probatorios que deben aportarse al proceso, sino también la fidelidad de la actuación, la diligencia y el cuidado requeridos por el negocio jurídico determinado. Tanto los jueces como los funcionarios deben tener en cuenta que los derechos ficticios o aparentes que se legitiman a través de apariencia de legalidad pueden implicar una actuación de mala fe, pero en ocasiones se trata de errores comunes. En consecuencia, es responsabilidad del juez valorar en cada caso si el tercero actuó con buena fe exenta de culpa o con mala fe.

En síntesis, a través de la cualificación de la buena fe, el legislador está imponiendo una carga probatoria a quienes quieren constituirse como titulares de buena fe de un derecho aparente, para lo que es necesario que prueben tanto los elementos objetivos como subjetivos.

Tipo	Contenido	Alcance
Buena fe subjetiva	La convicción de haber actuado de forma leal y honesta sin haber causado lesión a un bien jurídico ajeno.	En principio, la buena fe subjetiva se presume, de manera que se invierte la carga probatoria, una vez probado el hecho base de la presunción. Se desvirtúa aportando pruebas objetivas que muestren un comportamiento contrario al alegado por el beneficiario de la presunción.
Buena fe objetiva	Actuar de forma leal y honesta, con el cuidado y la diligencia exigidos por la ley.	No se presume, corresponde a quien la alega probar que actuó de buena fe, aportando los elementos probatorios que demuestren la diligencia, la honestidad y el cuidado de su conducta.
Buena fe simple o corriente	La conciencia recta y honesta de estar actuando conforme a derecho.	Se prueba a través de hechos objetivos que demuestren que la actuación fue recta y honesta.
Buena fe cualificada o exenta de culpa	La adquisición aparente de un derecho en tanto se actúa de manera leal y honesta pasando por alto un error común que podría cometer cualquier persona que actúe con diligencia y cuidado en el negocio jurídico.	Es necesario que quien aparentemente adquirió el derecho de manera legítima aporte elementos probatorios que demuestren: <ul style="list-style-type: none"> <li>- la buena fe subjetiva a través de elementos indiciarios;</li> <li>- la diligencia y el cuidado, es decir, la buena fe objetiva;</li> <li>- demostrar que se trata de un error común.</li> </ul>

## **Buena fe en la ley de víctimas y en el proceso de restitución de tierras**

En al anterior apartado se presentaron los elementos generales de la doctrina sobre el concepto de buena fe, así como las principales líneas interpretativas de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en relación con este precepto. En este apartado se profundizará en las distintas acepciones de la buena fe introducidas en la Ley 1448, evaluando si los elementos señalados resultan coherentes con la naturaleza y finalidad del proceso de restitución.

### **Presunción de buena fe a favor de las víctimas de abandono o despojo del mismo predio e inversión de la carga de la prueba**

La Ley 1448 de 2011, en sus artículos 5 y 78, incorporó el principio de buena fe en la política de reparación y restitución de tierras, estableciendo el deber del Estado de presumir la buena fe de las víctimas. De la mano de lo anterior, se instituyó la prueba sumaria como requisito suficiente para demostrar la calidad de víctima,<sup>23</sup> relevando al declarante de la carga de la prueba. En consecuencia, la buena fe exigible a las víctimas es la simple o corriente, es decir, la convicción de haber actuado con honestidad y lealtad.<sup>24</sup>

23 En la Sentencia C-523 de 2009, la Corte Constitucional afirmó que la prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida por aquel a quien pueda perjudicar. De conformidad con la jurisprudencia, la prueba sumaria es plena prueba, lo que quiere decir que debe reunir las mismas condiciones de fondo de cualquier prueba: que sea pertinente y conducente, esto es, que sea la adecuada para demostrar un hecho o un acto jurídico concretos. En ese sentido, la doctrina ha sido uniforme en señalar que “la prueba sumaria suministra al juez la certeza del hecho que se quiere establecer en idénticas condiciones que lo hace la plena prueba, con la diferencia que la prueba sumaria no ha sido sometida a contradicción, ni conocimiento o confrontación por la parte contra quien se quiere hacer valer” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-523 de 2009. M. P. María Victoria Calle Correa; 4 de agosto de 2009).

24 El ordenamiento jurídico suele referirse al principio de buena fe cuando se trata del aspecto subjetivo de esta institución jurídica. Como antes se mostró, este principio implica que la buena fe de los particulares y de la administración se presume en todas las actuaciones, relaciones o negocios jurídicos, pues se trata de la convicción interna de los sujetos que ha sido establecida por el legislador en reconocimiento de relaciones lógicas que son de usual ocurrencia y de

La aplicación de este principio en relación con las disposiciones normativas sobre el desplazamiento forzado parte del reconocimiento de las condiciones de debilidad manifiesta, exclusión e indefensión de la población víctima, las cuales limitan sus posibilidades de probar plenamente los hechos victimizantes,<sup>25</sup> situación que se agrava por la frecuencia de obras fraudulentas tendientes a eliminar u ocultar las pruebas del despojo. A fin de superar estos obstáculos y dando cumplimiento a la doctrina de la Corte Constitucional en la materia, el legislador optó por la flexibilización de los estándares probatorios propios de los procesos ordinarios, liberando a los declarantes de altas exigencias probatorias. De esta manera, se facilita a las víctimas el acceso a un recurso efectivo para lograr la restitución de las tierras, avanzando en el cumplimiento de uno de los objetivos de los procesos transicionales.

Se ha señalado reiteradamente que la adopción del principio de buena fe tiene como efecto la inversión de la carga de la prueba. Con todo, la aplicación de este principio no implica que las víctimas se encuentran exoneradas de esta carga, sino que, por el contrario, les corresponde probar, así sea de forma sumaria, el daño que les fue impartido. Al respecto, es importante reiterar que las declaraciones gozan de plena validez como prueba, razón por la cual su contenido debe ser tomado como cierto (Bolívar *et al.*, 2012; Roldán, 2012; Unidad de Restitución, 2012), y en caso de identificar contradicciones, estas no son prueba suficiente de que el solicitante falta a la verdad.<sup>26</sup>

---

aceptación común para proteger un fin constitucionalmente valioso (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-669 de 2005. M. P. Álvaro Tafur Galvis; 28 de junio de 2005).

25 En todo caso, la Corte Constitucional ha aclarado que la calidad de víctima es una situación de hecho, que surge de una circunstancia objetiva: “la existencia de un daño ocurrido como consecuencia de los hechos previstos en el artículo 3 de la Ley 1448 de 2012”, independientemente de que la víctima haya declarado y se encuentre inscrita en el RUV. Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-253A. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 29 de marzo de 2012; C-715. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de septiembre de 2012; C-781 de 2012. M. P. María Victoria Calle Correa; 10 de octubre de 2012; C-099 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa; 27 de febrero de 2013.

26 Estos puntos fueron desarrollados con mayor profundidad en el apartado anterior.

En ese sentido, si el funcionario de la Unidad o el juez observan algunas imprecisiones y diferencias en las declaraciones del solicitante, no deben darles mayor relevancia si estas son coherentes y dignas de crédito en lo esencial y sustancial. En estos casos, el funcionario debería abstenerse de imponerle al solicitante el rigor de la ley penal, limitándose a advertirle a la persona sobre las eventuales consecuencias que contrae faltar a la verdad y tomar nota sobre las razones que pudieran explicar las inconsistencias.<sup>27</sup>

De esta manera se logra aplicar la doctrina jurisprudencial vigente sobre el principio de buena fe, de acuerdo con la cual, en caso de presentarse contradicciones: i. estas no pueden ser consideradas prueba suficiente de que el solicitante falta a la verdad; y ii. una vez probadas, es necesario demostrar que estas son determinantes, es decir que constituyen parte esencial en la situación de desplazamiento, a efectos de proceder con la decisión de no inclusión en el registro (en la etapa administrativa) o la negación de las pretensiones de restitución (en la etapa judicial).

Con todo, dado que la presunción de buena fe es legal, la certeza que esta provee al juez es solamente provisional, es decir, una vez se prueba el hecho base, la presunción entra a operar y se entenderá como cierta, a menos de que el oponente demuestre que la presunción es falsa.

En la etapa administrativa del proceso de restitución, la inversión de la carga de prueba opera tan pronto como el solicitante prueba de forma sumaria su calidad de víctima y la relación jurídica con el predio; es deber de la Unidad materializar el principio de buena fe, facilitando a las potenciales víctimas la demostración del daño sufrido, para lo cual deberá adelantar un estudio de la información aportada por los solicitantes y documentar debidamente el caso, acopiando las pruebas necesarias. Sin embargo, si después de esta labor persiste la duda, esta deberá resolverse siempre en favor de las víctimas;<sup>28</sup> es deber de la Unidad proceder con la inscripción del predio en el Registro.

---

27 Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-821 de 2007. M. P. Catalina Botero Marino; 5 de octubre de 2007.

28 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-052 de 2012. M. P. Nilson Pinilla Pinilla; 8 de febrero de 2012; C-250 de 2012. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; 28 de marzo de 2012; C-253A de 2012. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 29 de marzo de

En la etapa judicial, basta con la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación, y el abandono forzado y/o despojo, para trasladar la carga de la prueba al opositor, salvo que este también se reconozca como desplazado o despojado del mismo predio.<sup>29</sup> En estos casos, la valoración que se realice tanto de la solicitud presentada por la víctima como de la declaración del tercero víctima debe estar mediada por la buena fe que se presume de ambas partes.<sup>30</sup>

Con base en estas disposiciones, ni la Unidad ni el juez de restitución podrán asignar a las víctimas señaladas una carga de prueba mayor, exigiendo, por ejemplo, desvirtuar las presunciones establecidas en el artículo 77.<sup>31</sup> Esta informalidad probatoria opera en estos casos como una flexibilización de los requisitos comunes a los procedimientos civiles ordinarios, la cual se justifica en razón a la naturaleza especial de la acción de restitución.

En este sentido, aunque la ley no exonera a las víctimas de probar, pues deben aportar como mínimo una prueba sumaria, tanto la Unidad como los jueces y magistrados de restitución tienen una labor más activa de cara a determinar la calidad de víctimas del solicitante y demás intervinientes que aducen ser víctimas de abandono o despojo del mismo predio, para lo cual podrán:

- a) ordenar la práctica de pruebas solicitadas por las víctimas, si estas son pertinentes y conducentes;
- b) decretar las pruebas de oficio que se consideren necesarias (declaraciones de parte, testimonios de terceros, documentos, dictámenes periciales, inspecciones judiciales, entre otros);

---

2012; C-781 de 2012. M. P. María Victoria Calle Correa; 10 de octubre de 2012. En estas, la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, destacando la importancia que tenía para la garantía de los derechos de las víctimas que se diera un entendimiento amplio al conflicto armado interno en Colombia, y se evaluara en cada caso concreto si existía una relación cercana y suficiente con el conflicto que permitiera inferir la condición de víctima y, en caso de duda, se resolviera siempre en favor de las víctimas.

29 Ley 1448 de 2011, artículo 78.

30 *Ibid.*, artículo 61, inciso 2.

31 Tribunal Superior de Cartagena, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Providencia. 27 de agosto de 2013.

- c) requerir la información necesaria a otras autoridades, entidades u oficinas;
- d) aplicar especiales criterios de valoración probatoria, tales como hechos notorios, juramentos estimatorios, inversión de la carga probatoria, presunciones legales y de derecho, indicios y la aplicación de las reglas de la experiencia, entre otros.<sup>32</sup>

Con base en estos elementos de prueba y en virtud de la presunción de buena fe, es deber de los funcionarios:

- a) dar crédito a estas pruebas, evitando en la medida de lo posible su duplicidad, pues ello conllevaría la dilación innecesaria e injustificada del proceso;
- b) evitar ordenar reiteradamente ampliación de la declaración por parte del solicitante –en la etapa administrativa– o las versiones juramentadas –en la etapa judicial–; esta práctica es excepcionalmente admisible a efectos de obtener claridad sobre los elementos centrales y sustantivos del caso;
- c) tener presente la posibilidad de que el solicitante no sea capaz de recordar los hechos con total nitidez y coherencia, debido a las secuelas del desplazamiento. En estos casos, los funcionarios deben evitar la formulación de preguntas capciosas tendientes a hacer incurrir al solicitante en contradicción, pues dicha práctica constituye una violación del principio constitucional de buena fe y un desconocimiento a la situación personal, derechos y dignidad de las víctimas, como sujetos de especial protección del Estado.<sup>33</sup>

---

32 Algunos de estos criterios han sido aplicados por los magistrados especializados en restitución de tierras. Al respecto, véase Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Providencia. 15 de marzo de 2013; Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Providencia. 4 de julio de 2013; Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Providencia. 18 de diciembre de 2013; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia. M. P. María del Rosario González de Lemos; 27 de abril de 2011.

33 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-327 de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 26 de marzo de 2001; T-441 de 2012. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; 14 de junio de 2012; T-076 de 2013. M. P. Alexei Julio Estrada; 14 de febrero de 2013.

### Buena fe exenta de culpa exigida a terceros

Además de establecer la presunción de buena fe a favor de las víctimas, la ley se refiere en otros apartes a la buena fe exenta de culpa que deben acreditar los opositores en el proceso de restitución, asignándoles una carga probatoria mayor. Esta exigencia fue incorporada en la ley con el objetivo de evitar la legalización de despojos, o que posibles despojadores logran acceder a las compensaciones.

En el artículo 88 se encuentran reguladas las oposiciones y la forma en que estas deben presentarse en el interior del proceso judicial, y el tercer inciso menciona que el escrito de oposición debe ir acompañado de los documentos que se quieren hacer valer como pruebas, incluido aquel que acredita la buena fe exenta de culpa del opositor.

Esta cualificación de buena fe impone una carga probatoria alta a quienes pretenden acreditar haber adquirido con buena fe exenta de culpa un derecho aparente sobre el predio objeto de disputa. Ahora, dado que la ley no aclara el contenido y alcance del concepto de buena fe exenta de culpa, en el proceso de restitución se ha dado aplicación a la doctrina desarrollada en el ámbito civil, de acuerdo con lo cual se exige demostrar:

- a) La buena fe subjetiva, esto es, la convicción de que actuaron con la debida diligencia y cuidado y conforme a las reglas de la lealtad y honestidad. En relación con este elemento, exige no tener la intención de causar un daño o lesión a un bien jurídico ajeno.
- b) La buena fe objetiva implica que efectivamente actuaron en cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado, razón por la cual no es suficiente tener la conciencia de que se está actuando de manera honesta y leal, sino actuar efectivamente de esa forma, probando dentro de un proceso judicial una normal diligencia.
- c) Que cometieron un error común de hecho, el cual era imprevisible e inevitable, que da lugar a la creación de un derecho aparente.<sup>34</sup>

---

34 En el apartado 1.1 se expusieron con detalle los elementos que deben concurrir para que tenga lugar la creación del derecho aparente.

En consecuencia, se exige que el tercero opositor haya realizado las verificaciones y averiguaciones específicas sobre la situación de la contraparte y del predio, y, adicionalmente, haya realizado todos los esfuerzos investigativos para conocer la situación contextual en que tuvo lugar el negocio jurídico (Vargas *et al.*, en prensa).

De igual manera, los funcionarios judiciales deberán valorar las condiciones previas, concomitantes y posteriores al acto de negociación, a fin de verificar que estas se realizaron con medios legítimos y exentos de fraude, así como los elementos adicionales relacionados con el contexto que les permitan develar si hubo o no despojo de tierras en el caso concreto. Para ello es importante que el operador judicial verifique si el opositor logró desvirtuar las presunciones legales establecidas en el artículo 77 de la ley, algunas de las cuales establecen la ausencia de consentimiento o causa lícita en los negocios jurídicos mediante los cuales se transfirió o se prometió transferir un derecho real, la posesión o la ocupación sobre inmuebles en los siguientes casos:

- a) En regiones donde hayan ocurrido actos de violencia generalizados, desplazamientos forzados colectivos o violaciones graves de los derechos humanos en la época en que ocurrieron las amenazas o los hechos de violencia que se alega, causaron el despojo o abandono.
- b) Sobre inmuebles donde se hayan solicitado medidas de protección, individuales o colectivas, relacionadas en la Ley 387 de 1997, excepto en aquellos casos autorizados por la autoridad competente.<sup>35</sup>

---

35 En relación con este punto, es importante reiterar que el examen de las resoluciones de autorización o levantamiento de las medidas de protección debe ser muy cuidadoso, por cuanto, en muchos casos, dichas resoluciones se expidieron sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para el efecto. Al respecto, la Superintendencia de Notariado y Registro, en los informes de los resultados de investigación adelantados en las oficinas de registro de instrumentos públicos en varias zonas del país, ha constatado varias irregularidades en relación con las ventas de predios protegidos, tales como autorizaciones de enajenación de rutas colectivas posteriores a las escrituras de enajenación, resoluciones de autorización de enajenar que no indican el comprador, resoluciones de autorización de compraventa sin motivación, inscripciones sin autorización de venta y autorizaciones sin ejecutoria, autorizaciones de enajenación sin el cumplimiento de los requisitos de ley, ausencia de inscripción de medida de protección en folios segregados de uno matriz y predios objeto a propiedad par-

- c) En aquellos casos donde se desplazó la víctima de despojo, sus familiares o mayores de edad o sus causahabientes.
- d) Sobre inmuebles colindantes de aquellos que con posterioridad a los hechos de violencia o despojo se produjo un fenómeno de concentración de la tierra en una o más personas, directa o indirectamente.
- e) Sobre inmuebles vecinos de aquellos de donde se hubieren producido alteraciones significativas de los usos de la tierra, con posterioridad a la época en que ocurrieron las amenazas, los hechos de violencia o el despojo.
- f) Con personas que hayan sido extraditadas por narcotráfico o delitos conexos, hayan actuado por sí mismo en el negocio, o a través de terceros.
- g) En los casos en que el valor efectivamente pagado sea inferior al 50% del valor real de los derechos cuya titularidad se trasladó en la transacción.<sup>36</sup>
- h) Frente a la propiedad adjudicada en virtud de la Ley 135 de 1961 a empresas comunitarias, asociaciones y cooperativas campesinas, cuando con posterioridad al desplazamiento forzado se haya dado una transformación en los socios integrantes de la empresa.

De acuerdo con el legislador y la jurisprudencia, el miedo generado por el inminente peligro y el estado de necesidad económico<sup>37</sup> en el que fueron sumergidas las víctimas al encontrar-

---

celaria en los que no se inscribió la medida de protección. Al respecto, véase Superintendencia de Notariado y Registro (2011) y Uprimny *et al.* (2011).

36 En relación con este punto, es necesario tener en cuenta que será muy difícil considerar como error común la disposición de los campesinos a vender por precios irrisorios, sin que eso estuviese vinculado a las dinámicas del conflicto armado. Por ello es necesario investigar, partiendo de los testimonios de víctimas o victimarios, si existía una relación entre los actores armados ilegales y los nuevos compradores.

37 El “estado de necesidad” es aquel en virtud del cual las personas desplazadas en condiciones de extrema vulnerabilidad, producto del desarraigo y dada su precaria condición económica, se sienten constreñidas a efectuar o celebrar un negocio jurídico en condiciones en las que no hubieran contratado en contextos de normalidad para solventar de forma transitoria sus necesidades. Al respecto, véase Tribunal Superior de Cartagena, Sala Civil Especializada en Restitución

se en el epicentro de la violencia, explican claramente por qué terminaban actuando en contra de sus verdaderas intenciones, intereses y deseos. En estos casos se entiende que tuvo lugar no un vicio del consentimiento sino la inexistencia del mismo, en virtud de la difícil situación que aquejaba a las víctimas, sin vislumbrar otras posibles soluciones, aparte de la realización del negocio jurídico.<sup>38</sup>

Estas disposiciones no son nuevas en nuestro ordenamiento jurídico. Desde la expedición de la Ley 201 de 1959, la jurisprudencia venía reconociendo la posibilidad de declarar la nulidad de cualquier acto jurídico de carácter civil que se hubiera realizado durante la declaratoria de estados de sitio por conmoción interior, por vicios del consentimiento, y concretamente en aquellos casos en que el comprador se aprovecha del temor en que su vendedor se encontraba por causa del clima de violencia.<sup>39</sup> De acuerdo con esta sentencia, con fundamento en la Ley 201 precitada, es bastante cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad que dio lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior se haga en la celebración de un contrato, para que se le repunte viciado por fuerza en el consentimiento, siempre y cuando el aprovechamiento se traduzca en condiciones tan desfavorables para el otro contratante que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no lo hubiera celebrado.

En otros pronunciamientos, este mismo tribunal señaló:

1. A la autonomía de la voluntad como base de la contratación repugna el consentimiento determinado por la violencia. Es porque así el contrato se quiere, no por obra de la voluntad espontánea y libre, sino para evitar el mal que se teme, y a impulsos del miedo. Nada más en desacuerdo con la libertad contractual, con el orden y sosiego de las gentes, y con los cimientos mismos del régimen jurídico.
2. Toda la teoría de la coacción moral como vicio del consentimiento se encamina a suprimir los efectos del negocio ajustado bajo el peso de situaciones de hecho limitativas en tal grado de la autonomía de

---

de Tierras: Providencia. 17 de septiembre de 2013; Providencia. 28 de enero de 2014; Providencia. 1 de julio de 2014; Providencia. 20 de noviembre de 2014.

38 Tribunal Superior de Cartagena, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Providencia. 17 de septiembre de 2013.

39 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Ernesto Cediel Ángel. Sentencia del 16 de noviembre de 1969.

quien se obliga, que de otra manera no habría contratado, habida consideración de sus circunstancias personales y del medio en que actúa, aunque la violencia y su intensidad no dependan del otro contratante sino de extrañas personas, y aun en trances conflictivos dependientes nada más que de las fuerzas de la naturaleza.<sup>40</sup>

En este sentido la teoría de la coacción moral:

se encamina a suprimir los efectos del negocio ajustado bajo el peso de situaciones de hecho limitativas en tal grado de la autonomía de quien se obliga, que de otra manera no habría contratado, habida consideración de sus circunstancias personales y del medio en el que actúa, aunque la violencia y su intensidad no dependan del otro contratante sino de extrañas personas, y aún en trances conflictivos dependientes nada más que de las fuerzas de la naturaleza. El examen conduce a precisar si la víctima vio su libertad suprimida o gravemente menguada como consecuencia del temor originado en la amenaza o cualquier género de coacción lesiva de su esfera jurídica y moral, en su propia persona, en su hogar, en el campo de sus mejores afectos, o en sus bienes por el aspecto simplemente patrimonial o económico.<sup>41</sup>

Dada la cercanía sustantiva y finalista de estas disposiciones, resulta admisible aplicar, en el marco del proceso de restitución de tierras, la teoría del estado de necesidad y de la coacción moral. En consecuencia, es deber del juez y magistrado de restitución, en ejercicio de sus poderes discrecionales, apreciar las circunstancias del contexto, así como las condiciones del negocio jurídico, sin exceder los límites generales señalados por las normas sustantivas.

De allí que los opositores solamente lograrán acceder a la compensación económica si logran vencer dichas presunciones, lo cual depende de la pertinencia de la documentación aportada por la Unidad, así como de las pruebas allegadas por el opositor. En tal sentido, si existe una documentación de calidad y el magistrado de restitución se orienta por las normas de la justicia transicional y la evidencia que está en el proceso, será posible determinar con claridad y en cada caso si el opositor actuó con buena fe exenta de culpa. De acuerdo con lo anterior, el opositor deberá

---

40 Corte Suprema de Justicia. Sentencias del 17 de octubre de 1962 y 3 de mayo de 1984, citadas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 26 de julio de 2012.

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de octubre de 1962.

probar la conciencia de haber obrado con honestidad, lealtad y rectitud en un negocio y con la seguridad de haber empleado todos los medios para saber si a quien le compraba era el legítimo dueño, si pagaba el precio justo, las razones por las cuales el vendedor celebró el negocio jurídico y si el predio no había sido despojado o abandonado por la violencia.<sup>42</sup>

En estos casos, no es dable al opositor alegar como argumento de prueba de la buena fe el desconocimiento de hechos de desplazamiento forzado o de violaciones masivas de los derechos humanos en la zona, cuando estos fueron conocidos por toda la comunidad y divulgados a nivel regional y/o nacional.

¿Quiere decir lo anterior que todas las transacciones adelantadas en el contexto del conflicto armado están viciadas? No necesariamente. En estos casos es preciso que el magistrado evalúe si hubo un aprovechamiento indebido de la situación de desplazamiento del reclamante, circunstancia que automáticamente viciaría el negocio celebrado. Para esto deberá examinar, entre otros elementos, la diligencia en la negociación, el precio pactado y el efectivamente pagado, la transparencia en el suministro de la información, los hechos puntuales que motivaron la venta y la compra, y las circunstancias en que se celebró y perfeccionó el negocio jurídico.

Por último, a efectos de hacer efectivas las presunciones, es importante reiterar el principio de “libertad de prueba”, según el cual, los jueces de restitución no están atados a la demostración de un hecho con una determinada prueba. En este sentido, los operadores judiciales deberán ser muy diligentes en el momento de decretar, practicar y valorar las pruebas consideradas necesarias para establecer la verdad de los hechos de despojo o abandono forzado; además, deben realizar las actuaciones que consideren pertinentes a efectos de precisar los hechos que permitan aplicar las presunciones expuestas en favor de las víctimas.

### *Buena fe exigible a otras víctimas*

De conformidad con el artículo 78 de la Ley 1448, la presunción de buena fe y la consecuente inversión de la carga de la prueba en el proceso de restitución operan frente a las víctimas solicitantes

---

42 Al respecto, véase Tribunal Superior de Cartagena, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Providencia. 28 de mayo de 2013.

y víctimas de despojo o abandono forzado del mismo predio. Por su parte, el artículo 88 de la ley establece que los opositores deberán probar dentro del proceso la buena fe exenta de culpa, para lo cual deberán aportar, entre otras, las pruebas referentes al justo título del derecho y al valor del derecho.

De acuerdo con las disposiciones señaladas, terceros víctimas de abandono forzado o despojo de otros predios y víctimas de hechos distintos al desplazamiento forzado deberán probar una buena fe calificada o exenta de culpa.

La pregunta que surge en ese contexto es si dicha exigencia resulta proporcionada en todos los casos, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta y las múltiples dificultades a las que se enfrentan las víctimas. En otras palabras, es necesario examinar si dichas normas desconocen la obligación del Estado de asegurar la igualdad material, a través de la implementación de medidas diferenciales y positivas que beneficien a las personas que se encuentren en especiales condiciones de vulnerabilidad, a efectos de asegurar el goce efectivo de sus derechos.

Con el fin de dar respuesta a estos interrogantes, es necesario reiterar el concepto de sujetos de especial protección constitucional, para luego desarrollar ampliamente el test de proporcionalidad.

#### *Sujetos de especial protección*

De acuerdo con la Corte Constitucional, la categoría de sujeto de especial protección constitucional se configura por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular, merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva: los niños, los adolescentes, los ancianos, las personas con discapacidad física, psíquica y sensorial, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza.<sup>43</sup>

Por otra parte, en relación con la población en situación de desplazamiento forzado, la Corte Constitucional ha reconocido que las víctimas de este flagelo se encuentran en estado de indefensión y en una situación de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta, al evidenciar la gravedad y el carácter estructural de

---

43 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-167 de 2011. M. P. Juan Carlos Henao Pérez; 11 de marzo de 2011; T-202 de 2012. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 14 de marzo de 2012.

este fenómeno, la naturaleza masiva, sistemática y continua de este delito, y la dimensión del daño antijurídico que causa.<sup>44</sup>

En virtud de lo anterior y en aplicación del artículo 13 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el Estado debe brindar una especial y preferencial protección a las víctimas de desplazamiento forzado por la violencia, por medio de acciones afirmativas que propendan a materializar el goce efectivo de los derechos fundamentales de este grupo poblacional.<sup>45</sup>

En el ámbito específico del proceso de restitución de tierras, esta responsabilidad recae en la Unidad y en los jueces y magistrados de restitución, quienes deberán brindar un tratamiento preferencial a los intervinientes que tengan la calidad de víctimas, mediante la implementación de acciones afirmativas en su favor.

#### *Test de proporcionalidad*

Como se señaló previamente, a fin de determinar si la exigencia de probar la buena fe exenta de culpa –para víctimas de abandono o despojo de otros predios– es constitucionalmente admisible, se sugiere a los operadores judiciales proceder con la aplicación del test de proporcionalidad, evaluando la importancia del objetivo perseguido con la medida, su idoneidad y necesidad y la posible afectación a otros derechos fundamentales.

El primer elemento para examinar en el test es la finalidad de la medida, la cual, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, debe ser constitucionalmente legítima e imperiosa. Como fue señalado en el apartado anterior, la presunción de buena fe, la inversión de la carga de la prueba y la exigencia a terceros de

---

44 Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-702 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 4 de septiembre de 2012; T-402 de 2014. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 26 de junio de 2012.

45 El criterio jurisprudencial citado ha sido reiterado en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional de Colombia; T-025 de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinoza; 22 de enero de 2004; T-136 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño; 27 de febrero de 2007; T-156 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil; 15 de febrero de 2008; T-358 de 2008. M. P. Nilson Pinilla Pinilla; 17 de abril de 2008; T-501 de 2009. M. P. Mauricio González Cuervo; 23 de junio de 2009; T-579 de 2012. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; 19 de julio de 2012; T-702 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 4 de septiembre de 2012; T-239 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa; 19 de abril de 2012; T-950 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 19 de diciembre de 2013, entre otras.

probar la buena fe exenta de culpa tienen como fin esencial facilitar la protección y garantía efectiva del derecho de las víctimas a la restitución, evitando así la posible legalización de despojos o la adopción de medidas compensatorias en favor de quienes se aprovecharon de la situación de violencia para comprar u ocupar predios abandonados o despojados.

Estas disposiciones normativas son coherentes con la Constitución Política<sup>46</sup> y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que reconocen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, así como el carácter fundamental del derecho a la restitución.<sup>47</sup> En consecuencia, la medida señalada cumple con un fin constitucionalmente legítimo e imperioso, al propender hacia el logro de una restitución que atienda los criterios de masividad,<sup>48</sup> celeridad y eficacia.<sup>49</sup>

El siguiente paso exige que la medida sea adecuada e indispensable para cumplir el fin pretendido. Para esto, debe demostrarse que las disposiciones señaladas llevan efectivamente a garantizar el derecho a la restitución y, además, acreditan que son la única forma posible de alcanzar el objetivo.

En relación con el primer punto –adecuación–, la práctica ha mostrado que la presunción e inversión de la carga de la prueba contribuyen a darle celeridad al proceso y a flexibilizar las cargas probatorias en cabeza de las víctimas. De igual manera, el estándar de buena fe exenta de culpa resulta adecuado para impedir que terceros legalicen los despojos o accedan a medidas compensatorias, al exigirles una carga de prueba considerablemente alta. Sin embargo, esta misma disposición puede resultar muy gravosa tratándose de opositores víctimas o de población vulnerable que

46 Al respecto, véase el artículo transitorio 66.

47 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-715 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de septiembre de 2012; SU-254 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 24 de abril de 2013.

48 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-441 de 2012. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; 14 de junio de 2012.

49 De acuerdo con la Corte, resulta contrario al principio de celeridad y eficacia de la administración la búsqueda de la certeza de la ocurrencia de los hechos, como si se tratara de la tarea de un juez dentro de un proceso, ya que al hacerlo, se está persiguiendo un objetivo en muchas ocasiones imposible o en extremo complejo. Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-327 de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 26 de marzo de 2001.

por sus circunstancias de debilidad pueden enfrentar serios obstáculos para probar la buena fe exenta de culpa. En este sentido, si bien la buena fe exenta de culpa garantiza el derecho a la restitución, en la medida en que otorga un tratamiento diferencial y prevalente a las víctimas solicitantes, esta disposición puede generar problemas frente al deber de establecer tratamientos diferenciados a poblaciones que, debido a sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión, requieren medidas positivas tendientes a asegurar el acceso y goce efectivo de sus derechos.

Además de lo anterior, se debe examinar si la norma es necesaria para alcanzar el objetivo señalado, no existiendo otros medios menos lesivos para obtenerlo.

Para responder a este interrogante es importante reiterar que la primera medida objeto de estudio contiene dos componentes:

- a) Por un lado, establece el deber de las víctimas de probar sumariamente la relación jurídica con el predio (propiedad, posesión u ocupación) y el abandono o despojo, para trasladar la carga de la prueba a quienes se opongan a la pretensión de la víctima.
- b) Por otro lado, exceptúa dicho traslado respecto de terceros que hayan sido reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio.

De la mano de la anterior disposición, el artículo 88 establece que los opositores deberán demostrar la buena fe exenta de culpa, debiendo presentar ante el juez las pruebas relacionadas con el justo título del derecho y al valor del derecho, entre otras.

En síntesis, la lectura integrada de estas disposiciones permite deducir que aquellas personas que se presenten al proceso sin la calidad de víctimas de abandono o despojo del mismo predio, tendrán la carga de probar la buena fe exenta de culpa.

Ahora bien, ¿estas reglas son necesarias?

En primer lugar, es fundamental reiterar que la aplicación de estas medidas resulta razonable y necesaria a efectos de permitir que las víctimas de abandono forzado y despojo del predio objeto de solicitud, y no otros terceros, puedan acceder al derecho a la restitución y en consecuencia a la titularidad del bien, intereses superiores que son protegidos constitucionalmente. En este sentido, es absolutamente oportuno mantener los tres mecanismos diseñados para garantizar dicha protección.

No obstante, como fue señalado previamente, la exigencia de probar la buena fe exenta de culpa dirigida a algunas víctimas del conflicto armado puede resultar desproporcionada, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en las que se encuentra esta población. Por ello es preciso examinar la proporcionalidad en estricto sentido.

En relación con este punto, es relevante reiterar que la buena fe exenta de culpa exige que los opositores hayan adelantado todas las averiguaciones extremadamente diligentes sobre el contexto social y político de la zona, las afectaciones causadas por el conflicto armado interno, y demás elementos relacionados con el predio y el vendedor (en los casos en que se celebró un negocio jurídico), a efectos de obtener una posible compensación. En estas circunstancias resulta irrazonable y desproporcionado exigir a las víctimas la buena fe exenta de culpa, y demostrar plena diligencia y cuidado en la ocupación y/o adquisición del predio que hoy es objeto de solicitud de restitución, cuando la ocupación tuvo lugar en razón al desplazamiento forzado y las concomitantes condiciones de debilidad manifiesta e indefensión a las que quedó sometida dicha población.

En estos casos se podría configurar una especie de estado de necesidad, en la medida en que, dadas sus precarias condiciones, su especial vulnerabilidad e indefensión, las víctimas no contaban con alternativas distintas a la ocupación de un predio previamente abandonado o despojado a efectos de salvaguardar su vida, dignidad y demás derechos. Es por ello que los principios internacionales han señalado que en estas circunstancias extremas, a menudo, quienes (víctimas) ocuparon los hogares de las personas desplazadas actuaron de buena fe (Naciones Unidas, 2007).

De acuerdo con lo expuesto previamente y a efectos de determinar el remedio judicial que constitucionalmente garantice los derechos de las víctimas, se sugiere al operador judicial que, una vez verificada la condición de víctima del tercero, otorgue un tratamiento diferenciado a los opositores víctimas a efectos de analizar el requisito con flexibilidad o incluso no exigirlo a estos terceros,<sup>50</sup> por cuanto dicho requerimiento constituye una

---

50 En el marco del proceso de restitución, este control se puede realizar a solicitud de parte o *ex officio* por parte del magistrado

violación de lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Constitución Política. Según esta norma, el Estado tiene la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas afirmativas en favor de grupos discriminados y marginados, así como la de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.<sup>51</sup>

El estándar aplicable en estos casos sería el de buena fe simple, en los términos del artículo 5 de la ley y de conformidad con la jurisprudencia constitucional sobre el alcance de la presunción de buena fe, la inversión de la carga de la prueba y la aplicación del principio de favorabilidad.<sup>52</sup>

En estos casos, los jueces y magistrados, además de la condición de víctima, deberán evaluar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se ocupó el predio o se celebró el negocio jurídico, verificando que el tercero no haya tenido vínculos con los hechos generadores del abandono o despojo, ni que haya actuado en connivencia con los grupos armados al margen de la ley.

De esta manera se puede garantizar a los solicitantes su derecho irrenunciable a la restitución y a los terceros víctimas de desplazamiento o despojo de otras tierras u otros hechos victimizantes, el acceso a la justicia y el restablecimiento de sus derechos, ya sea mediante el pago de una compensación, o la expedición de órdenes tendientes a garantizar de manera efectiva el restablecimiento de los derechos que puedan eventualmente resultar vulnerados con ocasión del proceso de restitución, tales como el derecho a la vivienda, al trabajo, a la estabilización

---

de restitución, o por la Unidad o el particular que represente al tercero en la formulación de la demanda y las pretensiones.

51 Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-025 de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinoza; 22 de enero de 2004; SU-1150 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 30 de agosto de 2000.

52 El principio de favorabilidad obliga a los operadores jurídicos a interpretar las normas relativas al desplazamiento de la manera más favorable a la persona afectada. Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-328 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño; 4 de mayo de 2007; T-821 de 2007. M. P. Catalina Botero Marino; 5 de octubre de 2007; T-444 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo; 8 de mayo de 2008; T-042 de 2009. M. P. Jaime Córdoba Triviño; 29 de enero de 2009; T-650 de 2012. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 23 de agosto de 2012.

socioeconómica, al acceso progresivo a la tierra, entre otros. Solo así se evitaría la imposición de cargas excesivas en cabeza de las víctimas, las cuales harían nugatoria la posibilidad de restablecer sus derechos.

*Buena fe exenta de culpa cuando el tercero es un sujeto vulnerable*

En la implementación de la política de restitución ha surgido como un aspecto problemático la valoración y calificación de la buena fe exenta de culpa de terceros que son población vulnerable.

Esta situación ha generado nuevas reflexiones en torno a la exigencia de la buena fe exenta de culpa respecto de la población vulnerable, situación que exige responder las siguientes inquietudes:

- a) ¿Es posible establecer un estándar de buena fe exenta de culpa para terceros que pertenezcan a grupos vulnerables distinto al exigido a terceros opositores cualificados, es decir, empresarios, agroindustrias o, en general, a personas con la capacidad de conocer la ley o en su defecto tener la asesoría jurídica necesaria en el momento de oponerse al proceso de restitución?
- b) ¿Es posible graduar la buena fe exenta de culpa de acuerdo con las calidades personales del tercero y las condiciones del contexto?
- c) ¿Es posible inaplicar el estándar de buena fe exenta de culpa tratándose de ocupantes secundarios en condiciones de vulnerabilidad?

A efectos de responder a estas preguntas, a continuación se abordarán algunos temas sustantivos que tienen relación estrecha con el objeto de discusión. En primer lugar, se presentarán los elementos centrales de la Sentencia C-330 de 2016, donde la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del estándar de buena fe exenta de culpa; posteriormente, teniendo en cuenta las limitaciones de la sentencia, se ofrecerán algunas sugerencias y recomendaciones frente a los vacíos que persisten después del pronunciamiento de la Corte.

**Sentencia C-330 de 2016**

En el marco del debate sobre la proporcionalidad del estándar de buena fe exenta de culpa respecto de opositores que están en condiciones de vulnerabilidad, la Corte Constitucional, en Sentencia

C-330 de 2016, se pronunció acerca de la constitucionalidad del enunciado “exenta de culpa”, incorporado en varios artículos de la Ley 1448 de 2011.<sup>53</sup>

En esta sentencia, este tribunal procedió a evaluar si el legislador incurrió en una violación del principio de igualdad al establecer la exigencia de buena fe exenta de culpa para todos los opositores que pretendan acceder a la compensación económica de la que hablan las normas demandadas, sin tomar en cuenta que entre estos puede haber personas en situación de vulnerabilidad, sin alternativas para el acceso a la tierra, que no tuvieron relación alguna (ni directa, ni indirecta) con el despojo y que, con ocasión de la sentencia de restitución, pierden su relación jurídica y material con el predio y, con ello, se pueden encontrar expuestos a situaciones de vulnerabilidad iguales o peores a aquellas que padecen las personas que interpusieron la acción de restitución, tales como la indigencia u otras posibles violaciones de sus derechos fundamentales.<sup>54</sup>

Con el propósito de responder el problema jurídico, la Corte Constitucional hizo algunas precisiones conceptuales relacionadas con el debate sobre los ocupantes secundarios:

- a) Distinción entre opositores y segundos ocupantes: De acuerdo con la Corte, la primera expresión corresponde a una

---

53 Véase Ley 1448 de 2011, artículos 88, 91, 98 y 105.

54 Antes de responder a este cuestionamiento, la Corte reiteró algunos elementos generales relacionados con la naturaleza de la acción de restitución de tierras: i. la acción de restitución es parte de un conjunto de medidas adoptadas en un escenario de justicia transicional, en el que los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición constituyen el eje sobre el que se edifican las normas y políticas públicas; ii. el proceso de restitución responde al imperativo jurídico y ético de propender a la dignificación de las víctimas de abandono forzado y despojo de tierras a través de la protección de sus derechos y la posibilidad de develar y revertir los patrones de despojo; iii. para cumplir los anteriores propósitos, la ley estableció un conjunto de reglas favorables para las víctimas, en lo que tiene que ver con las cargas procesales y probatorias, decisión que parte del reconocimiento de las dificultades que las víctimas tienen para demostrar los hechos que dan fundamento a sus pretensiones. De acuerdo con la Corte, este tratamiento favorable es constitucionalmente admisible, pues refleja la imperiosa necesidad de revertir el despojo y develar las distintas maneras de encubrirlo; y iv) el proceso de restitución de tierras es sólo un proceso constitucional y a la vez especializado, en el que los jueces deben tener plenas destrezas y un profundo conocimiento en la comprensión del derecho civil y agrario, además de las distintas estrategias (legales e ilegales) del despojo.

categoría procesal incorporada a la Ley 1448 para hacer referencia a las personas que presentan oposición dentro del trámite del proceso de restitución.<sup>55</sup> El segundo concepto se refiere a 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 o quienes derivan del predio su mínimo vital.<sup>56</sup>

- b) Los segundos ocupantes no son una población homogénea. Señala la Corte:

[P]uede tratarse de colonizadores en espera de una futura adjudicación; personas que celebraron negocios jurídicos con las víctimas (negocios que pueden ajustarse en mayor o menor medida a la normatividad legal y constitucional); población vulnerable que busca un hogar; víctimas de la violencia, de la pobreza o de los desastres naturales; familiares o amigos de despojadores; testaferros o “prestafirmas” de oficio, que operan para las mafias o funcionarios corruptos, u oportunistas que tomaron provecho del conflicto para “correr sus cercas” o para “comprar barato”.

- c) En relación con la buena fe exenta de culpa, la Corte reiteró que, en el contexto de la ley de víctimas y restitución de tierras, es un estándar de conducta calificado, que se verifica en el momento en que una persona establece una relación (jurídica o material) con el predio objeto de restitución. Este estándar constituye la regla general y, por ende, debe observarse en la gran mayoría de los casos.<sup>57</sup>

---

55 De acuerdo con el artículo 88 de la ley, existen tres tipos de oposiciones distintas: (i) aquellas que persiguen demostrar la calidad de víctima de despojo en relación con el mismo predio objeto del trámite de restitución de tierras (supuesto regulado por el artículo 78 de la misma ley); (ii) las destinadas a tachar la condición de víctima del solicitante, y (iii) las que pretenden demostrar la existencia de una relación jurídica o material sobre el predio objeto del trámite, generada por una conducta de buena fe exenta de culpa. La expresión demandada en los artículos 88, 91, 98 y 105 de la ley de víctimas y restitución de tierras tiene que ver exclusivamente con el tercer tipo de oposición.

56 En relación con los ocupantes secundarios, la Corte Constitucional acudió a la definición del *Manual de aplicación de los Principios Pinheiro*: “Se consideran ocupantes secundarios todas aquellas personas que hubieran establecido su residencia en viviendas o tierras abandonadas por sus propietarios legítimos a consecuencia de, entre otras cosas, el desplazamiento o el desalojamiento forzosos, la violencia o amenazas, o las catástrofes naturales, así como las causadas por el hombre”.

57 Además de las dificultades para probar la buena fe exenta de

- d) Dado que la ley no distingue entre los segundos ocupantes que se encuentran en situación ordinaria y tuvieron que ver o se aprovecharon del despojo y los segundos ocupantes que enfrentan alguna condición de vulnerabilidad y no tuvieron ninguna relación, ni tomaron provecho del despojo, la Corte concluyó que las normas demandadas generan una discriminación indirecta, en la medida en que no brindan un trato diferencial a los segundos ocupantes en condición de vulnerabilidad, que no tuvieron relación directa ni indirecta con el despojo o el abandono forzado de los predios.

Con base en las anteriores consideraciones y verificada la vulneración de los derechos a la igualdad, el acceso a la tierra, el mínimo vital y el derecho al trabajo, la Corte ordenó declarar exequible la expresión exenta de culpa, en el entendido de que es un estándar que debe ser interpretado por los jueces de forma diferencial, frente a los segundos ocupantes que demuestren condiciones de vulnerabilidad, y no hayan tenido relación directa o indirecta con el despojo.

Adicionalmente, se exhortó al Congreso de la República y al Gobierno nacional acerca de la necesidad de establecer e implementar una política pública comprensiva acerca de la situación de los segundos ocupantes en el marco de la justicia transicional.

En la medida en que el proceso de restitución de tierras no tiene un órgano de cierre, la Corte estimó necesario establecer unos parámetros mínimos para la interpretación y aplicación diferencial de dicho estándar. Estos son:

Primero. Los parámetros para dar una aplicación flexible o incluso aplicar el requisito de forma excepcional deben ser de tal naturaleza

---

culpa, la Corte señaló que los segundos ocupantes pueden tener serias dificultades con la carga de la prueba, casos en los cuales la vulnerabilidad se refiere a la debilidad procesal (ausencia de asesoría legal, dificultades para acudir al proceso o ausencia de medios económicos o técnicos para obtener las pruebas requeridas). En relación con este aspecto, la Corte indica que en virtud de los principios de igualdad (compensación de cargas), prevalencia del derecho sustancial (eliminación de obstáculos para llegar a una decisión justa) y dirección judicial del proceso, es obligación del juez alivianar las cargas procesales, procurando a la persona vulnerable la asistencia de la Defensoría Pública cuando lo requiera y decretando las pruebas de oficio que estime, siempre que cuente con elementos de juicio para considerar el ejercicio de esta facultad con el fin de acercar la verdad real a la verdad procesal.

que (i) no favorezcan ni legitimen el despojo (armado o pretendidamente legal) de la vivienda, las tierras y el patrimonio de las víctimas; (ii) no debe favorecer a personas que no enfrentan condiciones de vulnerabilidad en el acceso a la tierra y (iii) no puede darse para quienes tuvieron una relación directa o indirecta con el despojo.

En relación con este punto, la Corte señaló que la evaluación de la aplicación flexible corresponde al juez de tierras, quien deberá establecer si la persona cumple todas las condiciones descritas en el párrafo anterior. En estos casos y acorde con la situación personal del ocupante, este tribunal admitió la posibilidad de que el juez exigiera buena fe simple, o aceptara la existencia de condiciones similares al estado de necesidad, que justificaran su conducta.

Adicionalmente, la Corte reafirmó expresamente que las personas que no se encuentren en esas condiciones no deben ser eximidas del requisito.

Segundo. La compensación económica persigue fines de equidad social. Y se basa en los derechos de los segundos ocupantes, derivados de los Principios Pinheiro y, principalmente, del principio 17, en el principio de igualdad material, en los derechos fundamentales a la vivienda digna y el mínimo vital, y en los artículos que promueven el acceso a la tierra y el fomento del agro (artículos 64 y 64 CP). Aunque sin ánimo de exhaustividad, son estas las normas que deben guiar la aplicación flexible del requisito.

Tercero. La vulnerabilidad procesal debe ser asumida por los jueces de tierras a partir de su papel de directores del proceso. El apoyo de la Defensoría del Pueblo y la facultad de decretar pruebas de oficio, siempre que existan suficientes elementos que permitan suponer que estas son necesarias para alcanzar la verdad real y dar prevalencia al derecho sustancial, son un presupuesto del acceso a la administración de justicia.

En relación con esta regla, la Corte afirmó que es deber de los jueces asegurar el acceso a la administración de justicia a todos los intervinientes, obligación que es independiente de qué tipo de segundo ocupante se encuentra en el trámite.

Cuarto. Existe, para algunos intervinientes, la percepción de que los contextos de violencia eliminan cualquier posibilidad de desvirtuar la ausencia de relación con el despojo, debido a que si la violencia, el despojo y el abandono eran hechos notorios en algunas regiones, nadie puede alegar que no conocía el origen espurio de su derecho, o que actuó siquiera de buena fe simple.

Al respecto, la Corte señaló que la valoración de los hechos y del contexto corresponde a los jueces de restitución. No obstante, afirmó que para ciertas personas vulnerables puede resultar adecuado aplicar “una carga diferencial, que podría ser la buena fe simple, la aceptación de un estado de necesidad, o incluso una concepción amplia (transicional) de la buena fe calificada”.

Quinto. Además de los contextos, los precios irrisorios, la violación de normas de acumulación de tierras, o la propia extensión de los predios, son criterios relevantes para determinar el estándar razonable, en cada caso.

Sexto. La aplicación diferencial o inaplicación del requisito, en los términos del artículo 4º Superior, exige una motivación adecuada, transparente y suficiente, por parte de los jueces de tierras. Aunque, en general, la validez y legitimidad de las sentencias yace en su motivación, en este escenario ese deber cobra mayor trascendencia, dada la permanente tensión de principios constitucionales que deben resolverse, y en virtud a las finalidades constitucionales que persigue la buena fe exenta de culpa.

Séptimo. Los jueces deben establecer si proceden medidas de atención distintas a la compensación de la ley de víctimas y restitución de tierras para los opositores o no. Los acuerdos de la Unidad de Tierras y la caracterización que esta efectúe acerca de los opositores constituyen un parámetro relevante para esta evaluación. Sin embargo, corresponde al juez establecer el alcance de esa medida, de manera motivada.

Además de estas medidas, la Corte consideró pertinente que, en cada caso, los jueces evalúen la procedencia de la remisión de los opositores a otros programas de atención a población vulnerable por razones económicas, desplazamiento forzado, edad, o cualquier otra.

### *Análisis y valoración de la sentencia*

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es posible identificar varios puntos relevantes de la sentencia y algunos elementos críticos.

En primer lugar, la Corte Constitucional acierta en la contextualización de la acción de restitución, al reconocer que este proceso está estrechamente relacionado con el debate de la inequidad y el despojo de tierras en Colombia y el deber del Estado de diseñar e implementar políticas dirigidas a revertir el despojo

y satisfacer el derecho a la reparación de las víctimas de desplazamiento forzado.<sup>58</sup>

Adicionalmente, esta corporación conceptualizó y caracterizó de manera adecuada el proceso de restitución al reiterar que esta acción: i. tiene una evidente dimensión constitucional, en la medida en que propende a garantizar los derechos fundamentales de las víctimas a la reparación y específicamente a la restitución de tierras; ii. es parte de un conjunto de medidas adoptadas en un escenario de justicia transicional, en el que el derecho de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición constituye el eje sobre el que se edifican las normas y políticas públicas; y iii. responde al imperativo jurídico y ético de propender a la dignificación de las víctimas, revertir el despojo y favorecer la política de acceso a la tierra.<sup>59</sup>

De igual manera, a efectos de resolver la pregunta sobre la constitucionalidad del estándar de buena fe exenta de culpa, resulta fundamental la distinción general que desarrolla la sentencia entre opositor y segundo ocupante, así como los diversos tipos de segundos ocupantes, reconociendo que no son conceptos idénticos y que no todos los segundos ocupantes requieren un tratamiento diferenciado, ni todos tienen protección constitucional reforzada.

En este sentido, coincidimos con la Corte cuando reconoce que, en principio, la regla de la buena fe exenta de culpa es correcta constitucionalmente y proporcionada, pero que aplicada a ciertas personas en condiciones de vulnerabilidad se puede volver una regla desproporcionada.

Finalmente, este tribunal presentó algunos lineamientos generales para orientar la labor de los jueces en relación con la valoración e interpretación del estándar de buena fe exenta de culpa, los cuales son adecuados y razonables de acuerdo con la naturaleza de la acción y el problema jurídico a enfrentar.

Sin embargo, existen varios problemas en este pronunciamiento que pueden generar inconvenientes a la hora de resolver la situación de los segundos ocupantes.

---

58 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330 de 2016. M. P. María Victoria Calle Correa; 23 de junio de 2016, consideraciones 1 a la 40.

59 *Ibid.*, consideraciones 41 a la 53.

### *¿Omisión legislativa absoluta o relativa?*

En el numeral 114 de la sentencia, la Corte Constitucional reiteró la inexistencia de una política dirigida a la atención de los segundos ocupantes. Esta situación, afirmó la Corte, “evidencia una omisión legislativa absoluta, supuesto en el que este Tribunal Constitucional carece de competencia para pronunciarse, aunque, en virtud de los principios de colaboración armónica y supremacía de la Carta sí puede dirigir un exhorto a los órganos políticos para que colmen la laguna mencionada.”

De acuerdo con el precedente constitucional, este tribunal se enfrenta a una omisión absoluta cuando el cargo plantea una ausencia total de regulación legal, imposibilitando a la Corte pronunciarse.<sup>60</sup> Por el contrario, se trata de una omisión legislativa relativa cuando se evidencia una violación de un deber constitucional que se materializa en una actuación imperfecta del Congreso, lo que sucede si: i. se ha cumplido con el deber de regular una determinada materia, pero esta ha sido incompleta al haber incluido sólo algunas situaciones y dejado por fuera otras que se encuentran bajo supuestos o características similares; ii. la norma no cubre a todos los destinatarios que deberían quedar incluidos en la regulación; iii. el legislador, al regular o construir una institución, omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia para armonizar con ella casos en los cuales cabe el pronunciamiento de la Corte por cuanto la norma, por incompleta, desconoce el derecho a la igualdad o la garantía del debido proceso o de otro derecho fundamental.<sup>61</sup>

---

60 Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-543 de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz; 16 de octubre de 1996; C-635 de 2000. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 24 de agosto de 2000; C-528 de 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 3 de julio de 2003; C-173 de 2010. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 10 de marzo de 2010; C-600 de 2011. M. P. María Victoria Calle Correa; 10 de agosto de 2011; C-489 de 2012. M. P. Adriana María Guillén Arango; 27 de junio de 2012; C-359 de 2013. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 26 de junio de 2013.

61 Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-543 de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz; 16 de octubre de 1996; C-780 de 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 10 de septiembre de 2003; C-442 de 2009. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; 8 de julio de 2009; C-100 de 2011. M. P. María Victoria Calle Correa; 23 de febrero de 2011; C-359 de 2013. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 26 de junio de 2013.

En efecto, con base en las disposiciones de la Ley 1448 y normatividad complementaria, es posible afirmar que actualmente existe una política de restitución de tierras que omite abordar el problema de los segundos ocupantes. En consecuencia, no se trata de una ausencia total de regulación legal, por cuanto la Ley de Víctimas y sus decretos reglamentarios desarrollan ampliamente la acción de restitución, razón por la cual se descarta la omisión legislativa absoluta. No obstante, dado que dicha regulación es incompleta, es evidente que existe una omisión legislativa relativa que puede dar lugar a la violación del derecho a la igualdad.

En consecuencia, la calificación errónea del tipo de omisión legislativa que se enfrentaba en este caso y frente a la ausencia de un órgano de cierre, llevó a este tribunal a presentar en su fallo una serie de recomendaciones dirigidas a los jueces y magistrados de restitución, sin que quede claro si estas son obligatorias. La Corte debió señalar que existe una omisión legislativa relativa, exhortando al Congreso a formular una política de atención a segundos ocupantes. La Corte, mientras el Congreso legisla, puede expedir una regulación temporal para clarificar y evitar ambigüedades jurídicas sobre el carácter obligatorio de sus recomendaciones.

### *Segundos ocupantes - opositores*

Un problema adicional de la sentencia está relacionado con la ambigüedad en su parte resolutive. La primera orden de dicha parte señala:

[D]eclarar exequible la expresión “exenta de culpa” contenida en los artículos 88, 91, 98 y 105 de la Ley 1448 de 2011, en el entendido de que es un estándar que debe ser interpretado por los jueces de forma diferencial, frente a los segundos ocupantes, que demuestren condiciones de vulnerabilidad, y no hayan tenido relación directa o indirecta con el despojo, de acuerdo con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

Dado que la totalidad de los artículos demandados hace referencia a los opositores, es válido suponer que, en esta orden, la Corte se refiere a los opositores que tienen la calidad de segundos ocupantes, casos en los cuales es deber de los jueces hacer una aplicación diferencial del estándar de buena fe exenta de culpa. En consecuencia, surge un problema de interpretación frente a

los segundos ocupantes que no se presentan al proceso en calidad de opositores: ¿qué ocurre si el juez no se pronuncia al respecto?, ¿cuál es la ruta a seguir?, ¿podrían los magistrados ordenar medidas de atención frente a estos segundos ocupantes para enmendar su situación de vulnerabilidad material?, ¿puede la Unidad ordenar medidas de atención a segundos ocupantes de manera autónoma?

## Recomendaciones

Frente a los problemas enunciados y teniendo en cuenta las órdenes contenidas en la sentencia, es posible señalar que a partir de una interpretación sistemática de la ley, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de los Principios Pinheiro, como elementos del bloque de constitucionalidad en sentido lato,<sup>62</sup> así como de la Observación general No. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los jueces deben, de manera oficiosa, valorar de manera flexible el estándar de buena fe exenta de culpa tratándose de segundos ocupantes que demuestren condiciones de vulnerabilidad y no hayan tenido relación directa o indirecta con el despojo, a fin de ordenar la correspondiente compensación. De acuerdo con lo establecido en el Auto 373 de 2016, en los casos en que los segundos ocupantes no presenten oposición al proceso, es deber del juez evaluar si debe o no dictar medidas complementarias para que enfrenten sus problemas de acceso a la vivienda, al mínimo vital y a la tierra.

En virtud de lo anterior, en los casos en que la sentencia no contenga un pronunciamiento expreso frente al reconocimiento y orden de atención al ocupante secundario, la autoridad administrativa podría poner en conocimiento del juez la situación de estos ocupantes a través del instrumento de caracterización,

62 Los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, en tanto son desarrollos adoptados por la doctrina internacional, del derecho fundamental a la reparación integral por el daño causado. Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-821 de 2007. M. P. Catalina Botero Marino; 5 de octubre de 2007; T-076 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 8 de febrero de 2011; C-715 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de septiembre de 2012; Corte Constitucional de Colombia. Auto 373 de 2016.

sugiriendo, adicionalmente, las medidas complementarias a las que puede haber lugar, de modo que los jueces cuenten con herramientas para pronunciarse explícitamente y de fondo sobre el asunto. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia T-367 de 2016, al señalar que frente a los casos ya fallados por los tribunales de restitución de tierras donde no se abordó la problemática de los segundos ocupantes, los jueces y magistrados preservan competencia para decretar ciertas medidas con miras a amparar a esta calidad de opositores.<sup>63</sup>

De igual manera, en el Auto 373 de 2016, la Corte afirmó que para efectos de acceder a medidas de atención y asistencia, los ocupantes secundarios no deben acreditar la buena fe exenta de culpa, como sucede con el mecanismo de compensación. Al respecto, los magistrados especializados en la materia deben tener en cuenta las particularidades de cada uno de los sujetos que integran ese grupo poblacional, para determinar de forma adecuada y proporcional a sus necesidades las medidas para enfrentar la situación de vulnerabilidad que surge de la pérdida del predio restituido, en materia de las garantías del acceso, temporal y permanente, a vivienda, tierras y generación de ingresos.<sup>64</sup>

Todo esto, con el fin de que la materialización de la sentencia no lleve a una vulneración de los derechos de acceso a la vivienda, al mínimo vital, al trabajo y al acceso preferente a la propiedad rural de los trabajadores agrarios, derechos de los que son titulares los ocupantes secundarios, en tanto ciudadanos que gozan de una protección constitucional reforzada, los cuales deben garantizarse con independencia de la controversia y el esclarecimiento de la titularidad jurídica del predio restituido, al margen de la presentación de la oposición y la prueba de la buena fe exenta de culpa.<sup>65</sup>

En síntesis, la solución a la problemática de los ocupantes secundarios exige un constante diálogo entre la Unidad, la Defensoría del Pueblo (entidad encargada de la representación de los ocupantes secundarios), los jueces y magistrados de restitución

---

63 Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-367 de 2016. M. P. Alberto Rojas Ríos; 12 de julio de 2016.

64 Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Auto 373 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 23 de agosto de 2016.

65 Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Auto 373 de 2016.

de tierras, y los procuradores judiciales que intervienen en estos procesos, de modo que los fallos de restitución garanticen los derechos fundamentales de las víctimas, protegiendo al mismo tiempo los derechos de la población vulnerable, sujeto de especial protección constitucional y, por ende, de protección reforzada.<sup>66</sup> De acuerdo con lo anterior, estas son las recomendaciones principales:

1. La Unidad y la Defensoría del Pueblo deben dar continuidad a la aplicación de las herramientas vigentes relacionadas con la caracterización de los ocupantes secundarios, allegando esta información de manera oportuna al juez, quien tiene un rol determinante para superar la debilidad procesal que enfrentan los ocupantes secundarios.

Al respecto, la Sentencia C-330 señaló que la vulnerabilidad procesal debe ser asumida por los jueces de tierras a partir de su papel de directores del proceso. En estos casos, el apoyo de la Defensoría del Pueblo y la facultad de decretar pruebas de oficio, siempre que existan suficientes elementos que permitan suponer que estas son necesarias para alcanzar la verdad real y dar prevalencia al derecho sustancial, son un presupuesto del acceso a la administración de justicia, obligación que es independiente de qué tipo de segundo ocupante se encuentra en el trámite.

---

66 La Corte Constitucional ha señalado que uno de los sujetos de especial protección está constituido por aquellos que se encuentran en extrema pobreza. Lo anterior derivado de la naturaleza del Estado colombiano, de la cual emana el deber de atención a las personas carentes de recursos económicos necesarios para una congrua subsistencia. En este sentido, y partiendo de la aplicación del principio de solidaridad y de la protección a la dignidad humana (Constitución Política, artículos 1 y 13), el ordenamiento jurídico ha reconocido una protección reforzada de los derechos de esta población en razón a que su situación de debilidad manifiesta los ubica en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la sociedad. Por lo tanto, y a fin de garantizar la igualdad material a través de medidas afirmativas, el Estado tiene la obligación de brindar un tratamiento preferencial a favor de los grupos mencionados, en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos. Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-043 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño; 1 de febrero de 2007; T-495 de 2010. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 16 de junio de 2010; T-207 de 2013. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 15 de abril de 2013; Corte Constitucional de Colombia. Auto 373 de 2016.

2. Los jueces y magistrados deben valorar de manera diferenciada el estándar de buena fe exenta de culpa de los opositores que son segundos ocupantes que demuestren condiciones de vulnerabilidad, y no hayan tenido relación directa o indirecta con el despojo, ordenando la compensación y/o la atención a esta población mediante la implementación de medidas complementarias de generación de ingresos, vivienda o tierras, de manera proporcional a la situación de necesidad en la que se pueden encontrar con ocasión de la sentencia de restitución.<sup>67</sup> La imposibilidad que tiene la mayoría de la población vulnerable para probar la buena fe exenta de culpa en los términos exigidos en la doctrina del derecho civil, sumada a la exigencia por parte de los jueces y magistrados de restitución de aplicar este estándar sin considerar las condiciones particulares del tercero y del contexto transicional en el que se aplica la norma, puede conducir a la vulneración de los derechos constitucionales de estos intervinientes a la igualdad y acceso progresivo a la tierra, el derecho a la vivienda y al mínimo vital, agravando su situación de exclusión y vulnerabilidad. En este sentido, la interpretación constitucionalmente más apropiada de la figura de la buena fe exenta de culpa exige tener en cuenta:
  - a) los principios constitucionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ordenan al Estado una protección reforzada de los derechos de la población vulnerable en razón a su situación de debilidad manifiesta,<sup>68</sup> la cual los ubica en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población;
  - b) el contexto de justicia transicional en el cual se aplica y los principios que la orientan relacionados con la búsqueda de la paz y la reconciliación;
  - c) los fines y principios de la Ley 1448, tales como la reparación transformadora, la justicia transicional y el enfoque diferencial;

---

67 Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Auto 373 de 2016.

68 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-495 de 2010. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 16 de junio de 2010; Corte Constitucional de Colombia. Auto 373 de 2016.

- d) el enfoque de acción sin daño de acuerdo con el cual las autoridades deben tratar de reducir al máximo los impactos negativos que las actuaciones institucionales pueden generar en las relaciones entre los diferentes actores que intervienen en los territorios.<sup>69</sup>

Conforme a la problemática abordada, la interpretación que resulta más ajustada a la Constitución y al contexto de justicia transicional parte de la necesidad de graduar la buena fe exenta de culpa teniendo en cuenta la capacidad de diligencia mermada de quien se encuentra en circunstancias de extrema vulnerabilidad. En consecuencia, el proceso de restitución de tierras debe partir de una flexibilización probatoria y procedimental que facilite el reconocimiento de derechos de quienes por sus condiciones especiales de vulnerabilidad, indefensión y extrema necesidad se vieron obligados a ocupar o adquirir predios que pudieron ser despojados o abandonados por víctimas del conflicto.

En desarrollo de estos postulados, a efectos de definir el alcance de la exigencia de la buena fe exenta de culpa respecto de terceros vulnerables, se sugiere verificar en cada caso:<sup>70</sup>

- a) Que el tercero haya probado: i. lealtad, de manera que se hayan “cumplido” los intereses de ambas partes en la etapa de formación, ejecución y cumplimiento de la negociación; ii. honestidad y transparencia; (ii. rectitud y fidelidad en el cumplimiento de las obligaciones contraídas durante la celebración y en el desarrollo del contrato,<sup>71</sup> salvo en los casos en que

69 De acuerdo con este enfoque, cualquier acción institucional que pretenda aportar a la garantía de derechos de las personas y víctimas del conflicto armado debe crear espacios y aplicar estrategias que faciliten la reflexión sobre las actividades a implementar y la adecuación de acciones para prevenir impactos no deseados, reducir los impactos negativos mediante la reestructuración de las prácticas y –en los casos que esto sea posible– la reparación de los daños causados. Se trata de una propuesta ética que implica una revisión constante de las consecuencias e impactos de las actividades que se ejecuten en el marco de un proyecto o de una política.

70 En este apartado se incorporan algunas recomendaciones expuestas por la Unidad de Restitución de Tierras, y en la doctrina sobre la exigibilidad de la buena fe exenta de culpa para la población vulnerable. Al respecto, véase URT (2014b); Vargas *et al.* (en prensa, pp. 253 a 259) y las consideraciones de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330 de 2016. M. P. María Victoria Calle Correa; 23 de junio de 2016.

71 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-892 de 2001. M.

el incumplimiento se justifique por razones de fuerza mayor; iv. respeto y conservación de la esfera del interés del vendedor, lo cual implica no haber ejecutado actos que dañaran o perjudicaran al vendedor; v el estado de imperiosa necesidad en el momento de la celebración del negocio jurídico o de la ocupación del predio; vi. diligencia, en tanto se comprometieron todos los medios materiales que estuvieron a su alcance para cumplir con las obligaciones pactadas; vii. que no concentró tierras; viii. que no adquirió más de un predio en condiciones excesivamente desfavorables para el vendedor, tales como la lesión enorme.<sup>72</sup> ix. que no hubo cambios significativos en los usos del suelo del predio objeto de restitución.

- b) Por otra parte, en virtud del deber del Estado de adoptar medidas afirmativas tendientes a asegurar la protección de los derechos de la población que se encuentra en circunstancias de extrema pobreza y vulnerabilidad, el magistrado deberá adelantar las indagaciones que sean necesarias para determinar: i. que el tercero no es miembro de un grupo organizado al margen de la ley, ni testaferro; ii. que el tercero no actuó en connivencia con los actores legales o ilegales que ocasionaron el despojo; iii. que el tercero no ejecutó actos de imprudencia o negligencia graves, ni acciones ilegales a efectos de celebrar o perfeccionar el negocio jurídico; iv. que la transacción no se efectuó bajo presión, coacción o fuerza o en aprovechamiento de dichas circunstancias.

En virtud de lo dicho, el Estado –sea el Ministerio Público, si actúa como representante del tercero vulnerable o el magistrado de restitución, en calidad de garante de los derechos de la población vulnerable– debe asumir un rol activo en relación con el acopio de toda la información y documentación para determinar los elementos previamente señalados.

---

P. Rodrigo Escobar Gil; 22 de agosto de 2001.

72 En los casos en que el valor pactado y efectivamente pagado sea inferior al 50% del valor real del inmueble o del derecho que se adquirió, el magistrado de restitución deberá examinar si el comprador dispuso de todos los medios que tenía a su alcance para pagar tal obligación, siendo imposible para este haber asumido el pago de un precio mayor.

Identificados estos elementos, el magistrado deberá valorar la actuación del ocupante secundario, determinando si podrá acceder a la compensación correspondiente, así como las demás medidas complementarias tendientes a garantizar el acceso a toda la oferta social del Estado que conlleve al goce efectivo de sus derechos. En esta medida se salvaguarda el derecho de las víctimas a la restitución de sus predios y, al mismo tiempo, se garantizan los derechos de terceros evitando aumentar su vulnerabilidad y se fortalecen escenarios de construcción de paz, mediante la reducción de tensiones y conflictos.

- c) La valoración de la buena fe exenta de culpa a efectos de determinar la procedencia de la compensación económica es independiente del deber de los jueces y magistrados de definir, a favor de los ocupantes secundarios, las medidas de asistencia y atención que resulten adecuadas y proporcionales para suplir las respectivas necesidades insatisfechas en materia socioeconómica que puede provocar una sentencia de restitución.

De acuerdo con lo anterior, es deber de los operadores judiciales ordenar la implementación de medidas complementarias de generación de ingresos, vivienda o tierras, de manera proporcional a la situación de necesidad en la que se pueden encontrar con ocasión de la sentencia de restitución.<sup>73</sup>

En relación con este punto, en un reciente pronunciamiento, la Corte Constitucional afirma que para garantizar los derechos de los ocupantes secundarios:

es preciso atender a la relación específica que el segundo ocupante guarda con el predio restituido, ya sea habitándolo o derivando del mismo sus medios de subsistencia, y a las necesidades insatisfechas que se pueden ver involucradas con su pérdida. La “relación” segundo ocupante-predio restituido-necesidades insatisfechas es, por lo tanto, el resorte que debe guiar las decisiones de los jueces de restitución para definir las medidas de asistencia y atención que pueden ser adecuadas para proteger a esa población.<sup>74</sup>

---

73 Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Auto 373 de 2016.

74 *Ibid.*

Este análisis es distinto al de la acreditación de la buena fe exenta de culpa para acceder a la compensación, razón por la cual, de acuerdo con la Corte, es perfectamente admisible otorgar medidas complementarias a segundos ocupantes, aun cuando no hayan logrado demostrar la buena fe exenta de culpa.<sup>75</sup> En otras palabras, de conformidad con la Corte, la sentencia de restitución no puede dar lugar a la invisibilización y desatención de otras personas de protección constitucional reforzada, tales como los campesinos vulnerables y la población desplazada, que están habitando o derivando su subsistencia del predio que se ordena en restitución y que no participaron voluntariamente ni tuvieron que ver con los hechos que dieron lugar al despojo o al abandono forzado.<sup>76</sup>

No obstante, a efectos de determinar si a los ocupantes secundarios les asiste el derecho a las medidas de asistencia y atención (tierras, vivienda generación de ingreso) para enfrentar su situación de vulnerabilidad, es necesario verificar y determinar: i. si los segundos ocupantes participaron o no voluntariamente en los hechos que dieron lugar al despojo o al abandono forzado; ii. la relación jurídica y fáctica que guardan con el predio (es preciso establecer si habitan o derivan del bien sus medios de subsistencia); iii. las medidas que son adecuadas y proporcionales para enfrentar la situación de vulnerabilidad que surge de la pérdida del predio restituido, en materia de las garantías del acceso, temporal y permanente, a vivienda, tierras y generación de ingresos.

- d) En caso de que el juez ordene la atención, pero no defina la medida, la Unidad podrá establecerla, y el juez debe validarla y verificar su cumplimiento en la etapa posfallo. Para ello, la Unidad podrá basarse en las medidas establecidas en el Acuerdo 029 de 2016 del Consejo Directivo de la Unidad, siempre teniendo en cuenta los criterios establecidos por la Corte Constitucional para determinar qué ocupantes secundarios deben recibir un tratamiento diferencial, pudiendo ser beneficiarios de medidas compensatorias u otras

---

75 *Idem.*

76 *Idem.*

medidas complementarias de acuerdo con su situación de vulnerabilidad. Estos criterios son: i. los ocupantes secundarios en condiciones de vulnerabilidad, que, además, ii. ejerzan su derecho a la vivienda en los predios que fueron abandonados o despojados en el marco del conflicto armado interno o que derivan de estos su mínimo vital,<sup>77</sup> y que iii. no hayan tenido relación directa o indirecta con el despojo o el abandono forzado del predio.

En caso de que el juez no ordene la atención ni se pronuncie frente al reconocimiento de la calidad del segundo ocupante, la Unidad podrá solicitar al juez o magistrado la modulación de la sentencia, adjuntando el informe de caracterización del ocupante secundario.

En estos casos, en virtud de los Principios Pinheiro, la Sentencia T-367 de 2016, los artículos 91 (parágrafo 1) y 102 de la Ley 1448, los jueces y magistrados podrán, con posterioridad a la adopción de un fallo de restitución de tierras con miras a proteger los derechos de quienes han probado ser segundos ocupantes, preservar su competencia para decretar ciertas medidas con el fin de amparar sus derechos. Al respecto, señala la Corte:

[L]a referida interpretación de la normatividad interna a la luz de los Principios de Pinheiro, no atenta contra el principio de la cosa juzgada, en cuanto no se trata de revertir un fallo válido de restitución de tierras; tampoco se afectan los derechos de los reclamantes ni de quienes son declarados opositores de buena fe exenta de culpa. Se trata, simplemente, de adoptar unas medidas asistenciales adicionales, con el fin de proteger a quienes, sin haber participado en los hechos que dieron lugar al despojo o al abandono forzado, no fueron declaradas de buena fe exenta de culpa en la sentencia de restitución y que, con ocasión del fallo, se vieron abocadas a perder su relación con el predio solicitado en restitución.<sup>78</sup>

Entre las garantías de las que gozan los segundos ocupantes en tanto ciudadanos colombianos, la Corte establece que, en casos de desalojo, esta población tiene derecho a no

77 Esta definición es reiterada por la Corte Constitucional de Colombia. Auto 373 de 2016.

78 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-367 de 2016. M. P. Alberto Rojas Ríos; 12 de julio de 2016.

enfrentarse a la falta de acceso a los medios apropiados para garantizar su subsistencia, lo cual incluye acciones de respuestas inmediatas, mientras se realiza el desalojo, así como también, de manera prioritaria y debido a la pérdida de la relación con el predio, medidas de asistencia y atención relacionadas con el acceso a tierras, vivienda y medios económicos de subsistencia. Lo anterior en el marco del artículo 51 de la Constitución Política, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, bajo las directrices del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, vertidas en su Observación general No. 7.<sup>79</sup>

Finalmente, afirma la Corte:

La aplicación de la referida subregla constitucional no se opone a que en el fallo de restitución de tierras, se les reconozca a las personas que cumplan los requisitos señalados en la Sentencia C-330 de 2016 su calidad de segundos ocupantes y se decreten las medidas de protección que debe ejecutar la Unidad. Lo anterior, bien entendido, como una declaración judicial adicional a aquella referida a los opositores de buena fe exenta de culpa.<sup>80</sup>

---

79 Corte Constitucional de Colombia. Auto 373 de 2016.

80 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-367 de 2016. M. P. Alberto Rojas Ríos; 12 de julio de 2016.

## **Capítulo 3**

### **Compensaciones**

**En este capítulo se expondrán** los elementos centrales previstos en la Ley 1448 de 2011 relacionados con las compensaciones, especificando el contenido y alcance de estas disposiciones. Para ello se divide en dos puntos. En el primero se abordarán las compensaciones para las víctimas, como una medida de reparación que se emplea cuando la restitución del predio no es posible. En la segunda parte se desarrollarán las disposiciones relacionadas con las compensaciones respecto de terceros opositores que probaron dentro del proceso la buena fe exenta de culpa.

### Compensaciones para víctimas

De conformidad con instrumentos de derecho internacional,<sup>1</sup> así como la normatividad colombiana y los pronunciamientos constitucionales relacionados con los derechos de las víctimas,<sup>2</sup> la restitución de tierras es el mecanismo preferente de reparación integral, especialmente en los casos de desplazamiento forzado. Ello es así por cuanto con la restitución se busca el restablecimiento de derechos de propiedad, posesión y ocupación de baldíos a favor de personas que venían ejerciendo su explotación económica.

Las compensaciones tienen el carácter de medida subsidiaria en el proceso de restitución, lo que quiere decir que constituyen

1 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos (2005). *Principios sobre la restitución de la vivienda y el patrimonio de los refugiados y personas desplazadas*, E/CN.4/Sub.2/28-06-2005, principio 2.

2 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-715 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de septiembre de 2012; C-820 de 2012. M. P. Mauricio González Cuervo; 18 de octubre de 2012; C-099 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa; 27 de febrero de 2013.

una forma alternativa de restitución en los casos en que esta no es posible, o por las causas reconocidas en la ley o por cualquier otra que exija un tratamiento especial a la víctima de la violencia en un contexto de justicia transicional.

En consecuencia, tratándose de víctimas, la procedencia de las compensaciones exige, además de los requisitos establecidos en la ley, la demostración de la calidad de víctima de despojo o abandono forzado del solicitante y su relación jurídica con el predio, ya sea de propiedad, posesión u ocupación.

Así, por un lado, el artículo 72 de la Ley 1448 establece que en los casos en los cuales la restitución jurídica y material del inmueble despojado sea imposible o cuando el despojado no pueda retornar al mismo, por razones de riesgos para su vida e integridad personal, se le ofrecerán alternativas de restitución por equivalente para acceder a terrenos de similares características y condiciones en otra ubicación, previa consulta con el afectado. De acuerdo con el mismo artículo, sólo en los casos en que no sea posible la compensación por equivalente, procederá la compensación en dinero.

De manera complementaria, el artículo 97 enuncia los casos en los que la restitución material del inmueble es imposible, los cuales serán examinados en el siguiente apartado.

Con todo, teniendo en cuenta que una de las finalidades de la política de restitución es revertir el desarraigo de los campesinos a la tierra, la prioridad de esta política es fomentar procesos de restitución y garantía de goce efectivo de los derechos de las víctimas restituidas, evitando en la mayor medida posible proceder con las compensaciones dinerarias.

### **Análisis de las causales establecidas en el artículo 97 de la ley**

De acuerdo con el artículo 97 de la Ley 1448, las compensaciones tendrán lugar en favor de las víctimas que tenían la calidad de propietarios, o poseedores que hubieren cumplido el término para lograr la prescripción adquisitiva de dominio, u ocupantes de terrenos baldíos que hubieren cumplido los requisitos para la titulación de los respectivos terrenos, cuando la restitución material del bien es imposible por alguna de las siguientes razones: "Por tratarse de un inmueble ubicado en una zona de alto riesgo o

amenaza de inundación, derrumbe, u otro desastre natural, conforme lo establecido por las autoridades estatales en la materia”.

Este literal hace referencia a inmuebles que se ubiquen en zonas de riesgo conforme a lo establecido por las autoridades estatales en la materia, a saber: los municipios a través del Fondo de Prevención y Atención de Emergencias (Fopae). Adicionalmente, la información institucional de los planes de ordenamiento territorial, los planes de desarrollo e instrumentos de las oficinas de planeación de las entidades territoriales pueden ser muy útiles en tanto mencionan información respecto de zonas en situación de riesgo por amenazas de orden natural.

No obstante, los llamados a conceptuar sobre la factibilidad de restituir un predio de cara a los riesgos o amenazas de origen natural o antrópicas, así como la posibilidad de su mitigación<sup>3</sup> son las autoridades municipales en materia de riesgos y las corporaciones autónomas regionales.<sup>4</sup>

Al respecto, la Ley 1523 de 2012 establece que los gobernadores son agentes del Presidente de la República en materia de orden público y desarrollo, lo cual incluye la gestión del riesgo de desastres. En consecuencia, deben responder por la implementación de los procesos de conocimiento y reducción del riesgo y de manejo de desastres en el ámbito de su competencia territorial. Por su parte los alcaldes, como jefes de la administración local, son los responsables directos de la implementación de los procesos de gestión del riesgo en el distrito o municipio, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el área de su jurisdicción.<sup>5</sup> De allí que las secretarías de

---

3 En relación con esta causal, la interpretación desarrollada por la UAEGRT ha sido que el riesgo o amenaza debe ser no mitigable, lo cual implica que los costos de adelantar la mitigación sean mayores al valor comercial del predio. Ahora bien, tratándose de riesgos mitigables advertidos, es fundamental poner la información recabada en conocimiento del juez de restitución, con el propósito de que imparta las órdenes correspondientes, teniendo en cuenta que la responsabilidad de gestión del riesgo recaerá directamente en los entes territoriales.

4 Juzgado Tercero Civil Circuito Especializado en Restitución de Tierras Guadalajara de Buga. Providencia. 20 de agosto de 2013.

5 Ley 1523 de 2012. Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones. 24 de abril de 2012. D. O. No. 48411, artículos 14 y 15.

planeación de estas entidades territoriales, puedan igualmente informar sobre las situaciones de riesgo de los predios objeto de solicitud de restitución.

En relación con este componente, es fundamental la información que reúna el área catastral y de análisis territorial, la cual debe elaborar un informe técnico que dé cuenta de este tipo de información. En aquellos casos en que el área catastral y de análisis territorial observe que el predio solicitado se encuentra en una zona de riesgo, es importante que la Unidad oficie a las entidades territoriales, al Fopae –si los municipios cuentan con esa institución– y a las CAR, para que emitan el concepto respectivo, de cara a la elaboración de la solicitud/demanda y la definición de las pretensiones. Lo anterior con el fin de entregar predios que no estén afectados por riesgo o amenazas que puedan llegar a poner en peligro la vida o la integridad personal de los solicitantes, así como la vinculación de las diferentes entidades del Estado para que presten su concurso a la hora de mitigar los riesgos que puedan presentar los predios.

### *Primera causal*

*Por tratarse de un inmueble sobre el cual se presentaron despojos sucesivos, y este hubiese sido restituido a otra víctima despojada de ese mismo bien.*

Este literal se refiere a los bienes que ya fueron restituidos a otras víctimas en virtud de una sentencia judicial que haya ordenado la restitución del predio a otra víctima despojada del mismo bien. De igual manera, esta causal puede aplicarse en los procesos en que intervienen dos víctimas de abandono forzado o despojo respecto del mismo predio. En este último caso, es deber de la Unidad recaudar las pruebas que conduzcan al magistrado a considerar cuál de los solicitantes posee un mejor derecho sobre el predio, o es un sujeto de especial protección, para que proceda la restitución para él y la compensación para los demás.

En este sentido, es deber del magistrado de restitución determinar qué víctima es beneficiaria de la restitución, procediendo con la compensación para aquella a quien no se restituya el bien. Esta tarea implica un gran dilema en la medida en que es muy posible que alguna de las víctimas, si no ambas, queden insatisfechas. Al respecto se sugiere la posibilidad de que los magistrados

puedan consultar a las víctimas sobre sus preferencias, asegurando en la mayor medida posible que las elecciones sean voluntarias, libres y basadas en una información rigurosa, circunstancias que deberán ser verificadas por los representantes de las víctimas. Lo anterior no significa la instauración del mecanismo de la conciliación o mediación, sino simplemente la verificación de las pretensiones principales de las víctimas, labor que puede adelantar directamente el magistrado sin intervención de la otra víctima.

Si el magistrado identifica que las pretensiones son contrapuestas, será necesario adelantar un juicio de ponderación que determine cuál víctima será beneficiaria de la restitución y cuál compensada. Para adelantar dicho ejercicio, y a efectos de que la decisión sea jurídicamente sustentada y socialmente aceptable, se sugiere tener en cuenta los siguientes elementos en el análisis:

- vulnerabilidad socioeconómica de las víctimas;
- enfoque diferencial y sujetos de especial protección constitucional;
- tipo de derecho y nivel de informalidad;
- vocación productiva de las víctimas y vocación del predio;
- voluntad de retorno,<sup>6</sup> de obtener el reasentamiento en un tercer lugar o integrarse localmente;
- temporalidad en la adquisición del derecho;
- el uso que se ha realizado del mismo en el momento de la ocupación, interpretado desde la óptica de la función social y ecológica de la propiedad;<sup>7</sup>
- arraigo de la víctima con el predio y grado de dependencia frente a este para la realización de su proyecto de vida;

---

6 El retorno supone que la víctima puede hacer uso y goce del predio restituido, de modo que puede habitar en este por darse las condiciones de dignidad, voluntariedad, seguridad y sostenibilidad para regresar al lugar de origen del que fue desplazada.

7 Constitución Política de Colombia [Const.]. Artículo 58. 7 de julio de 1991 (Colombia). Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-006 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinoza; 21 de enero de 2003; C-740 de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño; 28 de agosto de 2003; C-189 de 2006. M. P. Rodrigo Escobar Gil; 15 de marzo de 2006; T-760 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández; 25 de septiembre de 2007; C-666 de 2010. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; 30 de agosto de 2010.

- democratización de la propiedad rural.<sup>8</sup>

En cada caso, el juez deberá valorar la importancia y el peso de cada uno de estos elementos, teniendo en cuenta los derechos y principios constitucionales que entran en juego.

### *Seguna causal*

*Cuando dentro del proceso repose prueba que acredite que la restitución jurídica y/o material del bien implica un riesgo para la vida o la integridad personal del despojado o restituido, o de su familia.*

En relación con este literal, es importante, en primer lugar, presentar algunas directrices internacionales que pueden resultar útiles a efectos de determinar si hay lugar o no a la aplicación de esta causal. En segundo lugar, se desarrollará el contenido y alcance del derecho a la vida y a la integridad personal, para luego determinar cuáles podrían ser los medios de prueba idóneos que pueden servir a los magistrados para determinar si esta causal de compensación es aplicable en el caso concreto.

### *Restitución y retorno*

La restitución es un derecho en sí mismo y, por ende, es independiente de que se haga o no efectivo el retorno de los desplazados.<sup>9</sup> De acuerdo con los instrumentos internacionales y la normatividad y jurisprudencia colombiana, si es su voluntad, las personas desplazadas tienen el derecho a regresar a sus tierras en condiciones de seguridad y de dignidad,<sup>10</sup> o a que el Estado les brinde otras soluciones duraderas distintas del regreso, sin perjuicio de su derecho a la restitución.<sup>11</sup>

8 Constitución Política de Colombia [Const.]. Artículos 60 y 64. 7 de julio de 1991 (Colombia). Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-536 de 1997. M. P. Antonio Barrera Carbonell; 23 de octubre de 1997; C-189 de 2006. M. P. Rodrigo Escobar Gil; 15 de marzo de 2006; C-644 de 2012. M. P. Adriana María Guillén Arango; 23 de agosto de 2012.

9 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, *op. cit.*, principio 2. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-821 de 2007. M. P. Catalina Botero Marino; 5 de octubre de 2007; C-715 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de septiembre de 2012; C-099 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa; 27 de febrero de 2013.

10 *Ibid.*, principio 10.

11 *Ibid.*, principio 10.3.

En ese sentido, aunque el retorno se considere imposible, irresponsable o ilegal, en razón a la situación de seguridad o la posibilidad de amenazas, el titular del derecho a la restitución puede querer hacer valer este derecho sobre su propiedad sin regresar físicamente a la misma. En estos casos, los desplazados pueden beneficiarse de programas de restitución que les permitan recuperar el control de su hogar y su tierra mediante su venta, arrendamiento o alquiler, opción que debe partir realmente de los propios desplazados y, por ende, no les puede ser impuesta.<sup>12</sup>

Al respecto, las experiencias internacionales también han demostrado que los procesos de restitución son igualmente importantes en los casos donde las víctimas no quieren retornar, siendo una alternativa viable optar por una solución duradera basada en la indemnización en lugar del retorno. Ello puede suceder, por ejemplo, en los casos donde es clara la ausencia de condiciones de seguridad y dignidad, o cuando ha pasado mucho tiempo desde el desplazamiento, y los desplazados hubieran reconstruido sus vidas en algún otro lugar de manera que ya no desearan reubicarse, incluso si se dieran las condiciones para un retorno seguro.<sup>13</sup> En este mismo sentido se ha pronunciado la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, para la cual la indemnización sólo debería utilizarse cuando el recurso a la restitución no sea posible o cuando la parte damnificada voluntariamente acepta la indemnización en lugar de la restitución.<sup>14</sup>

En concordancia con lo anterior, en el proceso de restitución de tierras es posible implementar estas medidas alternativas, en los casos en que se verifique la voluntad de no retorno, toda vez que en dichos eventos es necesario tener en cuenta el deseo de la persona que así lo manifiesta, ya que no puede ser obligada a retornar ni a aceptar decisiones que para ella sean adversas en

---

12 Al respecto, véase Naciones Unidas (2007). *Manual sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de refugiados y personas desplazadas. Aplicación de los Principios Pinheiro*. Recuperado de [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/pinheiro\\_principles\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/pinheiro_principles_sp.pdf).

13 *Ibid.*, principios 2.1 y 2.2.

14 Naciones Unidas, Subcomisión de Derechos Humanos. Restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos, E/CN.4/Sub.2/Res2002/7. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1616>.

el proceso de restitución. En todo caso, se reitera la necesidad de que cualquier medida alternativa que se adopte exige su aceptación libre y voluntaria por parte de la víctima.

*Derecho a la vida y a la integridad personal  
en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*

De acuerdo con los artículos 2 y 11 de la Constitución Política de Colombia, el Estado tiene el deber de proteger el derecho fundamental a la vida de todas las personas residentes en Colombia.

A partir de este enunciado, la Corte Constitucional<sup>15</sup> ha señalado que de estas disposiciones se derivan al menos dos obligaciones constitucionales del Estado frente al derecho a la vida: i. no interferir en su ejercicio –obligación de respetar–, y ii. impedir que terceras personas lo afecten –obligación de proteger–.

Así las cosas, dado que la vida constituye la base para el ejercicio de los demás derechos, es decir, es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones, es obligación del Estado garantizar la primacía e inviolabilidad de este derecho.<sup>16</sup>

Con base en estas disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la protección y el respeto del derecho fundamental a la vida guardan una relación intrínseca con la garantía del derecho fundamental a la seguridad personal.<sup>17</sup>

Por otra parte, en relación con el derecho fundamental a la integridad personal, la Corte ha sostenido que no solo cubre la composición física de la persona, sino también la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio psicológico.<sup>18</sup> Afirma esta corporación que ambos factores deben conservarse por igual y, por ello, los atentados contra uno u otro

15 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-585A de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 28 de julio de 2011.

16 Corte Constitucional. Sentencias T-102 de 1993. M. P. Carlos Gaviria Díaz; 10 de marzo de 1993; T-728 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de septiembre de 2010; T-585A de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 28 de julio de 2011.

17 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-728 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de septiembre de 2010; T-585A de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 28 de julio de 2011; T-234 de 2012. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 21 de marzo de 2012.

18 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-728 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 13 de septiembre de 2010.

–por acción o por omisión– vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en condiciones de dignidad.<sup>19</sup>

En este sentido, afirma la Corte:

[E]l derecho a la integridad personal se relaciona con la preservación del sujeto en sus componentes físicos, psicológicos y espirituales, los cuales se hallan integrados en un conjunto armónico que justamente constituye la esencia del ser humano, razón por la cual estos elementos deben permanecer inalterados por agresiones, torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ataques y lesiones, así como por la acción u omisión de autoridades o particulares.<sup>20</sup>

En consecuencia, agrega la Corte, este derecho resulta transgredido en alto grado cuando se lleva a cabo cualquier forma de maltrato moral o material.<sup>21</sup>

En este mismo sentido se han pronunciado los jueces de restitución, quienes señalan:

[E]s necesario profundizar en lo referente al concepto de integridad personal, entendiéndose la misma como aquel derecho humano fundamental que tiene su origen en el respeto a la vida y sano desarrollo de ésta. El ser humano por el hecho de ser tal tiene derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral. La integridad física, implica la preservación y cuidado de todas las partes del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas. La integridad psíquica es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales, psicológicas e intelectuales.<sup>22</sup>

Con fundamento en estas disposiciones, jueces y magistrados de restitución han dado mérito a la manifestación de los solicitantes de no querer retornar al bien que les fue despojado o el cual abandonaron forzosamente, pidiendo, en lugar de ello, una compensación con otro predio o una compensación económica, dependiendo de las condiciones de cada caso y de las razones que

---

19 *Ibid.*

20 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1019 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 14 de octubre de 2004.

21 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias SU-200 de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo; 7 de abril de 1996; T-1005 de 2004. M. P. Alfredo Beltrán Sierra; 14 de octubre de 1997.

22 Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Ibagué. Providencia. 31 de mayo de 2013.

justifican la voluntad de no retornar.<sup>23</sup> Al respecto, el Fondo de la Unidad propone que frente a la existencia de este tipo de situaciones, se puede acudir a la figura de autorización para la enajenación del predio restituido, establecida en el inciso segundo del artículo 101 de la Ley 1448 de 2011. No obstante, dicha propuesta puede implicar una carga excesiva para la víctima, que pudiendo ser compensada por equivalente o con un pago de dinero, se ve obligada a recibir el predio y proceder con una serie de trámites posteriores para efectuar su venta.

Cualquiera que sea la situación que ponga de presente la víctima, que puede dar indicios de una imposibilidad de restitución por representar un riesgo según lo dispuesto en este literal, es fundamental que la Unidad recaude las pruebas idóneas o, de no ser posible, presente los indicios que puedan orientar el trabajo de la valoración de los jueces, a fin de demostrar la existencia de la situación alegada. Con todo, es importante reiterar que, tratándose de estas afectaciones, el relato de la víctima constituye un insumo fundamental para determinar la procedencia de la compensación. En ese mismo sentido, es necesario que el juez determine con claridad cuál es la medida de compensación que se adoptará, así como las medidas complementarias que se establecerán para garantizar la recuperación de la capacidad económica de los solicitantes, para evitar que se postergue indefinidamente el reconocimiento de sus derechos.

#### *Medios de prueba*

Teniendo en cuenta las directrices enunciadas, los medios de prueba que pueden ser útiles para determinar las condiciones

---

23 En un proceso, por ejemplo, se tuvo en cuenta el género y la edad de la solicitante, así como el impacto psicológico de un eventual retorno no consentido, debido a la presencia de familiares de las personas que causaron el desplazamiento en la zona, para proceder con la compensación (véase Tribunal Superior Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Providencia. 1 de agosto de 2013). En otro caso, el juez accedió a otorgar medidas compensatorias, considerando que la restitución del predio implicaría poner en peligro la vida o integridad de los reclamantes, pues, en el curso del proceso, el solicitante fue víctima de amenazas y su predio se ubicaba en colindancia con un predio del presunto autor de esas agresiones (Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil Especializado en Restitución de Tierras. Providencia. 15 de marzo de 2013).

que ponen en riesgo la vida, seguridad e integridad personal de los solicitantes son:

- conceptos de la Unidad Nacional de Protección y la adopción de medidas especiales de protección dispuestas por esta entidad;
- informes de la Unidad de DD. HH. y DIH, o del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación;
- informes de comandantes de Policía;
- inspecciones judiciales al predio;
- informes de Riesgo y Notas de Seguimiento de la Defensoría del Pueblo y del Comité Interinstitucional de Alertas Tempranas.
- medidas provisionales de protección de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
- informes de organizaciones de la sociedad civil o de organismos internacionales, o cualquier informe o estudio técnico que determine el nivel de riesgo en que se encuentra la persona solicitante;
- denuncias que presente el solicitante en relación con el riesgo para su vida e integridad, las cuales no fueron desvirtuadas ni controvertidas en el proceso de restitución;<sup>24</sup>
- historias clínicas y conceptos de profesionales de la medicina que permitan determinar el estado de salud de los reclamantes;<sup>25</sup>
- testimonios de familiares y declaraciones de la víctima.<sup>26</sup>

### *Tercera causal*

*Cuando se trate de un bien inmueble que haya sido destruido parcial o totalmente y sea imposible su reconstrucción en condiciones similares a las que tenía antes del despojo.*

---

24 Tribunal Superior Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Providencia. 1 de agosto de 2013.

25 Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Ibagué. Providencia. 20 de agosto de 2013.

26 *Idem.*

En relación con esta causal, le corresponde al juez o magistrado de restitución señalar cuándo se considera que el inmueble ha sido destruido parcial o totalmente y es imposible su reconstrucción en condiciones similares a las que tenía antes del despojo, a partir del examen y valoración de las pruebas allegadas al proceso.

Para ello resulta fundamental el dictamen técnico del equipo del área catastral de la Unidad de Restitución, el cual debe precisar si es posible o no la reconstrucción del bien y si, aun cuando es posible la reconstrucción, esta no puede ser similar a la anterior al despojo, casos en los cuales es procedente la compensación. Adicionalmente, dicho dictamen se puede apoyar en los conceptos de las entidades del orden territorial que logren determinar la pérdida, extinción o alteración profunda de los rasgos característicos del inmueble en todo o en parte, la cual elimina la posibilidad de eficacia, productividad o rentabilidad del bien, en razón de la finalidad que le es propia.<sup>27</sup> Así, se debe establecer, en primera medida, la destinación que le asistía al bien inmueble antes del despojo o desplazamiento para determinar si, en efecto, se presentaron acciones que alteraron de manera significativa la sustancia del bien, de tal suerte que se imposibilite su uso y goce en similares características a las existentes antes de la ocurrencia del hecho victimizante. En segunda medida, se debe demostrar la imposibilidad material de reconstruir el inmueble de acuerdo con las condiciones que tenía antes del despojo.<sup>28</sup>

Finalmente, una vez la Unidad advierta la posible ocurrencia de alguna de las causales descritas en el artículo 97, sea porque la víctima la ha puesto de presente o por cualquier otra situación, debe adelantar las acciones tendientes a recopilar el acervo probatorio suficiente que logre mostrar o que tienda a disipar cualquier posible duda que surja por parte de los jueces respecto de la procedencia de la compensación. En consecuencia, la pretensión de compensación incorporada en la solicitud deberá acompañarse de los elementos probatorios que se pretenden hacer valer para demostrar la procedencia de alguna(s) de las causales descritas.

---

27 Véase Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. Concepto sobre predios ribereños, 2013.

28 *Idem.*

## Procedencia de la compensación por imposibilidad jurídica y material de restitución y voluntariedad

Aunque en un principio la Unidad sostuvo que las causales de compensación contenidas en el artículo 97 eran taxativas,<sup>29</sup> estas consideraciones han venido cambiando hacia entender la procedencia de la compensación ante cualquier situación que imposibilite la restitución del predio objeto del proceso, aun cuando dichas circunstancias no se encuentren claramente determinadas dentro de alguna de las causales descritas en la artículo 97.

En todo caso, sostiene la Unidad, la compensación sólo es procedente frente a la imposibilidad de restituir y no cuando la víctima libremente opte por ello. Lo anterior por cuanto la voluntad de no retornar es independiente de la restitución. Como sustento esta tesis, la Unidad cita el *Manual sobre la restitución de viviendas y el patrimonio de los refugiados y personas desplazadas*, el cual consigna lo siguiente:

[L]os Principios establecen que el derecho a la restitución de la vivienda o el patrimonio no puede verse afectados por la decisión de sus titulares legítimos de no regresar. Por tanto, al contrario de lo que ocurre con el retorno en sí, la elección voluntaria de reasentarse o integrarse localmente, no afecta a la restitución. De hecho, la restitución puede ser muy importante para los que deciden regresar. Por ejemplo, la venta voluntaria, el intercambio o el arrendamiento de los bienes restituidos pueden constituir una fuente de ingresos importante para ayudar a que la integración local o el reasentamiento sean sostenibles.

Por su parte, los jueces y magistrados de restitución, en aplicación de los principios de justicia transicional, han señalado igualmente la necesidad de flexibilizar la interpretación y aplicación de las causales de compensación previstas en la ley, especialmente en situaciones no contempladas en el artículo 97, en las que obligar a la víctima a retornar al predio puede implicar la violación de otros de sus derechos. Al respecto se ha señalado:

[A]ún con la claridad que ofrece la perspectiva de la preferencia de la restitución, tiene que advertirse que en la cabal comprensión del artículo, las cuatro causales allí referidas no son taxativas sino meramente enunciativas [...].

29 Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. Concepto compensaciones, 2011.

[...] estamos en presencia de una ley novedosa, que regula una temática totalmente especial, *sui generis*, con perspectiva esencialmente constitucional en tanto está encaminada a proteger los derechos fundamentales de las víctimas del conflicto armado interno a la restitución y formalización de sus predios abandonados y despojados; y si ello es así, como en efecto no hay duda que lo es, no podía el legislador ordinario prever, o anticiparse a todas las causas fácticas posibles bajo las cuales serían procedentes las compensaciones en favor de las víctimas [...].

De acuerdo con lo anterior basta que se trate de asuntos ligados a la condición humana y por ende a los principios y valores que buscan asegurar la dignidad e integridad de las personas para que tengan respaldo constitucional y con base en ello puedan hacerse exigibles, puedan materializarse.<sup>30</sup>

En consecuencia, afirman los jueces y magistrados, la compensación resulta procedente evaluando en los casos concretos si: i. se erige con suficiencia una verdadera motivación para que la restitución se torne imposible o ii. obran pruebas que ameriten circunstancias que por su naturaleza u otra razón impidan el retorno del solicitante. De no ser así, la orden que consideran procedente es la restitución.

Ahora bien, tomando en consideración los principios internacionales, así como los principios constitucionales y la jurisprudencia constitucional, es posible afirmar que el otorgamiento de las compensaciones debe considerar:

- a) las restricciones jurídicas a la adjudicación de ciertos predios;<sup>31</sup>
- b) todas aquellas situaciones ligadas a la vulneración o posible afectación de principios constitucionales tales como la vida, la dignidad, la integridad y demás derechos de las personas;

30 Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Guadalajara de Buga. Providencia. 30 de julio de 2013.

31 Así, por ejemplo, ha sucedido en los casos de predios ubicados en parques nacionales o en zonas de reserva forestal. En relación con estos últimos, es importante reiterar que la imposibilidad de restituir depende de las restricciones al uso y la zonificación de las áreas destinadas exclusivamente a la conservación y las que pueden destinarse al desarrollo sostenible o la explotación. Finalmente, en los casos en que la relación jurídica del solicitante con el predio deviene de una adjudicación hecha por autoridad estatal –con violación de la normatividad vigente en el momento de la adjudicación–, lo procedente es ordenar a dicha entidad corregir tal situación, reubicando al solicitante en otro predio con el fin de hacer efectivo su derecho.

- c) los principios de la restitución de las viviendas y el patrimonio de refugiados y personas desplazadas, los principios de la justicia transicional y los principios de leyes, tales como la reparación transformadora y el enfoque diferencial, así como el enfoque de acción sin daño, a partir de los cuales pueden surgir nuevos eventos que admitan la compensación, lo cual incluye la clara, consciente y voluntaria preferencia por una solución duradera basada en la indemnización;
- d) el artículo 97 que establece algunas causales para considerar la restitución material no posible.

### Compensaciones para terceros

De acuerdo con la Ley 1448, los opositores que logren demostrar la buena fe exenta de culpa serán acreedores a una compensación económica cuyo monto no podrá exceder el valor del predio acreditado en el proceso.<sup>32</sup> En estos casos, la compensación procede como un reconocimiento económico por la buena fe con que obró un particular frente a la adquisición u ocupación de un predio determinado.<sup>33</sup>

A efectos de que terceros no sufran un daño ulterior durante los procesos de restitución, se exigió un expreso reconocimiento por parte del magistrado de restitución a estos sujetos procesales,<sup>34</sup> debiendo pronunciarse explícitamente en la sentencia sobre este aspecto. Una vez se determine la procedencia de

<sup>32</sup> 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. 10 de junio de 2011. D. O. No. 48.096, artículo 100.

<sup>33</sup> En estos casos, nunca procederá el reconocimiento de los derechos de propiedad del predio despojado, pues aplicadas las presunciones legales o de derecho sobre el despojo, que anulan las negociaciones o transferencias del dominio realizadas sobre el bien, la consecuencia ineludible es la restitución del predio solicitado a la víctima. En consecuencia, el reconocimiento del derecho de propiedad solo aplica para la víctima o el tercero que siendo también víctima de despojo o abandono del mismo predio tiene un mejor derecho.

<sup>34</sup> Resolución 953 de 2012 del 28 de diciembre de 2012 [Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas]. Por la cual se adopta el Manual Técnico Operativo del Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Tierras Despojadas, artículo 58.

la compensación, la Unidad tiene competencia para pagarla, con cargo a los recursos del fondo, valor que siempre deberá ser abonado en efectivo. En caso de que se encuentren desarrollando en el predio un proyecto agroindustrial, podrán, si la víctima así lo desea, celebrar con ella un contrato de uso, el cual les permitiría continuar con el manejo y la administración del proyecto respectivo.

### **Segundos ocupantes, desalojos forzados y compensación en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional**

Dado que en muchos casos la garantía del derecho a la restitución exige llevar a cabo desalojos,<sup>35</sup> es necesario reiterar algunos lineamientos en relación con las garantías procesales que se requieren para que se ajusten a la normativa vigente de derechos humanos. A continuación se presentan algunas disposiciones normativas, jurisprudenciales y doctrinales que pueden orientar dicha labor.

En primer lugar, es importante reiterar que, de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, es un deber del Estado proteger a las personas contra los desalojos forzosos por ser incompatibles con el contenido del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional.<sup>36</sup>

La decisión judicial de restitución constituye una de las circunstancias excepcionales que justifican llevar a cabo un desalojo, siempre y cuando este se ajuste a los principios pertinentes de derecho internacional, los cuales desarrollan las garantías procesales que se deberían aplicar en estos contextos, a saber:<sup>37</sup>

35 Ley 1448 de 2011, artículo 100.

36 Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General N° 4. El derecho a una vivienda adecuada* (1991). Recuperado de [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN4](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN4).

37 Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1997). *Observación General N° 7. El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos*. Recuperado de [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/)

- a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas;
- b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo;
- c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas;
- d) la presencia de funcionarios del Gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando este afecte a grupos de personas;
- e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo;
- f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento;
- g) ofrecer recursos jurídicos; y
- h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.

De acuerdo con dichos instrumentos, es deber de los Estados otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial.

Estos principios han sido reconocidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional,<sup>38</sup> que además ha señalado que dado que el desalojo forzoso apareja la violación de otros derechos humanos consagrados en el Pidesc, como el derecho a la vida, a la seguridad personal, a la no injerencia en la intimidad familiar, entre otros, se acoge la recomendación del Comité de acuerdo con la cual cuando se desaloja o lanza a una familia no se la puede literalmente dejar en la calle sino que se debe tener disponible un lugar adecuado donde ubicarla.<sup>39</sup> En este sentido, teniendo

---

CESCR/00\_1\_obs\_grales\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN7.

38 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-239 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa; 19 de abril de 2013.

39 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-068 de 2010. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 4 de febrero de 2010.

en cuenta que la práctica de un desalojo puede agravar condiciones de vulnerabilidad de ciertos sujetos de especial protección, tales como las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como la población víctima del conflicto y otros individuos y grupos vulnerables, la Corte agrega que es fundamental que se analice el contexto económico-social de la población afectada de modo que se matice su impacto, tomando las previsiones necesarias para garantizar que no se interrumpa su derecho a una vivienda adecuada o digna,<sup>40</sup> que en el caso de la población en situación de desplazamiento tiene el carácter de derecho fundamental.<sup>41</sup>

En este sentido, es deber de los Estados esforzarse por encontrar y proporcionar viviendas o tierras alternativas, incluso de forma temporal, a aquellos que no disponen de medios para acceder a otra vivienda adecuada cuando deben abandonar la que ocupan en ese momento. Lo anterior con el fin de que no se queden sin hogar y de que su derecho a una vivienda adecuada no se vea menoscabado de ningún otro modo.<sup>42</sup> En todo caso, no se puede retrasar continuamente la recuperación de las viviendas por sus titulares legítimos a consecuencia de la incapacidad del Estado para encontrar alojamiento alternativo para los actuales ocupantes.<sup>43</sup>

En la misma línea, los Principios Pinheiro establecen que los ocupantes secundarios están protegidos contra el desalojo forzado arbitrario o ilegal y este sólo está permitido siempre y cuando sea justificable e inevitable a efectos de la restitución, y se lleve a

---

40 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-068 de 2010. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 4 de febrero de 2010; T-288 de 2011. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 14 de abril de 2011.

41 De acuerdo con la Corte Constitucional, el derecho a una vivienda digna para la población desplazada es un derecho fundamental de aplicación inmediata, que tiene un amplio desarrollo tanto a nivel interno como internacional, y que se encuentra dotado de precisos contenidos que el Estado debe asegurar a fin de garantizar la protección real y efectiva de este derecho. Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-159 de 2011. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; 10 de marzo de 2011; T-176 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa; 2 de abril de 2013; T-239 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa; 19 de abril de 2013.

42 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, *op. cit.*, principio 17.3.

43 *Ibid.*, principio 17.2.

cabo respetando las normas internacionales y proporcionando las debidas garantías procesales en las que se incluye la posibilidad de obtener una reparación.<sup>44</sup>

Específicamente, en relación con la población desplazada, los Principios Pinheiro establecen la prohibición de los desalojos forzados, posición que también ha adoptado la Corte Constitucional en su jurisprudencia.<sup>45</sup> En otros casos, este Tribunal ha señalado la importancia de reconsiderar los desalojos en los casos en que esta diligencia pueda afectar de manera desproporcionada a grupos vulnerables.<sup>46</sup> Al respecto se sugiere tener en consideración aspectos como:

- a) la naturaleza del bien ocupado;
- b) el uso que se le esté dando en el momento de la ocupación, interpretado desde la óptica de la función social y ecológica de la propiedad;
- c) las circunstancias económicas, sociales y culturales del grupo ocupante;
- d) el número de potenciales afectados por el desalojo;
- e) la presencia de “otras vulnerabilidades” como la edad, la eventual afectación de personas con discapacidad o de mujeres embarazadas;
- f) las posibles consecuencias del desalojo.

Finalmente, en los casos en que terceros hayan adquirido de buena fe dichos predios, se considera la posibilidad de que el Estado establezca mecanismos para indemnizar a los compradores que hayan resultado perjudicados,<sup>47</sup> siempre y cuando la ocupación no haya servido como instrumento de limpieza étnica, o haya sido fruto del oportunismo, la discriminación, el fraude o la corrupción.<sup>48</sup>

---

44 *Ibid.*, principio 17.1.

45 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-068 de 2010. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 4 de febrero de 2010.

46 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-282 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 12 de abril de 2011.

47 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, *op. cit.*, principio 17.4.

48 Naciones Unidas. *Manual sobre la restitución de las viviendas y el*

### Compensaciones para terceros en la Ley 1448

Ordinariamente, el derecho civil establece que en caso de constatarse la buena fe exenta de culpa, el juez deberá dar carácter de real al derecho aparente; sin embargo, la Ley de Víctimas establece que habrá lugar a una compensación por una suma de dinero equivalente al valor del derecho aparente.

#### *Compensaciones a terceros cualificados*

En estos casos, es necesario que los opositores presenten los documentos y pruebas tendientes a demostrar su buena fe exenta de culpa, el justo título del derecho y demás pruebas referentes al valor del derecho, las cuales permitan a los magistrados de restitución constatar el origen y la tradición de los bienes, el contexto en el que se desarrolló la tradición o la transacción del predio, la realidad jurídica y material del bien, la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, astucia o viveza, en fin, de cualquier conducta lesiva de los derechos de las víctimas. Adicionalmente, es pertinente que los opositores devuelvan el predio para ser compensados, siempre y cuando sus actuaciones no se hayan regido por la mala fe.<sup>49</sup>

De acuerdo con la ley, los opositores que logren demostrar la buena fe exenta de culpa se harán acreedores a una compensación por una suma de dinero equivalente al valor del derecho aparente. Adicionalmente, en caso de que se encuentren desarrollando en el predio un proyecto agroindustrial, podrán, si la víctima así lo desea, celebrar con ella un contrato de uso, el cual les permitiría continuar con el manejo y la administración del proyecto respectivo.

#### *Compensaciones a terceros víctimas y vulnerables*

En el segundo capítulo de este texto se señaló, en relación con los ocupantes secundarios víctimas, que se presume su buena fe cuando la ocupación es producto de sus circunstancias de extrema vulnerabilidad, casos en los cuales las jueces deberían ordenar medidas complementarias a efectos de evitar la vulneración

---

*patrimonio de refugiados y personas desplazadas. Aplicación de los Principios Pinheiro, op. cit.*

49 Tribunal Superior de Cartagena, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Providencia. 22 de mayo de 2013.

de sus derechos a la igualdad, la vivienda digna y el acceso progresivo a la tierra.

Lo mismo sucede con la población vulnerable que compró u ocupó el predio objeto de restitución, a fin de superar su estado de necesidad y precariedad. En estos casos, se ha señalado la importancia de reconsiderar los desalojos, cuando con esta diligencia se pueda afectar de manera desproporcionada a estos grupos vulnerables. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la alternativa que existe en la actualidad para estos casos es valorar de manera diferencial la buena fe exenta de culpa a efectos de determinar la procedencia de la compensación económica, o la orden de implementar medidas complementarias, siempre y cuando los ocupantes secundarios sean personas vulnerables, cuyo sustento depende del predio y no tienen relación directa ni indirecta con el despojo o abandono forzado.<sup>50</sup> En todo caso, dada la complejidad del tema, será indispensable que el juez valore y determine la decisión que cause menos afectaciones a todos los intervinientes del proceso.

Las alternativas planteadas tienen como propósito obtener la decisión más ajustada a las normas del derecho constitucional, del derecho internacional de los derechos humanos, así como a los propósitos de la justicia transicional. En consecuencia, los jueces y magistrados deberán manejar estas situaciones con suma diligencia y cuidado para evitar, por un lado, que se menoscabe el derecho a la restitución y, por otro, que se deje al segundo ocupante sin un lugar para vivir.

---

50 Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-330 de 2016. M. P. María Victoria Calle Correa; 23 de junio de 2016; T-367 de 2016. M. P. Alberto Rojas Ríos; 12 de julio de 2016; Auto 373 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 23 de agosto de 2016.

## Referencias

- Aponte, A. (2012). *Protocolo para una posible armonización de la restitución de tierras en la Ley de Justicia y Paz y la nueva Ley de Víctimas*. Bogotá: Programa de Políticas Públicas de USAID.
- Bolívar, A. et al. (2012). *Restitución de tierras en el marco de la justicia transicional civil – Módulo de formación autodirigida*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Boraine, A. (2006). Transitional justice: a holistic interpretation. *Journal of International Affairs*, 60 (1).
- Botero, C. (2006). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- De Greiff, P. (2009). Una concepción normativa de la justicia transicional. En De Greiff, P., Calle, H., Apuleyo, P., Saffon, M. y Uprimny, R. (eds.). *Justicia y paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá: Fundación Seguridad y Democracia.
- De Greiff, P. (2009). Usos y abusos de la justicia transicional. En Rangel, A. (ed.). *Justicia y Paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá: Intermedio.
- Leckie, S. (2009). *Housing, land, and property rights in post-conflict United Nations and other peace operations: A comparative survey and proposal for reform*. New York: Cambridge University Press.
- López Gil, J. *Propuesta de codificación de nuevas divisiones administrativas*. Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).
- López, D. (2004). *Nuevas tendencias en la dirección del proceso*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Neme, M. L. (2010). La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 18, 65-94.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos et al. (2007). *Manual sobre la restitución de viviendas y el patrimonio*

de refugiados y personas desplazadas. Aplicación de los principios Pinheiro. Turín: ACNUDH.

Parra, J. (2011). *Estudio sobre la buena fe*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Ramos, M. (2003). *Justicia agraria: la experiencia colombiana*. Ponencia presentada en el XI Seminario Nacional de Derecho Agrario - II Encuentro Nacional de Profesores de Derechos Agrario. Recuperado de <http://www.abda.com.br/texto/ManuelRBermudez.pdf>.

Roldán, S. (2012). *Buena fe exenta de culpa y confianza legítima en restitución de tierras*. Recuperado de <http://www.sergioroldan.co/blog/2013/10/buena-fe-exenta-de-culpa-y-confianza-legitima-en-restitucion-de-tierras/>.

Sánchez, N. C. y Uprimny, R. (2010). Propuestas para una restitución de tierras transformadora. En Díaz, C. (ed.). *Tareas pendientes: Propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*. Bogotá: ICTJ.

Superintendencia de Notariado y Registro (2011). *Situación registral de predios rurales en los Montes de María*. Bogotá: Superintendencia de Notariado y Registro.

Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (2012). *Modelo de elaboración de demandas*. Bogotá: Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (2013). *Concepto identificación de la propiedad sobre predios solicitados en restitución ubicados en zona de reserva forestal*. Bogotá: Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (2014a). *Informe preliminar de hallazgos de inadmisiones, rechazos y devoluciones de las solicitudes judiciales de restitución de tierras*. Bogotá: Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (2014b). *Buena fe exenta de culpa y opositores vulnerables en el proceso de restitución de tierras*. Bogotá: Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

Unidad de Restitución (2012). *Compensaciones, alivio de pasivos y administración de proyectos productivos agroindustriales según la Ley 1448 de 2011, el Decreto 4829 de 2011 y la Resolución 953 de 2012*. Bogotá: Unidad de Restitución.

Uprimny, R. *et al.* (2011). Las medidas de protección de tierras en Colombia. Un estudio sociojurídico. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia – ASDI (Sin publicar).

Valencia A. (2006). *Derecho civil* (vol. I, Pt. General y Personas). Bogotá: Temis.

Vargas, F. *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*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (en prensa).

Williams, R. (2008). El derecho contemporáneo de restitución de propiedades dentro del contexto de la justicia transicional. En Díaz, C. (ed.). *Reparaciones para las víctimas de la violencia política* (pp. 441-59). Bogotá: ICTJ.

# Debates sobre la acción de restitución

La cuestión de la tierra ha originado múltiples debates jurídicos y políticos en Colombia desde hace mucho tiempo. Actualmente, la acción de restitución de tierras despojadas y abandonadas incorporada en la Ley 1448 de 2011, además de ser parte del sistema de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas, es también uno de los principales desafíos del Estado democrático de derecho en el marco del cumplimiento de los acuerdos de paz.

Durante los primeros años de la implementación de la Ley 1448 de 2011, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), en convenio con la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, se dedicó a la investigación y el abordaje de varios problemas jurídicos relacionados con el proceso de restitución de tierras y territorios. *Debates sobre la acción de restitución* comparte los resultados de la investigación desde un enfoque y comprensión contextualizada, con una perspectiva de derechos humanos.

A partir de documentos precisos, en la primera parte se esboza un análisis sobre la autonomía y las peculiaridades de los mecanismos y procedimientos contemplados en la Ley 1448; en la segunda parte se examina el alcance del concepto y principio de buena fe; finalmente, en la tercera parte se reflexiona sobre las disposiciones relacionadas con las compensaciones para las víctimas y respecto de terceros opositores que dentro del proceso probaron la buena fe exenta de culpa.

Todos los apartados ofrecen una reflexión en torno a la naturaleza de la restitución de tierras como un programa con enfoque de derechos humanos y justicia transicional, integrado a la acción coordinada de la administración de justicia. Este texto pone a disposición del lector nuevas perspectivas del proceso de restitución como uno de los mecanismos de la justicia transicional, cuya implementación también debe contribuir a la consecución de los fines últimos que se persiguen para la transición colombiana.

Aur

ISBN 978-958-5441-04-0



9 789585 441040



UNIDAD  
DE RESTITUCIÓN  
DE TIERRAS



Colombia  
Responde  
NORTE/SUR



USAID  
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS  
UNIDOS DE AMÉRICA



Dejusticia  
derecho · justicia · sociedad