

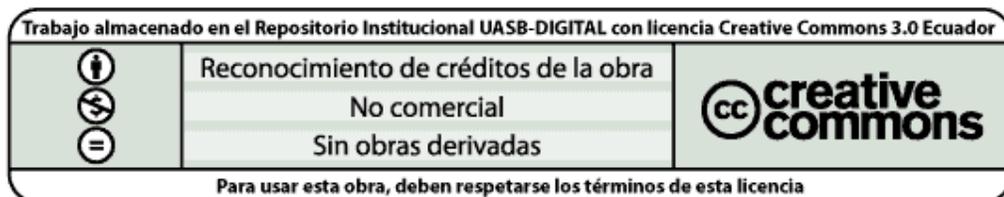
Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Maestría en Derechos Humanos y Democracia en América Latina
Mención en mecanismos de protección

Restitución ¿realidad o ficción?
Balance de los derechos de las víctimas del despojo y del abandono forzado de tierras en
Colombia

Ana Jimena Bautista Revelo

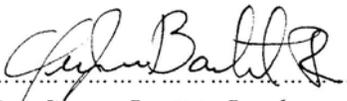
2012



Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.


.....
Ana Jimena Bautista Revelo

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Maestría en Derechos Humanos y Democracia en América Latina
Mención en mecanismos de protección

Restitución ¿realidad o ficción?
Balance de los derechos de las víctimas del despojo y del abandono forzado de tierras en
Colombia

Autora

Ana Jimena Bautista Revelo

Tutor

Ramiro Ávila

Bogotá, 2012

ABSTRACT

El trabajo “Restitución ¿realidad o ficción?, balance de los derechos de las víctimas del despojo y del abandono forzado de tierras en Colombia”, analiza el comportamiento del campo jurídico en donde tuvo lugar la aprobación de la ley 1448 de 2011, concentrándose en el componente de restitución de tierras de quienes han sido despojados y desplazados forzadamente, adicionalmente analiza el nivel de adecuación de las normas al contenido material de la constitución, y el peso específico de los distintos agentes en su aprobación, haciendo especial énfasis en el desempeño de las organizaciones de víctimas.

Para el cumplimiento de este propósito en el primer capítulo se hace una descripción del campo jurídico de los derechos de las víctimas y en especial de restitución de tierras, antecedente necesario para comprender la configuración del campo durante la discusión y aprobación de la ley 1448 de 2011, evidenciando el capital jurídico existente con anterioridad a la discusión de la ley, así como las relaciones de fuerza y de poder presentes en el campo a través del análisis del capital, la *illusio* y en ocasiones el *habitus* de sus principales agentes.

En el segundo capítulo se presentan los elementos estructurales de los discursos de los distintos agentes que actuaron en el campo jurídico durante la discusión de la ley 1448 de 2011, identificando sus enfoques, propuestas, así como las principales tensiones que se presentaron en el campo durante su discusión.

Por último, se presenta una síntesis de los principales aspectos que fueron aprobados en la ley 1448 de 2011 en materia de restitución, analizando cuál fue el discurso que se impuso en el campo jurídico, quien acumuló capital jurídico, y la adecuación de las normas aprobadas a los estándares constitucionales en materia de reparación.

*Mi agradecimiento a quienes resisten,
cuestionan, y se niegan a naturalizar como destino
trágico el despojo de sus territorios y su posterior
legalización a través del derecho.*

*A Eduardo, cómplice, compañero de viaje y de
sueños, quien fue testigo de cada paso de este trabajo.*

*A mi familia el gran soporte de mi vida,
quienes me acompañan en cada camino que escojo.*

*Al Programa Andino de Derechos Humanos, y
en especial a Judith Salgado por permitirme haber
hecho parte de una Universidad Andina, en donde los
DDHH buscan ser herramienta de lucha para
modificar relaciones de dominación y subordinación.*

*A Ramiro por su apoyo en esta tarea y por
cada una de sus enseñanzas.*

*Y finalmente a Gina y a Verito por toda la
ayuda brindada.*

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	P. 8
Capítulo I. Caracterización del campo jurídico de la restitución de tierras en Colombia, durante la discusión de y aprobación de la ley 1448 de 2011	P. 18
1. Campo jurídico del desplazamiento forzado y del derecho a la restitución	P. 21
2. Posición de los principales agentes involucrados en el campo	P. 32
2.1. Organizaciones de víctimas	P. 33
2.2. ONG de derechos humanos	P. 37
2.3. Polo Democrático Alternativo (PDA)	P. 38
2.4. Gobierno y Unidad Nacional	P. 39
2.5. Naciones Unidas	P. 45
2.6. Ministerio Público	P. 47
Capítulo II. Discursos de los principales agentes del campo sobre la restitución durante la discusión y aprobación de la ley 1448 de 2011	P. 49
1. Principales aspectos de los discursos de los agentes	P. 49
1.1. Víctimas	P. 49
1.2. Gobierno y Unidad Nacional	P. 58
1.3. Naciones Unidas	P. 64
1.4. Ministerio Público	P. 66
2. Principales tensiones entre los agentes	P. 68
2.1. Reducción del universo de víctimas	P. 68
2.2. Mecanismos dirigidos a impedir la restitución material de las tierras	P. 72
2.3. Ausencia de restitución patrimonial/restitución de vivienda a través de subsidios	P. 77
2.4. Prohibición de medidas de hecho para exigir la restitución	P. 78
Capítulo III. Discurso que prevaleció y su adecuación al contenido material de la Constitución	P. 81
1. Contenido de las disposiciones aprobadas en la ley 1448 de 2011 en materia de restitución, y discurso que prevaleció	P. 81
2. Nivel de adecuación al contenido material de la Constitución Política	P. 86
2.1. Limitación del mecanismo de restitución a las tierras, vulnera el derecho a la reparación integral, la obligación de restituir el patrimonio, el derecho a la igualdad y los derechos a la propiedad y la posesión	P. 88
2.2. La exclusión de las víctimas que sufrieron el hecho victimizante con anterioridad a 1991 transgrede el derecho a la igualdad y a la reparación integral	P. 93
2.3. El registro del despojo como requisito de procedibilidad vulnera el derecho de acceso a la justicia	P. 98
2.4. El contrato de uso vulnera el derecho a la restitución, a la libertad de escoger profesión y oficio, a la propiedad, el deber del Estado de garantizar el acceso progresivo de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra y el derecho a la igualdad	P. 101
2.5. La aplicación del principio de oportunidad en casos de despojo vulneran los derechos a la verdad y la justicia	P. 109

2.6. La sanción de la pérdida del derecho a la restitución por el uso, invasión u ocupación de predios objeto de la restitución desconoce fines del Estado social y democrático de derecho, y el derecho al retorno	P. 113
Conclusiones	P. 118
Bibliografía	P. 122
Anexo: Comunicado de prensa de la Corte Constitucional frente a la Sentencia Sentencia C-715/12 que resuelve la demanda de inconstitucionalidad presentada por diversas organizaciones de víctimas y de DDHH contra varias disposiciones relacionadas con la restitución establecida en la ley 1448 de 2011.	P. 137

INTRODUCCIÓN

El contenido del derecho a la restitución es de crucial importancia para Colombia, no solo desde la perspectiva de la reparación de las víctimas, sino también por su inscripción en la discusión sobre la tenencia y uso de la tierra, uno de los factores que se encuentran entre las principales causas del conflicto social político y armado que vive Colombia hace más de seis décadas.

La ley 1448 de 2011 conocida como “la ley de víctimas y restitución de tierras”, ha sido calificada por algunos sectores de la opinión pública y por el Gobierno Nacional como revolucionaria, incluso como una auténtica reforma agraria. Esta norma amerita un estudio juicioso sobre sus alcances, implicaciones y propósitos jurídicos y políticos, y en términos de protección, respeto y garantía del derecho a la restitución de las víctimas de despojo y abandono forzado de las tierras y territorios.

Así, desde un enfoque de derechos humanos y una aproximación a la teoría del campo jurídico de Bourdieu, se busca determinar ¿cuál es el balance en materia de protección, respeto y garantía del derecho de las víctimas de despojo y abandono forzado a la restitución de sus tierras y territorios, a partir de la discusión y aprobación de la ley 1448 de 2011, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”?

El análisis de la norma es el eje central de la tesis que se propone, labor que busca dejar de lado enfoques que analizan el derecho abstraído de las relaciones de poder que definen su contenido, para ello se ha acudido a las herramientas brindadas por los derechos humanos y el derecho constitucional, para analizar el contenido de la norma aprobada, y a la teoría del campo jurídico de Pierre Bourdieu, como herramienta de la sociología jurídica

para el análisis del proceso de discusión y aprobación, dando atención especial al desempeño de las víctimas como principal grupo de interés en el resultado de la lucha que se presentó en el Congreso, precisamente por las hondas implicaciones de su resultado para sus vidas y procesos organizativos.

Las bases conceptuales trabajadas por Bourdieu permiten comprender las relaciones de poder existentes en las prácticas sociales que se llegan a tener como naturales. Para ello desarrollo una teoría que va más allá del constructivismo y el estructuralismo, a partir de la objetivación de una estructura determinada (los campos y los capitales) y del análisis de la génesis de los individuos que actúan en él (*habitus*), quienes son agentes en el campo, no simples autómatas de la estructura, ni dueños de la misma, planteando entonces la existencia de una relación verdaderamente dialéctica entre la estructura y los agentes, quienes desarrollan estrategias en el campo no del todo consientes.

Así, para Bourdieu la sociedad se presenta como un espacio social entendido como un sistema de posiciones sociales, en donde debido a la complejidad de nuestras sociedades se presentan diferentes campos, los cuales son relativamente autónomos, aunque articulados entre sí. Para explicar lo que se entiende por campo, Gilberto Jimenez investigador de la UNAM recurre a la explicación que diera Bourdieu utilizando como metáfora un campo de juego: el Campo

(...) sería un espacio de juego relativamente autónomo, con objetivos propios a ser logrados (enjeu), con jugadores compitiendo (a veces ferozmente) entre sí y empeñados en diferentes estrategias según su dotación de cartas y su capacidad de apuesta (capital), pero al mismo tiempo interesados en jugar porque “creen” en el juego y reconocen que “vale la pena jugar” (Bourdieu, 1992: 73). En cada momento, las relaciones de fuerza entre los

jugadores definen la estructura del campo. Esto no es todo: “Los jugadores pueden jugar para aumentar o conservar su capital, sus fichas, es decir, en conformidad con las reglas tácitas del juego y con las necesidades de la reproducción del juego y de los intereses en juego; pero también pueden trabajar para transformar parcial o totalmente las reglas inmanentes del juego” (Bourdieu, 1992: 75)¹

El campo entonces es entendido como un espacio de lucha en donde los agentes buscan apropiarse de productos específicos, de acuerdo con reglas de juego preestablecidas, aunque en ocasiones los agentes llegan a cuestionar las propias reglas de juego, en donde los competidores tienen distintos niveles de fuerza², no obstante todos reconocen la importancia de jugar en el campo.

El presente trabajo girará en torno a un campo específico, el campo jurídico, entendido como espacio social en donde emerge la razón jurídica. En este campo el derecho es entendido como discurso, como unidad de significación o práctica enunciativa en un contexto de producción, y como campo social en donde se produce y se negocia ese discurso. Al igual que todos los campos que identifica Bourdieu, el campo jurídico es un campo relativamente autónomo de los otros campos, un espacio de lucha entre los diferentes agentes que actúan en él para decir derecho, para crearlo o aplicarlo, el cual se consagra en la visión legítima del mundo social.

¹ Gilberto Giménez, *La sociología de Pierre Bourdieu*, Ciudad de México, p. 13. En: <http://www.paginasprodigy.com/peimber/BOURDIEU.pdf>

² Carlos Morales de Setién Ravina, “*La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner*”, en Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La Fuerza del Derecho*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del hombre Editores, 2000, p. 62.

Cada uno de los agentes presentes en el campo tiene una *illusio*, entendida como el interés que les asiste para participar en el juego. En otras palabras en el campo jurídico se busca acumular capital jurídico, que será transformado en acumulación de otro tipo de capitales, capital económico, cultural, entre otros.

Adicionalmente cada uno de los agentes que actúan en un campo tiene un *habitus*, entendido como “estructuras estructuradas dispuestas a funcionar como estructuras estructurantes”³, es decir, “lo que se ha adquirido pero que se ha encarnado de manera durable en el cuerpo bajo la forma de disposiciones permanentes” (Pierre Bourdieu, *Esquisse...*, 134) que funcionan como determinaciones que orientan la acción, que suponen inclinación, pero no movimiento⁴, es una sistematicidad flexible, que permite la innovación reglada de los agentes, con la posibilidad permanente de ser de otro modo.

Además de los *habitus* y de la *illusio*, los agentes presentes en el campo, cuentan con poderes o recursos, en cada espacio de tiempo específico, que Bourdieu distingue como capitales, los cuales definen las probabilidades de beneficio en un campo dado, y contribuye a determinar la posición del agente en el espacio social. Las tres variedades principales de capitales son el económico, social y cultural, los cuales mantienen relaciones muy estrechas. El capital económico como su nombre lo indica hace referencia a los

³ Pierre Bourdieu, “*Esquisse d’une théorie générale de la magie en sociologue et Antropologie*”, París, PUF, p.137. citado por: Ana Teresa Martínez, “*Pierre Bourdieu razones y lecciones de una práctica sociológica*”, Buenos Aires, Manantial, 2007, p.136.

⁴ Ana Teresa Martínez, *Pierre Bourdieu razones y lecciones de una práctica sociológica*, Buenos Aires, Manantial, 2007, p. 81.

recursos de naturaleza económica, los cuales son inmediata y directamente convertible en dinero y pueden institucionalizarse en forma de derechos de propiedad⁵. El capital cultural:

(...) puede existir bajo tres formas: en el estado incorporado, es decir, bajo la forma de disposiciones duraderas del organismo; en el estado objetivado, bajo la forma de bienes culturales, cuadros, libros, diccionarios, instrumentos, maquinaria, los cuales son la huella o la realización de teorías o de críticas a dichas teorías, y de problemáticas, etc., y finalmente en el estado institucionalizado, como forma de objetivación muy particular, porque tal como se puede ver con el título escolar, confiere al capital cultural —que supuestamente debe de garantizar— las propiedades totalmente originales⁶.

Y el capital social, el cual hace referencia a los recursos que surgen especialmente por la pertenencia a un grupo, a partir del disfrute de las relaciones con agentes que gozan de ciertos poderes que están dispuestos a poner tales poderes al servicio de los agente que lo solicita.

Finalmente atendiendo al carácter esencialmente político del escenario del Congreso en donde se desarrolló la discusión de la ley 1448 de 2011, es importante añadir el concepto de capital político, que es un tipo específico de capital social. Se trata de un capital de reputación, un capital simbólico vinculado a la manera de ser percibido en la arena política, que le permite al agente ponerse en posición de portavoz. Al igual que otro

⁵ Andrés García Inda, “*La violencia de las formas jurídicas, la sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu*”, Cedecs textos abiertos, Barcelona, 1997, p. 67

⁶ Pierre Bourdieu, “*Los tres estados del capital cultural*”, trad. en castellano por Mónica Landesmann, en Sociológica, UAM- Azcapotzalco, México, núm 5, p. 11-17. <http://sociologiac.net/biblio/Bourdieu-LosTresEstadosdelCapitalCultural.pdf>

tipo de capitales, como ocurre con el capital cultural, el capital político puede ser heredado, el capital social de tipo político que se adquiere por ejemplo “en los aparatos de los sindicatos y de los partidos se transmite a través de la red de las relaciones familiares, y lleva a la constitución de verdaderas dinastías políticas”⁷.

Así, el presente trabajo se centra en una fracción del campo jurídico colombiano referente al reconocimiento y aprobación del derecho a la restitución de las víctimas de despojo de tierras y de desplazamiento forzado, para su análisis se procurará mostrar las relaciones que se presentaron entre los diferentes agentes, relaciones de alianza y de conflicto, señalando los capitales, la *illusio* y en algunos casos rasgos de los *habitus* de los principales agentes, en el interés de ayudar a comprender las relaciones de poder existentes en la aprobación de esta norma que definió el alcance del derecho a la restitución de las víctimas de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH en Colombia.

Para finalizar el trabajo, se analizará el contenido de la norma aprobada a partir de un enfoque de derechos humanos y de las pautas brindadas por el derecho constitucional. Este último desde el positivismo axiológico, en donde el derecho para ser válido no solo requiere ser creado a través del órgano y el procedimiento establecido para ello, respetando el principio de legalidad y la división de poderes, sino que adicionalmente requiere atender a los principios que se encuentran dentro del derecho mismo. Es decir, se parte de la comprensión del valor normativo de la Constitución Política en nuestro sistema jurídico y de la organización del poder político que allí se plantea. En términos de defensa de

⁷ Pierre Bourdieu, “*Razones prácticas sobre la teoría de la acción*”, trad. en castellano por Thomas Kauf, Editorial Anagrama, Barcelona, 1997, p. 30. En: <http://epistemh.pbworks.com/f/9.+Bourdieu+Razones+Pr%C3%A1cticas.pdf>

derechos humanos el valor normativo de la carta política ha sido de vital importancia por el desarrollo que en la materia plantea, así como la fortaleza que ésta ha adquirido a través de la jurisprudencia constitucional y el desarrollo de la figura del bloque de constitucionalidad, que permite incorporar los desarrollos hechos por instrumentos internacionales de protección de DDHH y los pronunciamientos de sus órganos de protección, entre otros.

Es importante evidenciar que lo que hoy se constituye como estándares internacionales en materia de derechos humanos, son a la vez capital jurídico acumulado a favor de los derechos de las víctimas, en consecuencia se analizará el grado de adecuación de la norma aprobada a estos parámetros, que debían haberse tenido dentro del campo como elementos que fijan el espacio de lo posible al momento de decir que es derecho.

Para la elaboración de la tesis se acudió a la sistematización y análisis de diferentes documentos en donde se encuentra contenida la postura de cada uno de los agentes participantes en el campo frente al proyecto de ley, entre ellos: Las actas de la audiencia pública sobre el proyecto de ley realizada antes del primer debate en la Cámara de Representantes, así como las actas de los debates de aprobación de la ley de víctimas (cuatro debates y una sesión de conciliación) las cuales se encuentran en el portal de internet de la Cámara de Representantes. Los pronunciamientos públicos de los principales agentes del campo, en especial los pronunciamientos públicos, declaraciones y documentos de diversas organizaciones de víctimas⁸, los pronunciamientos de algunas organizaciones

⁸Se analizaron pronunciamientos públicos, declaraciones y documentos de las siguientes organizaciones: Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado; Mesa Nacional de Víctimas pertenecientes a Organizaciones Sociales; La Coordinadora Nacional de Desplazados; Asociación Nacional

de DDHH⁹, del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, de Presidencia de la República, del Ministerio del Interior y de Justicia (en esta época no se había producido aún la escisión de los ministerios), de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, y las páginas y blogs de los legisladores más sobresalientes en la discusión.

Adicionalmente se hizo un rastreo de prensa de las noticias que registraban la discusión sobre la ley 1448 de 2011, en los dos principales periódicos del país: El diario El Tiempo y El Espectador y de la revista Semana, uno de los medios escritos más reconocidos de análisis político, durante el trámite en el Congreso y la sanción presidencial de la norma (7 septiembre de 2010 al 10 de junio de 2011).

Por último se realizaron entrevistas a profundidad con 5 líderes y liderezas de las principales organizaciones de población desplazada en el país a nivel nacional: El Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado, la Coordinadora Nacional de

para la Restitución Tierra y Vida; Mesa de Víctimas de Antioquia; Asociación Nacional de Ayuda Solidaria (Andas); campaña permanente tierra, vida y dignidad; Mesa Nacional de Fortalecimiento a Organizaciones de Población Desplazada (mnfopd); Comité de impulso de organizaciones sociales, de víctimas y defensa de los derechos humanos en Nariño; Organización de población desplazada desarraigada independiente – OPDDI; Asociación de afrodescendientes desplazados – AFRODES; Corporación colombiana de desplazados – CCD; Mesa de interlocución gestión y desarrollo de Soacha; Convergencia de organizaciones de población desplazada los no vinculados; Mesa indígena en desplazamiento forzado y en confinamiento territorial por el conflicto armado Colombiano; Mesa de Víctimas de Santander; Red Territorial de Víctimas de Norte de Santander; entre otros.

⁹ Comisión Colombiana de Juristas, Colectivo de abogados José Alvear Restrepo, Centro Internacional de Justicia Transicional, entre otros.

Desplazados, Asociación Nacional de Desplazados de Colombia, la Mesa Nacional de Víctimas pertenecientes a Organizaciones Sociales, y de la Asociación Nacional de Víctimas por la Restitución y el Acceso a tierras: Tierra y Vida.

Para la valoración sobre la adecuación de las propuestas de cada uno de los actores del campo a los estándares constitucionales e internacionales en materia de restitución, se tuvo como fuente principal la demanda de inconstitucionalidad contra varias disposiciones de la ley relacionadas con el derecho a la restitución, presentada por diferentes organizaciones de DDHH y de Víctimas ante la Corte constitucional, trabajo colectivo en el que la autora participó directamente, en la cual se recogen los estándares constitucionales en la materia.

Es importante mencionar que como integrante de la unidad de trabajo legislativo del Representante Iván Cepeda Castro estuvo involucrada en la discusión y aprobación de la ley de manera directa, lo que me permitió observar las prácticas de los diferentes actores durante la discusión de la ley 1448 de 2011.

Por último antes de dar paso a la descripción de los capítulos que componen la tesis, es importante advertir que este es un análisis parcial de la ley 1448 de 2011, el cual se centra en las disposiciones relacionadas con la restitución, no obstante su importancia radica en el impacto que el despojo ha producido en el conflicto colombiano y en millones de víctimas. Por otra parte la tesis que se presenta a continuación es una aproximación al estudio del campo jurídico durante la discusión y aprobación de la ley 1448 de 2011, en el que si bien se analizan los agentes más relevantes presentes en el campo, su análisis es aún incompleto, a manera de ejemplo si bien el énfasis estuvo puesto en las víctimas organizadas, la mayoría de ellas no lo están; de igual manera la participación de otros

agentes como son los hoy propietarios de las tierras es aún parcial y limitado. Para conocer en toda su complejidad el campo de estudio aún se requiere de mayor investigación, sin embargo este es un primer paso que busca contribuir a restituir a las víctimas el sentido de sus comportamientos, partiendo de cuestionar una de las normas más alabadas en los últimos tiempos.

Quien se acerque a este trabajo podrá encontrar en el primer capítulo una descripción del campo jurídico de los derechos de las víctimas de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, y en especial de restitución de tierras, antecedente necesario para comprender la configuración del campo durante la discusión y aprobación de la ley 1448 de 2011, evidenciando el capital jurídico existente con anterioridad a la discusión de la ley, así como las relaciones de fuerza y de poder presentes en el campo a través del análisis del capital, la *illusio* y en ocasiones el *habitus* de sus principales agentes.

En el segundo capítulo se presentan los elementos estructurales de los discursos de los distintos agentes que actuaron en el campo jurídico durante la discusión de la ley 1448 de 2011, identificando sus enfoques, propuestas, así como las principales tensiones que se presentaron en el campo durante su discusión.

Por último se presenta una síntesis de los principales aspectos que fueron aprobados en la ley 1448 de 2011 en materia de restitución, analizando cuál fue el discurso que se impuso en el campo jurídico, quien acumuló capital jurídico, y la adecuación de las disposiciones aprobadas a los estándares constitucionales en materia de reparación.

CAPÍTULO I

**CARACTERIZACIÓN DEL CAMPO JURÍDICO DE LA RESTITUCIÓN
DE TIERRAS EN COLOMBIA DURANTE LA DISCUSIÓN Y APROBACIÓN DE
LA LEY 1448 DE 2011**

En este capítulo hace una descripción de la configuración del campo jurídico de los derechos de los desplazados y desplazadas, y en especial del derecho a la restitución de tierras, antecedente necesario para comprender la configuración del campo durante la discusión y aprobación de la ley 1448 de 2011, evidenciando el capital jurídico existente con anterioridad a la discusión de la ley, así como las relaciones de fuerza y de poder presentes en el campo a través del análisis de del capital, la *illusio* y en ocasiones el *habitus* de sus principales agentes.

En Colombia existe un conflicto social, político y armado, que tiene dentro de sus principales causas la distribución inequitativa de la tierra, manifiesta en una enorme concentración de la propiedad que alcanzó para el 2009 una de las cifras más altas en Latinoamérica, 0.87 en el Gini de propietarios y 0.86 en el de tierras¹⁰. Fenómeno que se explica no solo por los fracasos de los intentos de reforma agraria en las décadas de 1960 y 1970¹¹, sino también por el masivo abandono forzado -se calcula que existen

¹⁰ De acuerdo con Yamile Salinas el número de hectáreas adjudicadas entre 1962 y 2006 dentro de los programas de reforma agraria solo alcanzaron un total de 1.607.543. En: Yamile Salinas, *Tenencia de tierra y conflicto armado*. Bogotá, Caja de Herramientas # 121, 2007.

http://www.viva.org.co/caja_herramientas_contenido.htm?cmd%5B825%5D=x-825-18812269&cmd%5B822%5D=x-822-18812264&cmd%5B874%5D=x-874-18812264&cmd%5B824%5D=c-1-3b4b85fd854bb6de807f26760702bb41

¹¹ PNUD, *Colombia rural, razones para la esperanza, Informe Nacional de Desarrollo Humano*, Bogotá, 2011, PNUD, P. 54.

aproximadamente entre 3.875.978 a 5.445.406 de personas en situación de desplazamiento forzado, según datos del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento respectivamente- y el despojo de tierras, realizados a través de la coerción y la violencia directa, así como mediante el uso de figuras jurídicas¹². Aunque no existen datos exactos sobre la dimensión del despojo y el abandono forzado de tierras se calcula que sobrepasa los 6.6 millones de hectáreas¹³, sin contar territorios colectivos que son el 12.9% de la superficie agropecuaria.

El despojo y el abandono no solo se produjeron sobre la tierra, con frecuencia se ha extendido a otros componentes del patrimonio de la población desplazada. De acuerdo con la III Encuesta Nacional de Verificación, de los hogares encuestados “el 97% señaló que perdió sus tierras, el 98% sus animales, y el 64% sus cultivos permanentes. Solo un 10% logró conservar algunos bienes raíces no rurales”¹⁴. La pérdida de los activos productivos de las víctimas y de los medios que les permitían la generación de ingresos ha tenido como

¹² Como por ejemplo adjudicación de derechos sobre la tierra de manera ilegal, vías de hecho judiciales, falsificación de títulos de propiedad y escrituras, entre otros.

¹³ Esta es la cifra de la III Encuesta Nacional de Verificación de los Derechos de la Población Desplazada para el periodo de 1980-2010, dentro de la cual se excluyen los territorios de las comunidades étnicas. Cifra que resulta bastante cercana a los datos del Proyecto de Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada de Acción Social para el periodo de 2004-2010, en donde se afirma que existen 6.556.978 hectáreas abandonadas. En: Acción Social, *Unidades agrícolas familiares, tenencia y abandono forzado de tierras en Colombia*, Colombia, 2010, Bogotá, p. 118.

¹⁴ Corte Constitucional Colombiana, *Auto 219 de 2011*, MP. Luis Ernesto Vargas, p.140

consecuencia el deterioro de los niveles de ingreso de las familias desplazadas, lo que les ha llevado a graves niveles de pobreza e indigencia¹⁵.

La magnitud de la problemática del desplazamiento forzado y de manera específica del despojo y abandono forzado del patrimonio y de los territorios de esta población, ha configurado un verdadero campo jurídico en donde distintos agentes se han disputado durante más de quince años en el país, por determinar el contenido del derecho a la reparación de las víctimas de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, y en el que de manera relativamente reciente (siete años aproximadamente) ha surgido con fuerza la discusión sobre el contenido y alcance del derecho a la restitución de las víctimas de despojo y del abandono forzado. Sobre el campo jurídico en palabras de Bourdieu:

(...) se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho a decir el derecho, es decir, por establecer cuál es la distribución (nomos) o el buen orden. Lucha en la que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, consistente en lo esencial en la capacidad socialmente reconocida de interpretar (de manera más o menos libre o autorizada) un cuerpo de textos que consagran la visión legítima, recta del mundo social. Es sólo a condición de reconocer esto que se puede ser consciente de la

¹⁵ El 78% de los hogares desplazados registrados en el Registro Único de Población Desplazada (RUPD) no tienen un ingreso que supere la línea de indigencia, y el 96.9% no tienen un ingreso que los ubique por encima de la línea de pobreza. (Corte Constitucional Colombiana, *Auto 219 de 2011*, MP. Luis Ernesto Vargas, p.55)

autonomía relativa del derecho y del efecto propiamente simbólico de desconocimiento que resulta de la ilusión de su autonomía absoluta con relación a las presiones externas”¹⁶.

1. Campo jurídico del desplazamiento forzado y del derecho a la restitución

A continuación se hace un breve recorrido histórico sobre el comportamiento que se ha dado en el campo jurídico del desplazamiento forzado y en particular del derecho a la restitución, a partir de lo que pueden catalogarse como los principales pronunciamientos y normas que han dado en la materia, como antecedente necesario para analizar la configuración y el comportamiento del campo con ocasión de la discusión y aprobación de la ley 1448 de 2011 en el Congreso de la República, la cual representa a juicio de la autora un punto de inflexión en la discusión.

El primer instrumento normativo sobre el reconocimiento del desplazamiento forzado en el país es la ley 387 de 1997, no obstante en materia de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación no contempló medidas específicas, su objetivo principal fue crear algunas herramientas y obligaciones del Estado en materia de atención a la población desplazada. En relación al patrimonio despojado y abandonado ordenó al Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCODER) llevar un registro de los predios rurales abandonados por las familias desplazadas para impedir acciones de enajenación o transferencia de títulos de propiedad, contra la voluntad de los titulares del derecho. Es justamente éste, el origen del Registro Único de Predios y Territorios Abandonados

¹⁶ Pierre Bordieu, “*Elementos para una sociología del campo jurídico*”, en Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, “*La Fuerza del Derecho*”, Bogotá, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del hombre Editores, 2000, p. 160.

(RUPTA), el cual sólo se implementó a partir de 2003, y hoy en día es una fuente de información valiosa para efectos de la restitución.

Pese a la existencia de la ley 387 de 1997 y fundamentalmente por los pocos recursos para su ejecución, y la debilidad institucional para responder a la crisis humanitaria que ya representaba el desplazamiento forzado en el país, en el 2004 la Corte Constitucional declaró mediante la Sentencia T-025, la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado en Colombia, evidenciando el incumplimiento sistemático por parte del Estado de la Ley 387 de 1997, con base en la acumulación de 108 expedientes, correspondientes a igual número de acciones de tutela interpuestas por 1150 núcleos familiares ante la desprotección estatal de sus derechos, todos pertenecientes a la población desplazada, con un promedio de 4 personas por núcleo, y compuestas principalmente por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad y menores, así como algunos indígenas.

En esta sentencia por primera vez la Corte Constitucional plantea que las personas en situación de desplazamiento forzado en su calidad de víctimas de graves violaciones a los DDHH son titulares entre otros, del derecho a la verdad, la justicia y la reparación, ordenándole al Estado incluir dentro de la política pública frente al desplazamiento forzado medidas dirigidas a la satisfacción de estos derechos.

Es necesario resaltar el rol que las organizaciones de población desplazada tuvieron, primero haciendo uso intensivo de la acción de tutela que a la postre motivo la sentencia T-025 y, posteriormente, en el seguimiento y elaboración de informes alternos a los presentados por el Gobierno, así como el seguimiento técnico realizado por la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, ambos agentes desde sus particulares visiones y capacidades reforzaron la exigencia al Gobierno

Nacional para cumplir las órdenes de la Corte Constitucional, aunque no siempre de manera coordinada como hubiera sido deseable y, en ocasiones, generando tensiones sobre la voz legítima y autorizada para hacer análisis y formular propuestas y recomendaciones¹⁷.

Con posterioridad el legislador a través de la Ley 975 de 2005¹⁸ conocida como “Ley de Justicia y Paz” reconoció por primera vez de manera expresa en una ley los derechos de las víctimas, sin embargo no tuvieron un desarrollo considerable, y excluyó a las víctimas de agentes del Estado, ya que sus consecuencias solo se dirijan a las víctimas de actores armados al margen de la ley. Esta norma creó la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) con el encargo de presentar al Gobierno un Programa de Restitución de Bienes (artículo 45), el cual se entregó oficialmente en mayo de 2011. El principal avance en materia de restitución fue la obligación impuesta a los paramilitares, a quienes les exigía como requisito para acceder a los beneficios de la ley, la entrega de bienes producto de la actividad ilegal para efectos de reparación (artículos 10 y 11), no obstante al momento de definir este derecho dispuso que la restitución fuera entendida como actos que propendieran a la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos, incluyendo el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus bienes, de ser posible (artículo 46). En general, estas medidas, siendo

¹⁷ “Debe observarse (...) el antagonismo estructural que, en los sistemas más diversos, opone las posiciones de los “teóricos” dedicados a la pura construcción doctrinal a las posiciones de los “prácticos” preocupados exclusivamente por la aplicación”. (Pierre, Elementos para una sociología del campo jurídico, p. 168).

¹⁸ Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

novedosas, se cumplieron tardíamente en el caso de la CNRR, la devolución material de bienes ha sido inexistente y el derecho a la restitución y el retorno no se han cumplido¹⁹.

Ante las múltiples objeciones de la sociedad civil y de las víctimas frente a la ley 975 de 2005, que en general fue una ley percibida como favorable a los victimarios y en detrimento de los derechos de las víctimas, fue demandada de manera conjunta por distintas organizaciones de víctimas y de DDHH. Fruto de esa demanda la Corte Constitucional se pronunció a través de la sentencia C-370 de 2006, providencia considerada un hito en materia de los derechos de las víctimas. Consideró el alto tribunal que si bien los derechos a la verdad, la justicia y la reparación no existen de manera expresa en la Constitución Política, de los artículos 93²⁰ y 250 numeral 7²¹ se desprende el reconocimiento de estos derechos como fundamentales, en conjunto con los avances internacionales en la materia los cuales resultan de obligatorio cumplimiento a través de la figura del bloque de constitucionalidad. Adicionalmente la expresión de “ser posible” del artículo 46 de la ley 975 fue declarada inexecutable, la Corte sostuvo que:

¹⁹ La primera sentencia que ordena restitución de tierras en el marco de la ley 975 de 2005 es la de Mampuján, a la fecha no ha sido posible la restitución material.

²⁰ Artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

²¹ En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación deberá: Artículo 250 (Numeral 7): Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

“Las personas beneficiarias de la ley tienen la obligación de reparar con su propio patrimonio y de adelantar la totalidad de los actos destinados a la reparación de los derechos de las víctimas (...) cabe esperar que los beneficiarios de la ley actúen de buena fe para restituir la propiedad a quienes fueron despojados de ella y compensar económicamente los daños causados por su actuación ilegal. Así, la persona que busca el beneficio de la ley, debe declarar la totalidad de los bienes que puede aportar para reparar a quienes hayan sufrido por su causa. Frente a este deber la ley no puede avalar con expresiones ambiguas que se oculten bienes con el fin de evadir el deber de reparar a las víctimas”.

En materia de restitución similar importancia tiene la sentencia T-821 de 2007, que aunque es una sentencia de tutela, declaró que: “Cuando se trata del despojo de la tierra de agricultores de escasos recursos que sobreviven gracias al cultivo de la tierra o a la cría de animales, la violación del derecho a la propiedad o a la posesión se traduce en una violación del derecho fundamental a la subsistencia digna (al mínimo vital) y al trabajo”.

Es en este escenario en el que por primera vez se presenta ante el Congreso de la República una iniciativa dispuesta a desarrollar el contenido de los derechos de las víctimas. El Partido Liberal, quien para entonces era partido de oposición, presentó a finales de 2007 durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, el Proyecto de Ley “por la cual se dictan medidas de protección a las víctimas de la violencia”²², iniciativa que enfrentó grandes obstáculos por parte de la bancada gubernamental y directamente por parte del entonces Presidente de la república, que a la postre provocaron su archivo luego de la actuación de la comisión de conciliación. Dos fueron los argumentos principales:

²² Congreso de la República de Colombia, *Proyecto de ley 157/07 Senado y 044/08 Cámara*.

consideraban que representaba un peligro para la seguridad democrática el reconocer a las víctimas de agentes del Estado en el mismo plano que las víctimas de actores armados al margen de la ley, y la ausencia de recursos para su financiación, los cuales se calculaban en ese momento en ochenta billones de pesos.

En materia de restitución, dicha iniciativa consagraba: un proceso judicial especializado dirigido a restituir los derechos sobre los bienes inmuebles despojados y abandonados, algunas presunciones a favor de las víctimas, y se establecía una comisión de la verdad para tierras. Durante la discusión de este proyecto se llevaron a cabo nueve audiencias en el Congreso en las que víctimas de todo el país se volcaron a hacer propuestas concretas y denuncias frente a su situación, la permanencia el conflicto y la desatención del Estado.

Archivado este proyecto en junio de 2009, de manera casi inmediata al iniciar la siguiente legislatura en julio de 2009, el Partido Liberal y el Partido Conservador presentaron dos iniciativas de ley de víctimas que finalmente no fueron debatidos en el Congreso. El contexto adverso para la expedición de una ley sobre los derechos de las víctimas se mantenía intacto.

Por su parte la Corte Constitucional en seguimiento a la Sentencia T -025 de 2004, mediante el Auto 008 de 2009, ordenó a los Ministros del Interior y de Justicia, al Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, al Director de Acción Social y a la Directora de Planeación Nacional, dentro de la respectiva órbita de sus competencias, la reformulación de la política de tierras en su totalidad, por no garantizar el goce efectivo de derechos de la población desplazada y significar un retraso importante para la superación del estado de cosas inconstitucional. La Corte pudo constatar que la respuesta del Estado frente al despojo y el abandono forzado de las tierras se había limitado al tema de protección de los

bienes abandonados a través del RUPTA, así como la ausencia de un mecanismo que permitiera la restitución ante un despojo de altísimas dimensiones. La reformulación debía hacerse cumpliendo tres objetivos:

(i) Contar con un mecanismo para esclarecer la verdad de la magnitud, las modalidades y efectos de los abandonos y despojos de tierras ocurridos en el marco del conflicto armado; (ii) Identificar reformas institucionales y normativas que sean necesarias para asegurar la restitución de bienes a la población desplazada; (iii) Diseñar y poner en marcha un mecanismo especial para recibir, tramitar y resolver las reclamaciones de restitución de tierras de las víctimas de abandonos o despojos, teniendo en cuenta las distintas formas de relación jurídica de la población desplazada con los predios abandonados (propiedad, posesión, tenencia, etc.)²³.

Orden dada con plazos precisos para cada etapa de reformulación de la política, los cuales no se cumplieron por parte del Gobierno de Álvaro Uribe Vélez.

Es en la segunda mitad de 2010 luego del cambio de Gobierno y de Congreso, que se presentan nuevas iniciativas legislativas en la materia. El Partido Conservador al iniciar legislatura presentó el mismo proyecto de 2009, pero fue retirado en octubre de 2010 para darle paso al proyecto de ley “por el cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras”, presentado por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Juan Camilo Restrepo y el Ministro del Interior y de Justicia, Germán Vargas Lleras.

El 27 de septiembre de 2010 la Unidad Nacional (coalición multipartidista gubernamental) durante el Gobierno del actual presidente Juan Manuel Santos, presentó el

²³ Corte Constitucional Colombiana, *Auto 008 de 2009*, MP. Manuel José Cepeda.

proyecto de ley “por el cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones de los DDHH e infracciones al DIH”, liderado por el Partido Liberal que en esta ocasión ya no fungió como oposición política, sino que hizo parte de la coalición gubernamental y puso como condición para integrarse a la misma, que se gestionara una ley sobre los derechos de las víctimas.

En octubre de 2010 los proyectos de restitución de tierras del Gobierno y el de víctimas de la Unidad Nacional fueron acumulados, de los cuales surgiría en junio de 2011 la Ley 1448 de 2011 “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”²⁴, norma que en el Título IV “Reparación a las Víctimas”, incluye el Capítulo III sobre Restitución de Tierras, objeto central del presente trabajo.

Como se puede apreciar en la anterior descripción de la evolución normativa, el campo de los derechos de las víctimas y dentro de este del derecho a la restitución ha sido objeto de debate, lucha y confrontación entre diversos agentes.

El derecho a decir el derecho, debe entenderse como interés (*illusio* en la noción de Bourdieu) por parte de varios de agentes en el campo: aplicadores, creadores, educadores, practicantes y grupos de interés, según la clasificación de Trubek y Dezalay²⁵. Para el

²⁴ A julio de 2012 se han presentado 25 demandas de inconstitucionalidad contra la ley 1448 de 2011, de las cuales 7 han sido archivadas, 3 han sido decididas y 15 están trámites, entre ellas las 2 que se refieren a disposiciones relacionadas con la restitución.

²⁵ David Trubeck e Yves Dezalay, *La restructuración global y el derecho*, Bogotá, Pensamiento jurídico 1, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, citado por: Mauricio García Villegas y César Rodríguez Garavito, *Derecho y Sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*, en *Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*,

funcionamiento del campo es requisito que existan intereses o motivaciones en disenso por parte de los agentes que están en lucha, pero a la vez también es requisito la existencia de un tipo de consenso, es decir “todas las personas que están comprometidas en un campo tienen en común un cierto número de intereses fundamentales, a saber todo lo que está ligado a la existencia misma del campo: de ahí la complicidad objetiva que subyace a todos los antagonismos”²⁶. Para el caso del campo jurídico del derecho a la restitución, los distintos agentes que intervienen en su configuración comparten la motivación por su funcionamiento, bajo la expectativa de obtener medidas que satisfagan sus particulares intereses y derechos, se trata de ganar capital específico²⁷ (jurídico) susceptible de ser transformado en otras formas de capital.

Los agentes al luchar por sus propios intereses en el campo, luchan correlativamente por los intereses de una clase, de manera, que en todo el campo social se produce una traducción, “forma transformada”, eufemizada, de la lucha de clases, a través

Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos y Universidad Nacional de Colombia, 2003, p.20 y 21.

²⁶ Bourdieu, Pierre. *Questions de Sociologie*, Francia, Les Éditions de Minuit, 1984, p. 115. Citado por Andrés García Inda, *La violencia de las formas jurídicas, la sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu*, Barcelona, Cedecs Editorial S.L., p. 81.

²⁷ “Un capital o una especie de capital, es aquello que es eficaz en un campo determinado, a la vez en tanto que arma y en tanto que objeto de lucha, lo que permite a su detentador ejercer un poder, una influencia, o sea existir en un campo determinado, en lugar de ser una simple “cantidad despreciable””. Bourdieu, Pierre y Loïc J. D Wacquant, París, Francia, Le Seuil, 1993, p.74. Citado por Andrés García Inda, *La violencia...*, p. 66.

de la lucha por la clasificación social²⁸. En el trasfondo del debate de la Ley 1448 de 2011 se presentó una auténtica lucha de intereses de clase.

El campo jurídico, en los términos de Bourdieu, cuenta con una autonomía relativa y también de dependencia que implica su articulación y relacionamiento con otros campos sociales como el económico y el político, especialmente con este último para el caso que nos ocupa sobre la restitución de tierras, en el marco de lo que denominó el campo del poder, que no es un campo más como los otros sino un campo social global que constituye un campo de fuerzas definido en su estructura por el estado de la relación de fuerza entre las formas de poder, o las diferentes especies de capital²⁹. Relaciones de fuerza que dependen de los capitales adquiridos anteriormente, según sea la posición de los agentes en el espacio social entendido como “conjunto organizado, o mejor todavía, un sistema de posiciones sociales que se definen las unas en relación a las otras” (Accardo Allain, *Initiation...*, p.63).

Indudablemente el campo jurídico de la restitución de tierras hay que contextualizarlo en un espacio social en donde se libran luchas cuyos contenidos está determinado por las relaciones de fuerza y poder acumulado por los agentes, que los polos dominante y dominado del campo específico pretenden lograr y que será fundamental en las luchas globales libradas en el espacio social más amplio. El problema de la restitución

²⁸ Alain Accardo, *Initiation a la sociologie. L'illusionnisme social*, París, Le Mascaret Bourdeaux, 1991, p.14. Citado por Andrés García Inda, *La violencia de las formas jurídicas, la sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu*, Barcelona, Cedecs Editorial S.L., p.78.

²⁹ Pierre Bourdieu, *La Noblesse d'Etat*, París, Les Éditions de Minuit, 1989. Citado por Andrés García Inda, *La violencia de las formas jurídicas, la sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu*, Barcelona, Cedecs Editorial S.L., p. 78

de tierras en Colombia es una arista del conflicto colombiano que se desarrolla en torno al control económico, político y militar de los territorios y el uso del suelo en el marco de visiones de desarrollo contrapuestas: Las propias de las comunidades campesinas, afrocolombianas e indígenas y las funcionales a un modelo de desarrollo extractivo y agro empresarial en el campo, que considera, al decir de Zigmunt Bauman, teórico de la globalización, al campesinado como un desecho de la globalización capitalista y, en los enfoques de la política gubernamental, como una traba para el desarrollo rural.

El sistema de disposiciones o *habitus* es clave, según Bourdieu, para la práctica y junto con la posición en el espacio social y el volumen de capital (poder) que se posee con anterioridad, para la definición de la estrategia a seguir por los agentes en el campo social de lucha. El *habitus* es “esa especie de sentido práctico de lo que hay que hacer en una situación determinada – Lo que en deporte se llama sentido del juego, arte de anticipar el desarrollo futuro del juego que está inscrito en punteado en el estado presente del juego”³⁰.

Las condiciones materiales de existencia de un tipo específico de condición de clase producen *habitus*, “estructuras estructuradas predisuestas a funcionar como estructuras estructurantes” de prácticas, según Bourdieu. Es decir disposiciones adquiridas socialmente de acuerdo a la posición de los agentes en el espacio social. De manera similar que la posición de los agentes en el espacio social, el *habitus* es fundamental para su práctica en el lucha en el campo jurídico de la restitución de tierras, por cuanto define su capacidad para incidir en la formulación de normas que afectan la distribución y uso de la tierra y, en consecuencia, como se ha señalado anteriormente, en la viabilidad de visiones de desarrollo que claramente resultan antagónicas. Es decir, la capacidad de obtener capital

³⁰ Pierre Bourdieu, *Razones Prácticas sobre la teoría de la acción*. Madrid, Barcelona, Editorial Anagrama, 1997. P 40.

jurídico (titularidad del derecho a la restitución patrimonial) susceptible de transformarse en capital económico (tenencia y uso de la tierra y los territorios) y capital político (permanencia y control territorial).

2. Posición de los principales agentes involucrados en el campo

Veamos ahora de manera general la posición de los principales agentes involucrados³¹ en el campo jurídico de la restitución de tierras. Como premisa de análisis, sin perjuicio de sus actuaciones particulares, los distintos agentes establecieron alianzas y en general actuaron como bloques en las relaciones de fuerza que se configuraron: I) Las organizaciones de víctimas (MOVICE³², la Campaña Permanente Tierra, Vida y Dignidad³³, la Mesa Nacional de Víctimas pertenecientes a organizaciones sociales, entre otras), ONG de derechos humanos (Comisión Colombiana de Jurista- CCJ-, Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo- CAJAR-, Viva la Ciudadanía, la Fundación Social, entre otras y algunas Agencias de Cooperación Internacional³⁴), algunos académicos y el partido Polo Democrático Alternativo- PDA- única fuerza política de

³¹ Los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas no participaron activamente del campo jurídico en cuestión, ya que en la ley 1448 de 2011 se incluyó un artículo que ordenó la formulación posterior de decretos ley, previo acuerdo con estas poblaciones. La razón de fondo de tal decisión fue obviar el derecho a la consulta previa, libre e informada estipulado en el convenio 169 de la OIT, y blindar la ley frente a una eventual demanda de inconstitucionalidad. Esta decisión ocasionó que el proceso de discusión y aprobación de dichos decretos ocurriera con posterioridad a la aprobación de la ley 1448 de 2011 y de manera cerrada.

³² Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado.

³³ Confluencia de organizaciones de población desplazada.

³⁴ Entre ellas Consejería en Proyectos.

oposición al gobierno del presidente Santos³⁵ II) El Gobierno, encabezado por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y el Ministro del Interior y Justicia, y la Unidad Nacional, acompañados de algunos empresarios y de algunas organizaciones de víctimas, especialmente de Víctimas Visibles, organización que reúne fundamentalmente a víctimas de la insurgencia. III) El Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo), y IV) Naciones Unidas.

2.1. Organizaciones de víctimas

Aún en condiciones de desarraigo forzado las comunidades agrarias, por el efecto histéresis del *habitus*³⁶, mantienen su identidad cultural y social, factores importantes para fortalecer su resistencia y mantener la voluntad de recuperar sus tierras, y su accionar político y económico sus territorios. Al respecto afirma Bourdieu que “puesto que su ser es sobre todo una manera de ser, un *habitus*, una disposición permanente y general ante el

³⁵ Existió un grupo menos numeroso de organizaciones de víctimas de despojo y abandono forzado de tierras que avalaron la postura gubernamental aunque con mirada crítica, al considerar que era necesario apoyar el Gobierno en la iniciativa de impulsar una ley de restitución, quienes procuraron diferenciarse del otro grupo de víctimas a quienes en ocasiones se les calificó como maximalistas, dando a entender que eran excesivas sus demandas, las cuales no eran posibles de realizar atendiendo al principio de realidad. Aquí se destaca el accionar de la Asociación Nacional de Víctimas por la Restitución y el Acceso a Tierras "Tierra y Vida", acompañada por ONG como Corporación nuevo Arco Iris en alianza con el Partido Liberal y el Partido Verde. Estas organizaciones lograron tener una mayor interlocución con los hacedores del derecho, especialmente a través del ejecutivo, y de la bancada de la Unidad Nacional.

³⁶ Movimiento inercial del *habitus* que hace que actúe aunque desaparezcan las condiciones objetivas que lo han estructurado.

mundo y los otros, el campesino puede seguir siendo campesino incluso cuando ya no existe la posibilidad de comportamiento como tal”³⁷.

Ha sido, la resistencia cultural y social del campesinado, los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas un factor clave para la existencia del campo jurídico de la restitución de tierras. Su *habitus*, su práctica, aún como movimiento inercial, que deviene de su lucha histórica por la tierra, genera las condiciones para continuar desarrollándola no obstante haber sido forzados y forzadas a la diáspora. Una parte importante de estas comunidades pertenecían a procesos organizativos sociales, comunitarios y políticos de izquierda³⁸ en sus regiones de procedencia. Cuentan con un *habitus* incorporado, estructurado y predispuesto para funcionar como estructura estructurante de su práctica, en el campo jurídico de la restitución de tierras.

Poder retomar o reconstruir sus planes de vida, concreción material de su visión de desarrollo, implica que sus derechos vulnerados les sean restituidos, entre otros, la propiedad de la tierra y su patrimonio. Siendo para las comunidades agrarias la tierra despojada un medio de vida, lugar en donde cobra sentido su territorio, que en la disputa de visiones de desarrollo se ha ido transformando cada vez más en un medio de producción para la acumulación capitalista, su recuperación, en primera instancia, y la lucha por una reforma agraria, en perspectiva, constituyen la *illusio*, su interés motivador para luchar en

³⁷ Bourdieu, Pierre. *Le sens pratique*. París, Lés Editios de Minuit, 1980, p. 104. Citado por Andrés García Inda, *La violencia de las formas jurídicas, la sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu*, Barcelona, Cedecs Editorial S.L., p.105.

³⁸ Organizaciones campesinas, organizaciones afrocolombianas, organizaciones indígenas, organizaciones de trabajadores agrarios, Juntas de Acción comunal, organizaciones de productores y productoras, organizaciones de mujeres, organizaciones de jóvenes, organizaciones políticas (Unión Patriótica, Partido Comunista Colombiano, entre otras), etc.

el campo jurídico de la restitución de tierras. Para ello las víctimas del desplazamiento y el despojo cuentan con capital social y cultural, que les ha posibilitado activar procesos organizativos en el desarraigo, que por su práctica anterior al desplazamiento (*habitus*) ya desarrollaban en los territorios.

Estos procesos en el desarraigo, han sido acompañados por ONG que les han dotado de relativa capacidad técnica³⁹ para ser visibles y tener reconocimiento como interlocutores -aunque profanos- ante el Estado, y como representantes legítimos de sus asociados y de la población desplazada en general, dada la capacidad acumulada para la exigibilidad de derechos.

Producto de ese acumulado previo y el acompañamiento han logrado construir un capital político⁴⁰ que les ha permitido actuar como agente en el campo jurídico de la restitución. Por supuesto, con limitaciones derivadas de su posición en el espacio social como polo dominado, pero de ninguna manera ausentes de la lucha por lograr algunas normas que representen un capital simbólico específico (jurídico). La precariedad de las condiciones materiales de existencia de las víctimas del desplazamiento forzado, el escaso apoyo económico a sus organizaciones y el permanente riesgo para la seguridad de los y

³⁹ Una parte de la eficacia de estos movimientos sociales ha estado en el hecho de que han recibido la asistencia técnica de un cierto número de personas detentoras de suficiente sentido político y de capital político para conseguir darles una expresión visible, para hacer que accedan a la percepción. Ver: Conversación con Philippe Fritsch, en: Pierre Bourdieu, *Sobre el campo político*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 2000, p. 19.

⁴⁰ “El capital político es pues una especie de capital reputacional, un capital simbólico vinculado a la manera de ser percibido”. Conversación con Philippe Fritsch, Lyon, 11 de febrero de 1999. Presses Universitaires de Lyon 2000, página 19 Pág. 16

http://mt.educarchile.cl/MT/jbrunner/archives/BOURDIEU_campo-politico.pdf

las líderes derivado de la estigmatización por su trabajo, las sistemáticas amenazas de que son objeto y la precariedad de las políticas de protección del Estado, minan su capacidad como agentes en el campo social.

Adicionalmente las organizaciones de víctimas, presentan limitaciones en su capital social en relación a los vínculos con agentes influyentes en la toma de decisiones, especialmente con medios masivos de comunicación, y con creadores del derecho, en este caso con los Congresistas y con el ejecutivo -para la mayoría de las organizaciones de víctimas que participaron en labores de incidencia, esta era la primera vez que realizaban actividades de cabildeo en el Congreso-, muestra de ello, es que desde el primero de septiembre de 2012 mes en el que se radicó el proyecto de ley de restitución de tierras y con posterioridad el proyecto de ley de víctimas, hasta el 10 de junio de 2011 fecha en la que fue sancionada la ley 1448 de 2011, los tres principales medios escritos del país: La revista Semana, El diario El tiempo y El Espectador publicaron 220 registros sobre el tema, entre noticias, columnas de opinión, editoriales y especiales en sus versiones impresas⁴¹. Datos que corroboran la importancia que alcanzó el tema dentro de los principales formadores de la opinión pública. Excluyendo las columnas de opinión (54), los editoriales (12), y las entrevistas (20), por reflejar la postura de su autor o del entrevistado, de los 116 artículos, solo en 29 de ellos aparece reflejada las opiniones de las víctimas, no obstante solo en 4 casos, víctimas individuales o a través de sus organizaciones manifestaron lo que pensaban sobre la iniciativa legislativa, dos fueron entrevistas a hijos e hijas de políticos asesinados, y las otras dos reflejaron la postura de dos espacios de confluencia de organizaciones de víctimas y organizaciones acompañantes: El Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado y la Mesa Nacional de Víctimas Pertenecientes a Organizaciones

⁴¹ 87 registros el Espectador, 85 el Tiempo y 30 la Revista Semana.

Sociales. En la mayoría de casos restantes las noticias reflejaban el riesgo que corren las víctimas, en especial aquellas que reclaman sus tierras. Estos datos muestran las limitaciones en el capital social de las víctimas, aspecto que dificultó su constitución como agente en la discusión sobre el contenido de sus derechos, a pesar de posicionarse dentro de la agenda pública el tema, los grandes ausentes en la discusión “masiva” de los derechos de las víctimas fueron precisamente ellas, y en especial las víctimas de desplazamiento forzado.

2.2. ONG de derechos humanos

Las ONG de derechos humanos acompañaron a las víctimas en el debate, contribuyeron con su capacidad técnica acumulada en años de trabajo en defensa de los derechos humanos. Cuentan con un capital político sustentado en la reputación y prestigio de que gozan entre sectores importantes de la opinión pública, la comunidad y la cooperación internacional que las respalda políticamente y financia su operación, y entre algunas entidades estatales como el Ministerio Público y la Corte Constitucional, que toman en cuenta sus análisis e informes para producir los propios y orientar su actuación. Incluso algunos sectores del poder legislativo se apoyan técnicamente en estas ONG para elaborar proyectos de ley y adelantar control político. Este posicionamiento en el espacio social y su experticia técnica, les ha permitido ser voceros de las comunidades que acompañan, situación que en ocasiones genera tensiones al percibirse como suplantación pero que suple deficiencias técnicas evidentes en los movimientos sociales.

Su participación como agentes en el campo jurídico de la restitución de tierras fue visible por la calidad de sus análisis y propuestas, velando porque la Ley 1448 cumpliera con los estándares internacionales en materia de derechos humanos y se ajustara a la Constitución Política, aquí radica su principal interés y motivación (*illusio*), para

alcanzarlo utilizan el capital jurídico anteriormente acumulado, especialmente a partir del manejo de instrumentos internacionales de DDHH y de la vasta jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia. Posterior a la expedición de la ley las ONG de derechos humanos se han mantenido activas como agentes en el campo social en cuestión, presentando demandas en conjunto con las organizaciones de víctimas y con el Representante Cepeda del Polo Democrático, sobre aspectos de la ley que consideran inconstitucionales y no ajustados al derecho internacional de los derechos humanos.

2.3. Polo Democrático Alternativo (PDA)

El PDA único partido de oposición al gobierno de Santos, es considerado el único aliado claro en el Congreso por parte de las principales organizaciones de víctimas. El PDA adelantó varios debates de control político en relación a la política de tierras del gobierno antes y después de la expedición de la Ley 1448, lo que le ha valido ser considerado un opositor radical a la política gubernamental en la materia.

El PDA representa sólo el 4.8% en el Congreso de la República⁴², situación que no le permite ser una fuerza decisoria en los debates, aunque si una voz que tiene audiencia y respaldo en algunos sectores y específicamente entre las organizaciones de víctimas. Esto le posibilitó aliado, en temas puntuales, con el Partido Liberal y el Partido Verde, incluir

⁴² El actual Congreso está conformado por 266 congresistas, 164 representantes a la Cámara y 102 senadores de los cuales el 81.9% correspondientes a 218 congresistas hacen parte de lo que se ha denominado la Unidad Nacional conformada por el Partido Social de Unidad, el Partido Conservador, El Partido Liberal, Cambio Radical, y el Partido Verde. Aunque existen 10 partidos adicionales que tienen representación en el Congreso por fuera de la Unidad Nacional, solo uno de ellos el Polo Democrático Alternativo se ha declarado en oposición el cual representa el 4.8% con 13 congresistas.

algunas normas favorables en la ley y específicamente en el capítulo sobre restitución, no obstante no tuvo el capital político que le permitiera discutir los grandes temas en donde no existía acuerdo. Las principales reuniones de negociación que se dieron en torno al proyecto de ley ocurrieron en la Casa de Nariño en reuniones del Presidente con la bancada de Unidad Nacional, adicionalmente a pesar de que el Polo Democrático envió dos cartas solicitándole al presidente una audiencia para discutir sus objeciones frente al proyecto de ley, ninguna de ellas fue contestada.

Su *illusio* estuvo al lado de las principales demandas de las organizaciones de víctimas, de allí que sus posturas fueran calificadas desde el Gobierno y la Unidad Nacional incluyendo al partido liberal como maximalistas, calificativo que se dio de manera peyorativa para significar que sus demandas excedían el límite de lo posible.

2.4. Gobierno y Unidad Nacional

Para el gobierno del presidente Santos y sus aliados en el Congreso de la República, la ley de víctimas representaba un objetivo político importante a lograr para la diplomacia internacional en el marco de las negociaciones de tratados de libre comercio con EEUU, Europa y Canadá, estancados por reparos a la política de derechos humanos en el país. Un ejemplo es el pronunciamiento el Ministro del interior y de Justicia tras la aprobación del proyecto de ley en el último debate en el Congreso:

Es un gran mensaje del Presidente Santos y de su Gobierno frente a la comunidad internacional; puede significar que este país redimensionará el alcance de sus compromisos

en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. No existe en ningún país del mundo que haya adoptado una política de esta envergadura⁴³.

Este fue uno de los principales intereses (*illusio*) del Gobierno en el debate de la ley. Incluso al costo de recibir críticas del ex presidente Álvaro Uribe, soporte político fundamental para la elección del presidente Santos y que se había opuesto radicalmente a la expedición de una ley de víctimas durante su gobierno. No obstante que Santos logró que la Unidad Nacional respaldara unánimemente la Ley 1448, a la postre le significó fisuras al interior por cuenta de los reparos de Uribe a varios aspectos de la ley, sumado a discrepancias sobre otros temas como la paz y el fuero penal militar. La ley de víctimas de hecho fue utilizada para reconocer públicamente la existencia de un conflicto armado interno, argumentando adicionalmente que su aprobación era base fundamental para un proceso de reconciliación nacional.

Un interés, tanto o más importante para el Gobierno que el anterior, en el campo jurídico de la restitución de tierras, en la perspectiva de articular la economía nacional a la globalización capitalista, es crear condiciones para adelantar su política de desarrollo rural con enfoque territorial, para lo cual entre otras cosas requiere dinamizar el mercado de tierras a través del saneamiento de títulos ilegales y la formalización de la propiedad⁴⁴. Una restitución jurídica en el marco de un modelo de desarrollo que aniquila la economía

⁴³ Ministerio del Interior, ““*Ley de víctimas parte en dos la historia de Colombia*”: *Mininterior*”, tomado en línea, Bogotá, 24 de mayo de 2011, <http://www.mij.gov.co/Ministerio/NewsDetail/819/1/LeydevictimasparteendoslahistoriadeColombiaMininterior>

⁴⁴ Vale la pena recordar que Juan Manuel Santos se desempeñó como Ministro de Comercio Exterior (1991-1994) durante el Gobierno de Cesar Gaviria, presidente Colombiano que lideró el proceso de apertura económica y del neoliberalismo en el país.

campesina por suponerla improductiva e ineficiente para la competitividad, es una restitución que a la larga sirve al acaparamiento de tierras y a la reconversión del uso económico del suelo favorable a la agroindustria y el extractivismo. Las familias y comunidades restituidas no van a tener más opción que vender sus tierras que no podrán poner a producir, convertirse en arrendatarios bajo el eufemismo de la política de alianzas estratégicas productivas que promueve el Gobierno, o ser proletarizados por las grandes empresas agroindustriales.

El anuncio y la radicación del proyecto de ley directamente por parte del presidente Santos y su posterior sanción con la presencia del Secretario de Naciones Unidas, señor Ban Ki-moon, le significó un apreciable capital político en la opinión pública nacional e internacional. Santos es percibido como un presidente que le dio un giro significativo a la política de derechos humanos en Colombia, en la que ocupa un lugar central la ley de víctimas y restitución de tierras.

En relación al capital cultural, social y político del Gobierno Nacional, este se ha caracterizado por tener un equipo de Gobierno técnicamente calificado, el cual se corrobora desde el nivel de formación de sus ministros, así como el del equipo técnico con el que cuenta cada una de sus carteras. Específicamente en materia de restitución además de los capitales personales aportados por el Ministro de Agricultura quien es percibido por distintos sectores como un gran académico⁴⁵, con gran respaldo dentro de los partidos

⁴⁵ Abogado y economista de la Pontificia Universidad Javeriana, se especializó en Derecho Económico en el London School of Economics y se doctoró en Derecho Administrativo en La Sorbona, profesor universitario en Derecho Fiscal y Hacienda Pública en la Universidad de los Andes, la Universidad Externado de Colombia y la Universidad Javeriana, además de profesor de Economía Colombiana en la

políticos en especial del partido conservador, con fuertes relaciones con los empresarios de los sector cafetero y ganadero, y probo en el conocimiento de su cartera, su asesor en la materia Alejandro Reyes es considerado ante la opinión pública como un experto del problema agrario en Colombia.

Desde que el Gobierno asumiera como una de sus banderas políticas la creación de una política de reparación a las víctimas -esto se produjo cuando Santos gana las elecciones presidenciales e invita a los diferentes partidos a conformar una coalición de Gobierno denominada Unidad Nacional, en este momentos los liberales aceptan el ingreso condicionando dicha decisión al apoyo de ciertas iniciativas dentro de las que se contaba el proyecto de ley de víctimas- logró respaldar esta propuesta con toda su bancada parlamentaria.

El actual Congreso está conformado por 266 congresistas, 164 representantes a la Cámara y 102 senadores de los cuales el 81.9% correspondientes a 218 congresistas hacen parte de la Unidad Nacional conformada por el Partido Social de Unidad (partido de la U), el Partido Conservador, El Partido Liberal, Cambio Radical, y el Partido Verde. Aunque existen 10 partidos adicionales que tienen representación en el Congreso por fuera de esta coalición, solo uno de ellos el Polo Democrático Alternativo se ha declarado en oposición. Todos los que están por fuera de la unidad son minoritarios.

Por el modelo de sistema electoral que existe en Colombia, los intereses representados en el Congreso son en su gran mayoría, los de una clase social que permanece en el poder gracias a los capitales político, social, y económico acumulado durante años, nutrido por redes clientelares e incluso por pactos criminales en algunas

Universidad Sergio Arboleda. Ha escrito doce libros, la mayoría de ella relacionados con economía y hacienda pública.

regiones del país, entre los que se destaca la participación de los denominados “parapolíticos”. De acuerdo con INDEPAZ en el actual congreso (2010-2014) al menos 35 curules están involucradas directa o indirectamente a través de redes familiares y de amigos con la denominada “parapolítica”⁴⁶

El proyecto de ley de víctimas, fue presentado con el respaldo de ocho congresistas, quienes firmaron junto con el Gobierno como autores de la iniciativa, cinco senadores y tres representantes a la Cámara, representativos de la Unidad Nacional. Por el partido liberal estuvieron quienes propusieron y defendieron en el 2007 y 2008 cuando era oposición la primera iniciativa de la ley de víctimas, Juan Fernando Cristo y Guillermo Rivera, quienes como voceros del partido liberal para el tema representaron una postura más progresista y proclive a las víctimas al interior de la Unidad Nacional, sin llegar a oponerse a las medidas que cuestionan la viabilidad y sostenibilidad de la restitución desde la visión más radical de las organizaciones de víctimas; por el partido conservador Eduardo Enríquez Maya uno de los varones electorales del conservadurismo con varias denuncias por parapolítica en el departamento de Nariño; Carlos Alberto Zuluaga, quien para entonces era vicepresidente del Congreso y José Darío Salazar quien dos meses después de radicado el proyecto de ley sería el presidente del Directorio Nacional Conservador; por el partido de la U Juan Lozado quien obtuvo la mayor votación en Senado y es director de este partido y Armado Benedetti quien para entonces era el presidente del Congreso; finalmente por Cambio Radical, Germán Varón Cotrino codirector de ese partido.

El perfil de los congresistas involucrados muestra con claridad el acuerdo político de la Unidad Nacional por sacar adelante la iniciativa, asegurándose que apareciera el

⁴⁶ Indepaz, *Parapolítica en el congreso electo para el periodo 2010-2014*. Bogotá, <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2012/04/Parapolitica-senado-electo-27-abril-2012.pdf>

respaldo político expreso por parte de jefes de partidos políticos, y de personas claves en el trámite, tal y como fueron los presidentes de la Cámara y del Senado en su momento.

De los ocho congresistas, cuatro han sido escuderos importantes del ex presidente Álvaro Uribe, quien habría solicitado en el 2009 el hundimiento del entonces proyecto de ley de víctimas en el Congreso⁴⁷, lo que demuestra el poder político de Santos en su momento, capaz de alinear por completo a la Unidad Nacional a favor de la ley, a pesar de existir diferencias ideológicas significativas, especialmente con integrantes del partido de la U y el partido conservador frente a algunas disposiciones de la ley.

En el Congreso están representados los intereses de importantes empresarios que hoy son beneficiarios del despojo de tierra, de grandes terratenientes e incluso de algunos de los perpetradores del desplazamiento forzado, lo que históricamente ha significado fuertes tensiones entre las organizaciones de víctimas y el Congreso. En palabras de los mismos Congresistas:

Aún más, los grupos armados capturaron el control de autoridades locales e instancias administrativas que contribuyeron a legalizar despojos de tierras, y contaron además con representación parlamentaria, cuyos votos contribuyeron a conseguir con presión armada, para que luego respaldaran la permanencia de sus cuotas burocráticas en los organismos de control de la propiedad, cerrando el ciclo del despojo, como ha comprobado la Corte Constitucional⁴⁸.

⁴⁷ Enríquez Maya, Armando Benedetti, Juan Lozano, y Carlos Alberto Zuluaga.

⁴⁸ Ponencia para primer debate al proyecto de ley 107 de 2010 Cámara por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al

Por último frente al capital social del Gobierno y de la Unidad Nacional se destaca el poder de influencia ante los grandes medios de comunicación, contrario a lo ocurrido con los planteamientos de las organizaciones de víctimas, el ejecutivo nacional a través del Presidente o de sus ministros, registró en 88 de los 116 artículos que publicó Semana, el Espectador y el Tiempo durante la discusión y aprobación de la ley, la mayoría de ellos dando información sobre el curso de la iniciativa. Por su parte el Congreso en su diversidad registró en 31 oportunidades, en 14 ocasiones más lo hizo únicamente la Unidad Nacional, y solo en 5 oportunidades la oposición dentro del Congreso.

2.5. Naciones Unidas

El capital político de Naciones Unidas proviene fundamentalmente de su prestigio y de su mandato relacionado con la protección y promoción de los DDHH en Colombia a través de sus distintas agencias, concretamente del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, ONU mujer, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, y La Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los DDHH, quienes son reconocidas por su capital cultural, especialmente frente al conocimiento de los estándares internacionales de DDHH, y en este caso sobre los derechos de las víctimas, condición de la que se deriva su autoridad en el campo, y su incidencia en la disputa de capital.

Naciones Unidas fue uno de los actores que promovió la existencia de un instrumento normativo que desarrollara los derechos de las víctimas a nivel nacional, así se

Derecho Internacional Humanitario. Acumulado proyecto de ley número 85 de 2010 Cámara por la cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras. 2 de noviembre de 2010. Gaceta 685 de 2010.

aprecia en su participación desde que hiciera trámite en el Congreso el primer proyecto de ley sobre la materia en el 2007 y por su puesto en su participación en el que finalmente fue aprobado a través de la ley 1448 de 2011⁴⁹.

Dentro del campo ofreció su apoyo técnico a algunos congresistas y al ejecutivo, apoyó financiera y políticamente encuentros con autoridades regionales para discutir el proyecto, así como los denominados Encuentros Regionales con el fin de promover la participación directa de las víctimas, no obstante, no se convirtieron en un respaldo decidido a todas sus propuestas. Su mayor capital político se dirigió a resaltar la voluntad política del Gobierno en torno al reconocimiento de los derechos de las víctimas.

El nuevo Gobierno decidió dar un respaldo político fuerte y contundente a los derechos de las víctimas y el Congreso está a punto de aprobar mecanismos importantes para satisfacer los derechos de las víctimas del conflicto armado interno. Especialmente la política de restitución de tierras, es decir la voluntad de devolver las tierras a las cientos de miles de personas desposeídas, es la iniciativa más audaz y valiente iniciada por el nuevo Gobierno nacional en materia de derechos humanos”⁵⁰

⁴⁹ En el informe sobre Colombia de la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los derechos Humanos en 2010 expresó: “El archivo definitivo en junio de 2009 del proyecto de ley sobre víctimas fue una oportunidad clave perdida. Una ley de esta naturaleza, coherente con estándares internacionales, continúa siendo conveniente como un complemento apropiado al marco de justicia transicional en Colombia”

⁵⁰ Sin autor, “*Día Internacional de los Derechos Humanos, “Por el derecho a la vida y a la tierra”*”, tomado en línea en Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas Para los DDHH, Bogotá, 10 de diciembre de 2010, <http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2010/comunicados2010.php3?cod=38&cat=81>

Su *illusio* giró en torno a la creación de un instrumento interno sobre los derechos de las víctimas que respondiera medianamente a los estándares internacionales en la materia⁵¹, haciendo gran énfasis en el derecho a la igualdad, lo que implicaba garantizar la no discriminación hacia las víctimas de agentes del Estado, y a la necesidad de implementar medidas que garantizaran la seguridad para las víctimas de despojo y abandono forzado de tierras, que permitiera a su vez dar un mensaje hacia la paz.

2.6. Ministerio Público

A pesar del mandato constitucional que le otorga al Ministerio Público “*la guarda y la promoción de los DDHH y la protección del interés público*” (Artículo 118 de la C.P.) su presencia en el campo jurídico de la restitución, concretamente a partir de la discusión y aprobación de la ley 1448 de 2011 fue bastante deficiente. El Procurador General nunca hizo un pronunciamiento oficial sobre el tema, y delegados de esta entidad solo concurren en una ocasión al Congreso para pronunciarse públicamente. El Defensor del Pueblo asistió un par de ocasiones durante la discusión, no obstante su esfuerzo se dirigió especialmente a fortalecer financieramente a la institución que él representa, no obstante el capital cultural y social de la Defensoría en el campo, no jugó un rol fundamental en definición del alcance y el contenido del derecho a la restitución. Es importante advertir que ésta ha sido la postura del Defensor no solo durante la discusión de la ley 1448 de 2011, sino en todos los temas trascendentales para el país en materia de DDHH, tal y como fue el caso de la discusión de la ley 975 de 2005, la actual discusión en torno a la ampliación del fuero penal militar, entre otros, lo que le valió en su momento la

⁵¹ Si bien existen instrumentos de Naciones Unidas gran importancia para efectos de la restitución como son los principios Pinheiro, estos no fueron defendidos como verdaderos estándar internacional en la materia.

calificación por parte del entonces presidente Uribe, quien lo eligió precisamente por su silencio “diciendo que nunca se imaginó tener a un defensor del pueblo “tan prudente””⁵²

El campo jurídico de la restitución como tal es un campo reciente, inscrito en un campo más amplio sobre los derechos de las víctimas que en Colombia lleva un proceso de más de 15 años, en el que si bien la ley 1448 de 2011 se presenta como un punto de inflexión, aún es un campo en disputa. En su configuración han jugado como agentes las tres ramas del poder público, los órganos de control, la comunidad internacional y por supuesto la sociedad civil, en especial las organizaciones de víctimas. No obstante la actuación en el campo de las organizaciones de víctimas está enmarcada por su posición en el espacio social, en el campo político en donde actúan en el polo dominado, lo que les ha restado posibilidades para decir que es derecho, y en especial en el contenido de su derecho a la restitución, aspecto íntimamente relacionado con visiones de desarrollo contrapuestas en relación a los principales agentes del Campo, el ejecutivo y la Unidad Nacional presente en el Congreso.

⁵² Martha Maya, “Primera Tarea de Otálora: Acabar con el Silencio de Volmar Pérez”, En: La Silla Vacía, 22 de agosto de 2012.

CAPÍTULO II

DISCURSOS DE LOS PRINCIPALES AGENTES DEL CAMPO SOBRE LA RESTITUCIÓN DURANTE LA APROBACIÓN DE LA LEY 1448 DE 2011

Con la claridad del espacio en el que se encuentran en el campo jurídico de la restitución de tierras cada uno de los agentes, en este capítulo se presentan los elementos estructurales de sus discursos en el campo jurídico durante la discusión de la ley 1448 de 2011, identificando sus enfoques, propuestas y principales tensiones.

1. Discursos de los agentes

1.1. Víctimas

Sin pretender desconocer la diversidad existente al interior de las organizaciones de víctimas, es posible encontrar en quienes directamente han padecido el despojo y el abandono forzado de sus bienes, algunos aspectos comunes en lo que podría denominarse su enfoque de la reparación y en especial de la restitución, a partir de seis elementos: la participación de las víctimas; la vinculación de la restitución con una propuesta de reforma agraria y de reformulación del modelo de desarrollo rural, la coherencia de la política de restitución con las demás políticas que abordan el derecho a la verdad y la justicia; la aplicación del derecho a la igualdad entre todas las víctimas; garantías para el retorno, y por último la importancia de buscar una resolución del conflicto armado interno.

Frente al primer aspecto, las organizaciones fueron reiterativas en la exigencia de espacios de participación real y efectiva para las víctimas en la construcción y aplicación de una propuesta de restitución, que garantizara un verdadero diálogo. Aspecto que se demandó como un derecho, como elemento para el reconocimiento a los procesos organizativos de las víctimas y como elemento necesario para dar legitimidad a la política.



Desde el inicio del trámite del proyecto de ley, hasta la fecha, luego de más de un año de aprobación de la ley, la ausencia de garantías de participación ha sido una queja recurrente por parte de las organizaciones de víctimas y de organizaciones acompañantes⁵³.

Así lo expresaron las víctimas y las

organizaciones de DDHH en la Audiencia en el Congreso el 21 de octubre de 2010:

⁵³ Fueron numerosas las propuestas de las organizaciones de víctimas y de DDHH para abrir espacios de participación, se destaca la de la Mesa Nacional de Víctimas de Organizaciones Sociales y la del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado, consistente en la realización de audiencias en las diferentes regiones del país, mecanismo que tiene la virtud de suspender el trámite legislativo hasta tanto se lleven a cabo. Esta propuesta no fue acogida, principalmente por dos razones, para los ponentes de la ley y en especial para quienes fueron voceros del partido liberal en el tema, se requería aprovechar el momento político de la Unidad Nacional para sacar adelante en el menor tiempo posible la iniciativa legislativa, y en segundo lugar porque consideraban que la iniciativa había sido suficientemente consultada, ya que durante el trámite del primer proyecto de víctimas que hizo trámite en el Congreso durante 2007 y 2008 se celebraron 9 audiencias. La decisión del Gobierno y del Congreso fue realizar varios encuentros que se denominaron Diálogos Regionales convocados por la Vicepresidencia de la República, el Presidente de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación; el Ministro del Interior y Justicia; el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, y el Presidente del Senado, frente a los cuales las organizaciones expresaron su desavenencia, fundamentalmente por la metodología utilizada, que no permitía un verdadero diálogo y por la manera como se desarrolló la convocatoria, la cual no permitió que muchas víctimas organizadas pudieran participar de dichos eventos.

Y finalmente como Movimiento de Víctimas, y también lo hemos discutido con la mesa de víctimas perteneciente a organizaciones sociales, insistimos en la solicitud de convocatoria de audiencias regionales y nacionales que nos permitan hacer nuestros planteamientos; igualmente, quisiéramos que esas audiencias contaran con unas reglas claras de juego que nos permitan saber que nuestra participación va a ser tenida en cuenta, y que nuestras propuestas van a tener un debate, una discusión y unos elementos que nos permitan saber, por qué fueron recogidas o por qué no fueron recogidas nuestras propuestas. No queremos una participación meramente formal en la que se limite el ejercicio de expresar nuestras opiniones y más aún no queremos una participación que se limite a escucharnos, queremos una participación deliberativa como manda la democracia moderna”⁵⁴.

El segundo elemento es la coherencia externa que debe existir entre una política de reparación dentro de la que se incluye la restitución, y otras políticas impulsadas por el Gobierno Nacional que tienen la potencialidad de vulnerar los derechos a la verdad y a la justicia. Tal y como lo ha afirmado Naciones Unidas “Entre estos bienes hay profundas relaciones de conexidad e interdependencia. No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia”⁵⁵.

Un ejemplo de la tensión que se presenta, fue el que se produjo frente a la aprobación de la ley de Justicia Transicional (Ley 1424 de 2010), que hizo trámite en el

⁵⁴ Alfonso Castillo, *Intervención en la Audiencia Congresional al proyecto de ley 107 de 2010 Cámara el 21 de octubre de 2010*, en: Congreso de la República, Gaceta 1128 de 2010, Bogotá.

⁵⁵ Intervención del señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos durante el Seminario Internacional: La Corte Penal Internacional: instrumento de paz para Colombia. Bogotá, 16 de septiembre de 2003.

Congreso de manera paralela a la ley 1448 de 2011, por medio de la cual se otorgó beneficios a paramilitares desmovilizados que no ingresaron a la ley de Justicia y Paz (ley 975 de 2005), propuesta que fue calificada como un mecanismo de impunidad dirigida a generar una amnistía velada a más de 27.000 paramilitares. En el mismo sentido iniciativas posteriores que pretenden la ampliación del fuero penal militar (propuesta que actualmente se discute en el Congreso) y la reforma constitucional conocida como “El marco legal para la paz” (aprobado en junio de 2012) que introduce la posibilidad de seleccionar casos para que se adelante la investigación judicial y en los restantes se utilicen mecanismos alternativos propios de la justicia transicional, hacen que para las víctimas se ponga en duda el verdadero interés de adelantar una política de reparación.

El tercer elemento es la separación de la reparación de una propuesta dirigida a transformar el modelo de concentración de la propiedad de la tierra y de desarrollo rural inequitativo de acumulación de riqueza a favor de empresarios del campo en detrimento y casi que a costa de la desaparición del campesinado. Una medida que de acuerdo con los profesores Uprimny y Sánchez estaría dirigida no solo a satisfacer los estándares de la justicia correctiva, sino también los de la justicia distributiva⁵⁶. En palabras de uno de los voceros de las organizaciones de población desplazada:

“Para nosotros como CND (Coordinación Nacional de Desplazados) una restitución de tierras sin una reforma integral no funcionaría, nosotros lo que estamos diciendo todo el tiempo es que para tener restitución debe haber una reforma agraria

⁵⁶ Rodrigo Uprimny y Camilo Sánchez, *Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 12, núm. 2, julio-diciembre, 2010, Bogotá, Universidad del Rosario, p. 305-342.

integral, pero trabajada con las organizaciones campesinas, y organizaciones de DDHH y todo eso. Si no hay reforma integral no hay restitución”⁵⁷.

“El proyecto de ley de tierras y víctimas del gobierno del presidente Santos (...) esta fundada más pensado en el beneficio de los empresarios del campo, que buscan legitimar sus títulos de propiedad legalizando el despojo y facilitando la inversión extranjera en los megaproyectos, más no en una verdadera reparación y restitución a los desplazados, como tampoco resuelve el problema agrario, de los campesinos despojados, afros e indígenas el cual ha sido fuente de conflictos y tensiones sociales, a lo largo de nuestra historia”⁵⁸

Conociendo esta situación, y temiendo la ausencia de garantías de sostenibilidad económica para quienes decidan retornar, las organizaciones plantearon medidas de apoyo pos restitución. Al respecto la ley solo aprobó en su artículo 206, que el Ministerio radicaría en el término de 6 meses un proyecto de ley sobre desarrollo rural en el que se priorizarían las víctimas. A la fecha no ha sido presentada esta iniciativa, y el borrador que se conoce reafirma el modelo de desarrollo rural impulsado por el Gobierno Nacional que con gran peso a lo que se considera la nueva ruralidad.

El cuarto elemento es la aplicación del derecho a la igualdad y no discriminación entre las víctimas de los diferentes agentes presentes en el conflicto, elemento que no solo fue planteado por el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado sino por el conjunto de organizaciones de víctimas y de Derechos Humanos. Las organizaciones sostuvieron

⁵⁷ Entrevista a Rigoberto Jiménez, dirigente de la CND, julio de 2012.

⁵⁸ Mesa Nacional de Fortalecimiento a Organizaciones de Población Desplazada. *Declaración Mesa Nacional de Desplazados*, Bogotá, 24 de noviembre de 2010. <http://elsalmonurbano.blogspot.com/2010/11/declaracion-mesa-nacional-de.html>

que en el despojo de tierras y territorios han participado directamente agentes del Estado desde diferentes entidades, tales como notarías, oficinas de registro de instrumentos públicos, jueces de la república, funcionarios del antiguo Incora y del hoy Incoder, entre otros. Incluso algunas organizaciones de víctimas plantean que en Colombia han existido verdaderas políticas impulsadas desde las propias instancias del Estado, dirigidas a lograr el despoblamiento de ciertas regiones para lograr un reordenamiento antidemocrático del territorio. Esta propuesta que fue acogida inicialmente por el partido liberal y el Polo, incluso desde que se discutió el proyecto de ley en el 2007, fue respaldada por el Presidente de la República, y por la mayoría de la Unidad Nacional, lo cual permitió que las propuestas del Uribismo por crear mecanismos que daban un tratamiento diferente a las víctimas de agentes del Estado no prosperaran.

El quinto elemento está relacionado con el alcance de la restitución, las víctimas sostuvieron que ésta debería abarcar la totalidad del patrimonio perdido. Para ellas la restitución de cultivos, animales y enseres son elementos necesarios para reconstruir las posibilidades de retorno y de permanencia en sus territorios. Sobre este aspecto se profundiza en el segundo apartado de este capítulo.

En este mismo sentido las víctimas propusieron la condonación de créditos. Un porcentaje importante de las víctimas de despojo y de abandono forzado tienen numerosos pasivos. De acuerdo con el Programa de Restitución de Bienes formulado por la CNRR, las víctimas de despojo y abandono forzado tienen cuatro tipos de acreedores: 1. El sector financiero, principalmente por deudas para acceder al subsidio de tierras, equivalente al 30% del valor del predio (ley 160 de 1994); y por préstamos de inversión para producción y préstamos de libre inversión para financiar los proyectos de vida, que no pudieron ser cancelados por el desplazamiento. 2. Personas naturales, generalmente por créditos de libre

inversión 3. Instituciones públicas, relacionadas con obligaciones fiscales, como por ejemplo el no pago del impuesto predial a cargo de los municipios y departamentos, y el impuesto de renta, y 4. Empresas prestadoras de servicios públicos⁵⁹.

Ante esta situación las víctimas propusieron un programa de condonación de créditos, ya que existían deudas que incluso sobrepasaban el valor de los predios que se pretendía restituir. Si bien la ley 1448 de 2011 estableció en relación con los pasivos generados durante la época del despojo o el desplazamiento, crear un sistema de alivio de pasivos y/o exoneración de la cartera morosa del impuesto predial u otros impuestos, tasas o contribuciones, así como la creación de un programa de condonación de cartera sobre los pasivos originados de la prestación de servicios públicos y de las deudas crediticias del sector financiero (Art. 121), el documento CONPES 3712 de 2011 que crea el plan de sostenibilidad fiscal de la ley únicamente se refiere al saneamiento tributario, el cual se calcula en un valor individual de \$2.000.000, advirtiendo que solo el 50% de los casos serán objeto de dicha medida. A la fecha no se ha reglamentado la materia.

Por último el sexto elemento planteado por las organizaciones de víctimas como indispensable para que exista una verdadera restitución es la resolución del conflicto armado interno y el desmonte del paramilitarismo. Para las organizaciones de víctimas la restitución y el retorno a sus territorios resulta impensable si no se modifican las condiciones que generaron su desplazamiento. Los asesinatos, amenazas y agresiones que se han producido frente a líderes y lideresas reclamantes de tierras así lo confirman. De

⁵⁹ Programa de Restitución de Bienes, *Documento final entregado por el Comité Técnico Especializado - CTE a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación* – Bogotá, CNRR, 2010, p. 68 y 69.

acuerdo con el Defensor del Pueblo la cifra de personas reclamantes de tierras asesinadas ascendería desde 2005 a la fecha a 67 personas⁶⁰.

Frente a la ausencia de un proceso de negociación, se concentraron durante la discusión del proyecto de ley en cuestionar a los programas de protección, entre otras razones por las limitaciones existentes en la oferta de medidas que prestan, por el universo de víctimas que cobijaban, por la ausencia de participación en la aplicación de las medidas, etc. Estas observaciones lograron ser acogidas parcialmente, entre otras razones por la contundencia de los hechos –varios líderes de restitución fueron asesinados durante el trámite de la ley-, y por la insistencia de este aspecto por parte de otros actores claves como Naciones Unidas y Ministerio Público, no obstante las medidas de protección en casos de restitución, a la fecha tienen un fuerte enfoque militarista, y no han cumplido con los criterios establecidos en la propia ley que retoman a su vez parámetros establecidos por la Corte Constitucional en materia de protección.

Finalmente frente al discurso de las organizaciones de víctimas es importante resaltar el apego al lenguaje de los derechos humanos, con frecuencia se produce una traducción de sus demandas a los términos pre-establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional o en los instrumentos internacionales de DDHH. Así es común que para la defensa de sus aspiraciones se usaren términos como: estado de cosas inconstitucional, el goce efectivo de derechos, la restitución patrimonial, entre otros. Situación que si bien les permite ingresar con mayor posibilidad de reconocimiento al campo jurídico, en ocasiones

⁶⁰ Caracol Radio, *Más de 60 líderes de restitución de tierras han sido asesinados en siete años: Defensoría del Pueblo*. Bogotá, Junio 12 de 2012, en <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/mas-de-60-lideres-de-restitucion-de-tierras-han-sido-asesinados-en-siete-anos-defensoria-del-pueblo/20120612/nota/1704578.aspx>

hace que desaparezcan en lo concreto varias de sus propuestas. Así como lo afirma Rebecca Saunders al analizar el uso del lenguaje en el caso sudafricano durante la comisión de la verdad, en donde si bien dicho lenguaje de los DDHH tuvo un mayor poder para influir en las políticas públicas, también es un vocabulario controlado, que descarta información, que vuelve invisibles ciertas demandas⁶¹.

Así puede estar ocurriendo en el caso Colombiano, aspecto que fue corroborado en las entrevistas con las víctimas, la contundencia de sus demandas expresadas verbalmente, en ocasiones se diluyen en los comunicados públicos que con frecuencia pasan por el racero de las y los sabedores del derecho (asesores jurídicos), quienes tienen mayor capital cultural y traducen sus demandas al lenguaje de los DDHH.

Por ejemplo en Colombia el derecho al territorio y al control del territorio aún es inexistente para los mestizos, de allí que prevalezcan las demandas como restitución del patrimonio, así existan diferencias profundas entre el concepto de patrimonio y territorio. Si bien el lenguaje de derechos humanos ha permitido a las víctimas ir ganando en decir que es derecho dentro del campo jurídico, también ha significado la invisibilización de algunas de sus demandas. Esto se constata en la distancia entre el enfoque de la restitución y las propuestas concretas que se presentaron, lo cual puede darse adicionalmente por las limitaciones de la lógica jurídica, en la que el derecho a la restitución desde un enfoque de justicia retributiva parte exclusivamente de la valoración de los daños causados, sin involucrarse en otros aspectos como el modelo de desarrollo. En palabras de Bourdieu:

⁶¹ Rebecca Saunders, *Lo que se pierde en la traducción: expresiones del sufrimiento humano, el lenguaje de los DDHH y la Comisión Sudafricana de la Verdad y reconciliación*. En: Sur Revista Internacional de Derechos Humanos. No. 9 Diciembre de 2008, Sao Paulo, p. 53-69.

“las prácticas y los discursos jurídicos son, en efecto, el producto del funcionamiento del campo cuya lógica específica esta doblemente determinada:(...) en segundo lugar, por la lógica interna de las acciones jurídicas que limitan en cada momento el espacio de lo posible y con ello el universo de soluciones propiamente jurídicas”⁶²

Y en segundo lugar, a la parcelación de la discusión, impulsada desde el Gobierno Nacional, para quien la restitución debía discutirse por separado de la política de desarrollo rural, la cual haría parte de otra iniciativa legislativa denominada “*ley integral de tierras y desarrollo rural*”, iniciativa que hasta la fecha no ha sido presentada ante el Congreso.

1.2. Gobierno y Unidad Nacional

En agosto de 2010 el Ministro de Agricultura Juan Camilo Restrepo durante debate de control político en la Cámara de Representantes dio a conocer lo que denominó “La política integral de tierras para Colombia” dentro de la cual se inscribe el eje de restitución de tierras. Dicha estrategia tendría cinco componentes: 1. Acceso a la tierra, el cual se refiere básicamente a hacer más eficientes la entrega de subsidios de tierra; 2. Trabajar en la modificación del uso del suelo, reconociendo que no ha existido un uso planificado del mismo y develando los problemas actualmente existentes como el que se presenta entre ganadería, minería y agricultura; 3. Formalización de la propiedad rural, al existir aproximadamente 1.2 millones de predios informales en el sector rural; 4. La modificación

⁶² Pierre Bordieu, *Elementos para una sociología del campo jurídico*, en Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La Fuerza del Derecho*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del hombre Editores, 2000, p.159.

del proceso de extinción de dominio de tierras ilícitas, proceso que en la actualidad resulta

bastante dispendioso en el tiempo; y

5. El eje de restitución de tierras⁶³.



De manera específica sobre la política de restitución, debe señalarse la aceptación del Gobierno de la existencia de un conflicto armado interno, del desplazamiento forzado y del despojo de tierras. Aceptación que si se compara con la negación sistemática que se hiciera de estos tres elementos durante los ocho años de

Uribe Vélez, quien planteaba la existencia de una amenaza terrorista, de migrantes económicos, y ni siquiera se reconocía la magnitud del despojo, la diferencia inicial en términos de verdad y de reparación simbólica resulta sustancial. De hecho ha sido esta actitud por parte del Gobierno Nacional, lo que ha significado en muchas víctimas una esperanza de poder acceder a la restitución.

El enfoque de la propuesta de restitución del Gobierno y de la Unidad Nacional, se compone de 5 ejes: el primer elemento es el fundamento de la reparación y por ende de la restitución, el cual no es la responsabilidad del Estado por acción o por omisión de las graves violaciones a los DDHH, en el caso de la restitución por el desplazamiento forzado y el despojo. El propio presidente y por su puesto los ministros en los espacios de

⁶³ Juan Camilo Restrepo Salazar, *Presentación: Una política integral de tierras para Colombia*, Bogotá, Ministerio de Agricultura, Agosto de 2010.

negociación, reconocieron que existía una gran deuda social hacia las víctimas, que se trataba de una población en estado de vulnerabilidad por la violencia, quienes han sufrido en demasía, a quienes el Estado y la sociedad debían reparar con fundamento en el principio de solidaridad. En palabras del Ministro del Interior y de Justicia: “Sólo si estamos unidos podemos sacar esta ley adelante y pagar esa deuda moral histórica con el campo. Nuestro compromiso con las víctimas es un compromiso de solidaridad que no discrimina víctimas, y que sabemos que ustedes comparten como todos los colombianos”⁶⁴

El segundo elemento fue el de la sostenibilidad fiscal, argumentando que ante una situación de recursos escasos no era posible reparar en su totalidad a las víctimas, que había que generar una política de reparación con responsabilidad fiscal. Este fue la principal preocupación de los Congresistas de la Unidad Nacional (con excepción del partido liberal), no hay que olvidar que la ausencia de recursos para reparar a las víctimas fue una de las causas por las que en el 2009 a solicitud del ex presidente Uribe el Congreso archivo el proyecto de ley de víctimas.

Ante el fuerte discurso que prevaleció en el Congreso sobre el costo fiscal de la reparación, las organizaciones de víctimas propusieron distintas fuentes de donde podrían obtenerse los recursos necesarios para tal propósito. Por ejemplo el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado propuso acelerar los procesos de persecución e incautación de bienes de los integrantes de los grupos paramilitares; recuperar los bienes de paramilitares que se encuentren en procesos de extinción de dominio por narcotráfico y destinarlos a la reparación de las víctimas; identificar y extinguir los bienes de los

⁶⁴ Presidencia de la República, “*Propietarios honestos pueden estar tranquilos*” en relación con la Ley de Restitución de Tierras: *Presidente Santos*”, tomado en línea, Bogotá, 25 de noviembre de 2010, http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2010/Noviembre/Paginas/20101125_16.aspx

congresistas, y de los funcionarios de cargos de elección popular y funcionarios públicos condenados por los vínculos con grupos paramilitares para que sean utilizados para la Reparación a las víctimas, este punto incluirá los bienes de militares, políticos y gremios económicos vinculados con la comisión de graves violaciones a los Derechos Humanos.

Este fue uno de los aspectos que retomó con mayor fuerza la oposición durante el debate en el Congreso, y en el cual se logró que se acogieran varias propuestas, bajo el discurso de la necesidad de buscar fondos para la reparación, teniendo en cuenta que el primer obligado en reparar son los victimarios. En este sentido propuestas dirigidas a disponer de nuevas fuentes para el Fondo de Reparación⁶⁵, la creación de un grupo especializado de policía judicial para desarrollar labores de identificación de bienes y activos que hayan ocultado las personas sindicadas de menoscabar los derechos de las víctimas⁶⁶, la creación de un plan de sostenibilidad financiera de la ley⁶⁷, entre otras fueron aprobadas, no obstante pese a proponer fuentes adicionales de financiación, en la discusión de las medidas concretas de reparación prevaleció el enfoque de limitar las medidas a la disponibilidad fiscal.

El tercer elemento, es la protección a los terceros de buena fe exenta de culpa, quienes habrían invertido en tierras que no sabían que habían sido objeto de despojo u abandono. Sobre este aspecto se profundizará a continuación, cuando se analicen los aspectos que generaron mayor tensión durante la discusión y aprobación de la ley.

⁶⁵ Artículo 177 de la ley 1448 de 2011.

⁶⁶ Artículo 45 de la ley 1448 de 2011.

⁶⁷ Artículo 19 de la ley 1448 de 2011.

El cuarto elemento se centra en la necesidad de revisar y corregir las ilegalidades que se cometieron durante el despojo y el abandono forzado, no así con la revisión de las transformaciones profundas en los territorios.

Por último dentro del enfoque de la restitución desde el Gobierno y Unidad Nacional, se partió de una premisa errada, consistente en que la mayoría de desplazados no desean retornar a sus territorios, en consecuencia se promovió la separación entre restitución y retorno, promoviendo a su vez la compensación. Si bien es verdad la mayoría de víctimas plantean en este momento que no desean retornar, entre las razones para dar esta respuesta se encuentra la ausencia de garantías de no repetición, especialmente ante la situación de inseguridad y falta de garantías de sostenibilidad económica.

Adicionalmente para aquellos que están pensando retornar, el Gobierno en especial ha acudido de manera recurrente a la idea de volver a los campesinos prósperos empresarios, para lo cual el Gobierno utilizó el símil de “Juan Valdez”. Independientemente de compartir o no dicho propósito, la ley 1448 de 2011 no trae dentro de su articulado mecanismos concretos para lograr dicho objetivo. Al analizar la política de desarrollo rural impulsada por el Gobierno se observa que la principal propuesta en este sentido es la de impulsar el involucramiento de las víctimas de despojo y de abandono forzado de tierras en las denominadas alianzas productivas. Mecanismos en donde de manera subordinada, los campesinos realizan acuerdos con grandes empresarios, que los conllevan a su proletarización.

Las iniciativas del Gobierno y de la Unidad Nacional en materia de restitución, si bien estuvieron dirigidas a cumplir por una parte la orden de la Corte Constitucional dictada en el Auto 008 de 2009 sobre la obligación del gobierno de crear un mecanismo jurídico que facilitara la restitución de bienes, su enfoque tiene enormes diferencias en

relación al de las organizaciones de víctimas, en la medida en que no busca atender los conflictos que originaron el despojo y el abandono forzado, no entra a cuestionar el modelo de desarrollo rural, ni la concentración de la propiedad sobre la tierra, ni se preocupa por garantizar desde las instancias nacionales los mecanismos que permitan el retorno de las víctimas a sus lugares de origen. Su *illusio* es crear un mecanismo que permita brindar seguridad jurídica a la inversión extranjera y la articulación de los bienes restituidos a lo que se denomina como modelos productivos rentables, de allí que el objetivo de la política de restitución no sea lograr el retorno de las y los desplazados. Sobre este aspecto el Polo Democrático Alternativo planteó durante el debate de la ley que dicho propósito se ajusta a las exigencias del Banco Mundial para Colombia, quien dentro de las recomendaciones hechas al país en materia de tierras ha expresado, que para lograr un uso eficiente de la tierra deben brindarse mecanismos que permitan la movilidad de los derechos de propiedad, de tal manera que puedan ser más productivas con usuarios más eficientes⁶⁸. En Colombia se requiere sanear los títulos fraudulentos ocasionados por el conflicto armado de tal manera que puedan circular libremente en el mercado de tierras, sin que se genere ningún temor por parte de la inversión extranjera de encontrarse a futuro con un problema de seguridad jurídica frente a las inversiones realizadas en el país.

⁶⁸ Jorge Enrique Robledo, *El gobierno ha faltado a la verdad: no se ha restituido una sola hectárea de tierra. La restitución como cortina de humo a las peores políticas agrarias*, tomado en línea, Bogotá, 29 de mayo de 2012 <http://moir.org.co/El-gobierno-ha-faltado-a-la-verdad.html>

1.3. Naciones Unidas

Para Naciones Unidas la ley de víctimas y de restitución de tierras significó un avance histórico, un nuevo horizonte para Colombia en la búsqueda de la paz y la reconciliación, entendiendo que los derechos de las víctimas son la base para la superación del conflicto armado; que si bien no es perfecta, es lo posible, fruto de un consenso político.

Frente al proyecto de ley hubo en especial 5 mensajes recurrentes: la necesidad de que la norma garantizara el derecho a la igualdad, en especial de las víctimas de agentes del Estado; la necesidad de diferenciar las medidas de reparación de las medidas de asistencia social y de asistencia humanitaria; la importancia de trabajar medidas que desarrollaran al interior de la norma el enfoque diferencial, especialmente hacia las mujeres, niños y niñas; la importancia de abrir espacios de participación hacia las víctimas en la formulación de la ley; y finalmente frente a la restitución, si bien se señalaron varias recomendaciones específicas que a continuación se señalan, el mensaje se centró en la urgencia de garantizar desde la ley un sistema de protección reforzada hacia las víctimas de despojo y abandono forzado de tierras, así como de los operadores judiciales y administrativos que trabajarían en la materia.

El carácter de las recomendaciones realizadas en torno a la restitución fueron bastante amplias, desde la necesidad de enmarcar la restitución de tierras dentro de un modelo de desarrollo rural incluyente y equitativo⁶⁹⁷⁰; la importancia de generar apoyos

⁶⁹ En la Audiencia Pública celebrada en la Cámara de Representantes el 21 de octubre de 2010, Cristian Salazar representante de la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas, afirmó: “El tema de la tierra es de importancia crucial, en primer lugar es fundamental implementar las prorrogables medidas de

pos restitución, la tarea pendiente de garantizar la restitución de bienes muebles⁷¹, hasta recomendaciones detalladas sobre el procedimiento de carácter mixto establecido en la norma para lograr la restitución⁷². Sin embargo su gran apuesta fue el tema de protección, la cual fue parcialmente acogida por los legisladores. Sobre este particular plantearon:

“(…) Quiero hacer un llamado al Estado colombiano para que adopte urgentemente una política y un programa de protección integral como parte del proceso de restitución de restitución, que justamente se plantean con un enfoque de inversión de la carga de la prueba para las víctimas de despojo; en segundo lugar, es indispensable complementar esas medidas con una reforma rural integral, que garantice un nuevo modelo de desarrollo incluyente. De otra forma, habría riesgo que el problema de despojo volviera a presentarse en el futuro”.

⁷⁰ El informe sobre desarrollo humano del PNUD de 2011, precisamente planteó este aspecto, centrando este informe en el desarrollo Rural y tierras, informe dirigido por Absalón Machado.

⁷¹ La Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los DDHH en su Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en 2009 indicó: “Podría ayudar a colmar los vacíos en los procesos de reparación judicial y administrativa, incorporar mecanismos de restitución de bienes muebles e inmuebles, incluyendo tierras transferidas a terceros o testaferros, y considerar la reparación por violaciones de derechos sociales, económicos y culturales, explicitando atención diferencial por edad, etnia y género.” Adicionalmente en la declaración de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras del 7 de junio de 2011 se afirmó: “La puesta en marcha de la restitución de tierras es un reto inmenso que se debe abordar de manera coherente con el marco general de reparaciones, sin olvidar la necesidad de restituir también los bienes muebles”.

⁷² Frente al procedimiento se dieron recomendaciones específicas como: 1. La importancia de mantener la inversión de la carga de la prueba y las presunciones legales y de derecho a favor de las víctimas dentro del proceso de restitución, 2. Garantizar una segunda instancia en el proceso de restitución, y 3. La posibilidad de que existiera acumulación de procesos; entre otros.

tierras (...) Este programa podría incluir, entre otros, cuatro componentes: medidas de seguridad pública; apoyo político, técnico y financiero a las comunidades y a las organizaciones de víctimas y de campesinos; evaluaciones de riesgo a nivel local, elaboradas conjuntamente entre organizaciones estatales y no estatales; y acciones para obtener un amplio apoyo social para la defensa del derecho a la tierra” (Sin autor, Día internacional...)

Llama la atención que desde Naciones Unidas no le hayan dado el mismo alcance y el mismo énfasis a otras de sus propuestas, como la necesidad de generar apoyo pos restitución y de restituir bienes muebles, en este tipo de aspectos su voz fue tímida, teniendo en cuenta el valor del capital cultural, social y político con el que cuentan. En general en el discurso de Naciones Unidas desde el principio hasta el final de la aprobación de la ley 1448 de 2011 siempre primó el reconocimiento al Gobierno y a los legisladores por su voluntad de sacar adelante la iniciativa, así se ratificó en el momento de la sanción de la ley, ceremonia en la que participó directamente el Secretario General, señor Ban Ki Moon.

1.4. Ministerio Público

El discurso del Ministerio Público sobre el tema específico de restitución de tierras fue bastante limitado, si bien durante los debates tuvo mayor presencia la Defensoría del Pueblo en comparación con la Procuraduría, sus representantes se limitaron a señalar algunos aspectos que consideraban contrarios a la carta política, en general no fueron propositivos, y no utilizaron su capital cultural y social para conseguir que se acogieran sus observaciones.

Los principales aspectos a revisar señalados por la Defensoría fueron: En primer lugar la potencial exclusión del universo de víctimas de quienes han sido victimizados por parte de las mal denominadas bandas criminales. A partir del trabajo con población desplazada y del trabajo realizado por el Sistema de Alertas Tempranas a cargo de esta entidad, se concluye que estos grupos no son delincuencia común, que tienen un control territorial, gran capacidad de generar violencia, y que funcionan como verdaderas estructuras armadas al margen de la ley. Aspecto que finalmente no fue tenido en cuenta por los legisladores. Llama la atención el silencio de la Defensoría frente a la reducción del universo de víctimas de restitución por el factor temporal.

En segundo lugar se opuso a una disposición que ordenaba la suscripción de un acuerdo por parte de quienes quisiera retornar, en el que debían comprometerse a permanecer en dicho lugar al menos cinco años, requisito necesario para que se les brindara la atención por parte del Estado. Este aspecto fue rechazado por varios legisladores, lo que llevó a su retiro por parte del Gobierno.

Por último ante algunos casos de asesinato a líderes reclamantes de tierra que se produjeron durante el trámite de la ley, el Defensor se pronunció manifestando que el Estado Colombiano debería adoptar medidas efectivas para la protección de las personas reclamantes de tierras.

Por su parte la Procuraduría General de la Nación, quien solo asistió en una oportunidad al Congreso durante el trámite de la ley, hizo énfasis en tres aspectos relacionados con la restitución de tierras que debían corregirse: 1. La urgencia de brindar garantías de participación a las víctimas; 2. Reconocer la diferenciación entre la realización de derechos sociales y las medidas de reparación, salvo que estos tengan un elemento y un carácter que les permitan considerarse como reparación; y 3. observaciones sobre vacíos

del procedimiento dispuesto para la restitución de tierras, los cuales podrían llegar a generar fallas en la garantía del debido proceso.

2. Principales tensiones entre los actores

Los puntos más controvertidos, o que generaron mayor reparo especialmente entre las organizaciones de víctimas y de derechos humanos se encuentran cuatro aspectos consistentes en la reducción del universo de víctimas, la creación de mecanismos dirigidos a impedir la restitución material de las tierras, ausencia de restitución patrimonial y la imposición de la sanción de la pérdida de los derechos a la restitución por la utilización de vías de hecho.

2.1. Reducción del universo de víctimas

Si bien durante la discusión de la ley 1448 de 2011 en el Congreso no tuvo repercusión las propuesta lideradas por el ala uribista del Congreso dirigidas a dar un tratamiento distinto o de excluir a las víctimas de agentes del Estado⁷³, si prosperaron otro tipo de propuestas que redujeron el universo de víctimas, relacionadas con: un límite temporal de los hechos victimizantes, la exclusión de tenedores, la exclusión de las víctimas de la delincuencia común y la exclusión de víctimas por fuera del conflicto armado, los cuales impactaron el reconocimiento general de las víctimas de despojo y de abandono forzado.

⁷³ Es importante mencionar que el proyecto de ley 085 de 2010 en su versión inicial contemplaba únicamente como beneficiarios de la restitución a quienes hubieran sido despojadas u obligadas a abandonar sus tierras como consecuencia directa de hechos ocurridos por actos generalizados de violencia armada ilegal expresamente reconocidos en procesos de justicia y paz. Disposición con la que automáticamente se excluía a las víctimas de agentes del Estado, ya que dicho instrumento normativo solo se refiere a las víctimas de actores armados al margen de la ley.

El primer aspecto fue la delimitación temporal para efectos del reconocimiento de quienes son titulares del derecho a la restitución. Ya desde la ponencia para primer debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes se estableció que únicamente serían reconocidas como tal quien hubiese sufrido el despojo o el abandono forzado a partir del 1 de enero de 1990. Fecha que se redujo aún más en la ponencia para segundo debate, llevándola hasta el año de 1993 y estableciendo como límite el 1 de enero de 2011. En la exposición de motivos de dicha ponencia se afirmó que el cambio se producía porque:

En “dicho año el Estado colombiano asumió la existencia de una confrontación armada y fue expedida la primera Ley de Orden Público que conoce el país, que convirtió en permanentes varios de los 60 decretos que el Gobierno había adoptado en uso de las facultades de conmoción interior. Esta ley, marca el inicio de una lucha frontal contra los grupos armados al margen de la ley y, por ende, de un escalamiento de la confrontación bélica interna en el país.

Esta modificación se produjo en realidad en una reunión el día anterior en la Casa de Nariño, en donde algunos congresistas de la Unidad Nacional presionaron la delimitación temporal del universo de víctimas argumentando que de no hacerse se ponía en riesgo la sostenibilidad fiscal. El año de 1993 fue propuesto por el entonces presidente del partido liberal, Rafael Pardo (hoy Ministro de trabajo), en realidad sin ningún criterio, lo que llevaría con posterioridad a sus propios copartidarios (Rivera y Cristo) a trabajar en su modificación. Las organizaciones de víctimas y de DDHH plantearon que la fijación de la fecha era arbitraria, pues se dejaba por fuera las primeras masacres del paramilitarismo, se desconocía el exterminio de la Unión Patriótica y los magnicidios perpetrados a finales

de la década del ochenta, principios de los años noventa⁷⁴, se dejaba por fuera la toma y retoma del palacio de justicia, y se desconocían los desplazamientos que se produjeron antes 1993. Adicionalmente el tope impuesto para efectos de la restitución a 1 de enero de 2011 negaba la continuidad del despojo y del abandono forzado de tierras, el cual no cesará hasta que no se termine el conflicto armado.

Durante el debate en plenaria de la Cámara a pesar de existir una proposición firmada por más de 80 congresistas que apoyaba el cambio de fecha para iniciar el reconocimiento de las víctimas desde 1984, el Ministro Restrepo sostuvo que en materia de restitución de tierras no era posible reconocer el derecho a las víctimas anteriores a 1991, porque una decisión en sentido contrario desconocería la seguridad jurídica de quienes han adquirido bienes a través de la prescripción adquisitiva de dominio. Declaración que produjo un fuerte respaldo del partido conservador y del partido de la U, con lo que argumentando públicamente hacerle un tributo a la constitución de 1991 se aprobó esta fecha, como el momento a partir del cual se reconocería el universo de víctimas. Decisión que produjo el retiro de la bancada del Polo Democrático Alternativo de la Plenaria.

Ya en Senado, durante el debate en Comisión Primera, se introdujo la idea de dar un tratamiento diferente a las víctimas de acuerdo con el tipo de victimización sufrida. Así tendría acceso a todas las medidas de la ley quienes fueron despojados u obligados a abandonar sus tierras después del 1 de enero de 1991 hasta que terminara la vigencia de la ley (diez años después de su aprobación), y podrían acceder a las medidas de la ley con excepción del derecho a la restitución, quienes sufrieron violación a sus DDHH con posterioridad a 1986. Durante la discusión nuevamente el tema fue álgido y al finalizar el

⁷⁴ Luis Carlos Galán en 1989, Rodrigo Lara Bonilla en 1984, Jaime Pardo Leal 1987, Carlos Pizarro 1990, Bernardo Jaramillo 1990, entre otros.

tercer debate se estableció como fecha para que las víctimas accedieran a todas las medidas de la ley con excepción de la restitución la fecha de 1985⁷⁵. Así finalmente fue aprobada la ley⁷⁶.

El segundo aspecto que limitó el universo de víctimas fue la exclusión de los tenedores. Si bien inicialmente en el proyecto radicado por el Gobierno y durante la discusión en la Cámara de Representantes se reconocía como titulares del derecho a la restitución a las personas que habían sido propietarias, poseedoras, tenedoras u ocupantes de tierras, y habían sido despojados u obligados a abandonar su tierra, en Senado (desde la ponencia para tercer debate) se les excluyó, aspecto que fue duramente criticado por las organizaciones de víctimas y de DDHH, por controvertir los estándares internacionales en la materia, específicamente los denominados principios Pinheiro.

En tercer lugar está la exclusión de víctimas de delincuencia común, aspecto que se produjo a partir de la ponencia para segundo debate. Elemento preocupante no solo para las organizaciones de víctimas sino también para algunas instituciones como la Defensoría del Pueblo, fundamentalmente porque a través de esta expresión bajo la interpretación del Gobierno, quien afirma que en Colombia ya no existen paramilitares pues se habrían

⁷⁵ Se dispuso adicionalmente que quienes hubiesen sufrido el hecho victimizante con anterioridad a 1985 también serían reconocidas como víctimas, sin embargo solo tendrían derecho a la verdad, a la reparación simbólica y a las garantías de no repetición.

⁷⁶ Sobre el particular es importante anotar que incluso el gremio de Ganaderos Fedegan se pronunció manifestando que debería reconocerse a las víctimas desde el año de 1964, fecha en la que nació la guerrilla de las FARC.

http://portal.fedegan.org.co/pls/portal/docs/PAGE/FNG_PORTLETS/NOTICIASYCOMUNICADOS/BOLETINESDEPRENSA/BOLET%CDN%20LEY%20DE%20VICTIMAS_0.PDF

desmovilizado, sino bandas criminales dedicadas al narcotráfico, se podría dejar por fuera a las víctimas de despojo u abandono forzado causadas por estos grupos.

En cuarto lugar está la exclusión de quienes no sufrieron el hecho victimizante con ocasión del conflicto armado. Aspecto que reduciría el reconocimiento de quienes han sido desplazados como consecuencia de hechos como disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, de acuerdo con la definición de desplazamiento forzado de la ley 387 de 1997⁷⁷. El reconocimiento del conflicto armado fue otro aspecto muy controvertido, el cual si bien fue incluido en la primera ponencia, desapareció en la segunda y volvió a aparecer durante la ponencia para cuarto debate, para este momento su consagración tocó las fibras del uribismo, para quienes esta expresión podría estar dándole estatus político a las guerrillas, razonamiento consecuente con la negación del conflicto armado durante más de ocho años durante el gobierno de Uribe Vélez.

2.2. Mecanismos dirigidos a impedir la restitución material de las tierras

La existencia de terceros de buena fe exenta de culpa en los negocios jurídicos en los que está involucrada tierra despojada u abandonada en nuestro país, es un tema complejo de regular, ya que algunos sectores de la sociedad ponen en duda su existencia,

⁷⁷ Artículo 1º.- *Del desplazado*. Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar entro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público.

no obstante debido a la duración del conflicto en el país, es razonable buscar una fórmula dirigida a proteger sus derechos. Esta fue una de las preocupaciones centrales en las que trabajó el Gobierno, en compañía de la Unidad Nacional, y en especial con el partido conservador. En palabras del Ministro de Agricultura:

(...) La filosofía que inspiró al Gobierno en la preparación de estas normas quiere ser muy especialmente cuidadoso de los derechos adquiridos de buena fe exenta de culpa en las cadenas de transacciones que se hubieran presentado; este no es un proyecto que realmente sea válido presentarle el reproche de que está vulnerando el Estado de derecho o el principio del derecho de la propiedad, y por eso el proyecto prevé que cuando se establezca un juicio de estos tendientes a que el juez agrario le restablezca el derecho real conculcado sobre los predios a la víctima despojada, si en el entre tanto apareciere un tenedor de buena fe exento de culpa en las cadenas de transacciones que se pueden haber presentado en estos últimos 15 o 20 años, entonces el Estado colombiano le reconocerá a ese tenedor de buena fe exento de culpa el valor del predio que se le está restableciendo al original despojado, valorado o tasado a los precios comerciales vigentes al momento al que el Juez Agrario restablezca el título de propiedad al despojado de la tierra.⁷⁸

No obstante durante la discusión de todo el proyecto de ley además de las compensaciones se utilizaron 3 figuras dirigidas a proteger a juicio de la autora de manera desproporcionada y contraria a los derechos de las víctimas de despojo y abandono forzado de tierras, los derechos de los denominados terceros de buena fe. Desproporcionadas

⁷⁸ Intervención Ministro de Agricultura durante el primer debate en el Congreso del proyecto de ley, En: Congreso de la República, *Acta número 32 de 2010 Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes*, Gaceta 98 de 2011, 17 de noviembre de 2010.

porque su aplicación trae como consecuencia la imposibilidad de garantizar a las víctimas de despojo y abandono la restitución material de los predios en donde existan proyectos agroindustriales, mecanismo con el que incluso se podrían estar beneficiando a los responsables del despojo.

La primera figura que se utilizó al inicio de la discusión, consistió en proponer la suspensión de la entrega del bien restituido cuando existieran frutos pendientes de un opositor o un tercero de buena fe, caso en el cual el bien no se entregaría hasta tanto no se hubiesen recogido los frutos. La norma no especificaba que clase de frutos, con lo que perfectamente se podía suspender la entrega durante 20 o 30 años, que es el plazo aproximado de recolección de los frutos de cultivos de tardío rendimiento. Durante el primer debate en la Cámara de Representantes se calificó la aplicación de esta medida, estableciendo que esto se daría solo si el tercero podía demostrar su buena fe exenta de culpa.

La segunda figura que entró a remplazar la “suspensión de la entrega del bien” fue el derecho real de superficie, la cual se introdujo en el tercer debate. De acuerdo con esta figura, el derecho surgiría solo en los bienes objeto de restitución en los que se encontraran sistemas de producción agrícola, pecuaria, forestal o agroforestal y/o plantas de procesamiento y transformación de materias primas. De acuerdo con este derecho, su titular tendría la facultad de usar, gozar y disponer de los sistemas de producción que hubieran levantado sobre el predio restituido por un tiempo determinado, apropiándose de los frutos y productos que estos generaren, con cargo de pagar al nudo propietario una renta, y de entregar el predio una vez cumplido el plazo o la condición, junto con las construcciones y plantaciones que sobre él se hubiesen establecido. En estos casos los titulares del derecho real de superficie serían el Fondo de la Unidad de Restitución de

Tierras Despojadas, o los opositores de buena fe que hubieran establecido los sistemas de producción, según el caso. En palabras del Ministro Restrepo:

¿De qué se trata?, supongamos que hace veinte años se le despojó a un campesino (...), de una tierra que en ese momento no tenía ningún cultivo permanente encima. Posteriormente ya sea en manos del despojador, ya sea en manos de sus testaferros o ya sea en manos de un tenedor de buena fe exento de culpa, ese predio (...) que originalmente fue despojado por llamarlo de alguna manera, como tierra pelada, después fue objeto por algunas de estos tres estamentos que he mencionado, de un desarrollo económico. Y sobre esa superficie originalmente despojada en donde no había nada, después terminó habiendo algún cultivo, que a menudo en agricultura esos cultivos o algunos de ellos terminan valiendo más que la tierra (...).

Entonces (...) El proyecto de ley (...) dice: Además de restituirle la tierra (a la víctima), ese emprendimiento que es la conjunción o la sumatoria del suelo y del vuelo forestal o del vuelo agrícola, si fue restituido y estaba en manos cuando opere la acción jurídica de restitución, de un despojador, o de un testaferro de este, o de un tenedor que no logre acreditar la buena fe exenta de culpa, entonces esa empresa conformada por suelo y vuelo se otorga o pasa su propiedad al Estado, a la unidad de restitución de tierras.

Si estaba en manos de un tenedor de buena fe exento de culpa, (...) alguien que tuvo que haber aportado pruebas en el proceso de que era tenedor de buena fe exento de culpa, es decir, alguien que por las cadenas de transacciones que perfectamente se pueden haber dado en esta década, o en las dos décadas anteriores, termino, hizo el emprendimiento, entonces ya sea bajo la figura del usufructo o ya sea bajo la figura del derecho económico de superficie, entonces se le dice al restituido, se dice: Aquí tiene su tierra y el juez valorará mediante criterios técnicos, cuál es la cuota parte que a usted le corresponde en esa unidad conformada de suelo y ahora de unidad económica que se quiere que no decaiga, que no desmerezca, que no se deteriore. Y entonces se calculará una cuota parte, y el restituido

tendrá entonces la opción de o bien decir, yo prefiero que me den un lote, una tierra equivalente a la que me quitaron, o bien dirá, yo me quedo con mi cuota parte, con mi alícuota en el conjunto llámese usufructo de derecho de superficie.

De esta manera lo que se quiere es de una parte preservar desde luego el derecho principal que es el despojado, pero al mismo tiempo (...) no se estropeen emprendimientos agropecuarios que pueden ser muy valiosos desde el punto de vista social (...)⁷⁹

Debido a la discusión que provocó la inclusión de esta figura, especialmente por objeciones presentadas por integrantes de los partidos: Polo democrático, Liberal y Verde durante el debate en Comisión primera de Senado, el Ministro Restrepo retiró esta propuesta⁸⁰, no obstante en la ponencia para el último debate se incluyó la última figura: los contratos de uso del predio restituído, figura actualmente vigente en la ley 1448 de 2011 (Art.99)

Cuando existan proyectos agroindustriales productivos en el predio objeto de restitución y con el propósito de desarrollar en forma completa el proyecto, el Magistrado que conozca del proceso podrá autorizar la celebración de contratos de uso entre las víctimas, y el opositor de buena fe exenta de culpa que estuviera desarrollando el proyecto productivo, quien le reconocería a la víctima su derecho de dominio. Así mismo en los casos en los que no se pruebe la buena fe exenta de culpa, el Magistrado entregará el

⁷⁹ Intervención del Ministro de Agricultura durante el tercer debate del proyecto de ley. En: Congreso de la República, *Acta número 47 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República*, Gaceta 294 de 2011, , 14 de abril de 2011.

⁸⁰ A pesar de haber sido retirad esta figura de la ley 1448 de 2011, ya se encuentra incluida dentro del proyecto de ley que se espera radicar en la siguiente legislatura denominado Ley Integral de Tierras y Desarrollo rural.

proyecto productivo a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas para que lo explote a través de terceros y se destine el producido del proyecto a programas de reparación colectiva para víctimas en las vecindades del predio, incluyendo al beneficiario de la restitución.

En conclusión, en aquellos casos en los que se produjo un reordenamiento del territorio a través de la implementación de proyectos agroindustriales (especialmente palma de aceite, teca y caucho), aprovechando el desplazamiento de las víctimas, el Estado desconoce el derecho a la restitución material.

Estas figuras fueron tal vez uno de los aspectos más objetados por parte de las organizaciones de víctimas, quienes consideran que su utilización hace nugatorio su derecho a la restitución, favoreciendo a los beneficiarios de su desplazamiento, en la mayoría de ocasiones directamente involucrados con el mismo.

2.3. Ausencia de restitución patrimonial/restitución de vivienda a través de subsidios

Como se mencionó una de las principales demandas de las organizaciones de víctimas a lo largo del debate fue la necesidad de ampliar el proceso de restitución de tal manera que se incluyera la restitución del patrimonio perdido, apoyándose principalmente en las disposiciones contenidas en los denominados principios Pinheiro. Pese a esta demanda desde el inicio el mecanismo jurídico creado para la restitución estuvo enfocado a la restitución de tierras (ver proyecto de ley 085 de 2010 Cámara, el cual se denominaba “Normas transicionales para la restitución de tierras”).

Si bien durante la ponencia para primer debate hasta el texto finalmente aprobado se incluyó un artículo en el que se establece que la restitución es “la realización de medidas para el restablecimiento de la situación anterior a las violaciones contempladas en el

artículo 3 de la ley”, el procedimiento diseñado para acceder a la misma siempre estuvo limitado a la restitución de tierras. En este caso a pesar de existir un derecho no se dispuso de un mecanismo que permita hacerlo efectivo.

Solo el Polo Democrático Alternativo a través del Representante Cepeda a través una constancia que radicó durante el primer debate en el Congreso presentó una propuesta de articulado en donde se contemplaba un mecanismo dirigido a lograr la restitución de los bienes muebles e inmuebles, rurales y urbanos. Lamentablemente por la dinámica del debate esta propuesta no pudo ser debatida (eran demasiados los puntos a debatir en todo el proyecto de ley). Y en el Senado si bien esta propuesta fue retomada en la ponencia alterna presentada para cuarto debate al establecer una definición sobre reintegración del patrimonio (art. 81), no se incluyó un mecanismo para lograr tal propósito, con lo que su consagración terminó siendo retórica.

De manera igualmente contraria a las demandas de las víctimas, de las organizaciones de DDHH e incluso de Naciones Unidas, se estableció como mecanismo para la restitución de vivienda el acceso al subsidio de vivienda, mecanismo que no es una medida de reparación, sino que se inscribe en el desarrollo de las obligaciones del Estado Colombiano frente al cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales.

2.4. Prohibición de medidas de hecho para exigir la restitución

Durante el cuarto debate de la ley, cuando faltaban pocos minutos para terminar su votación final se introdujo por parte del partido de la U, a través de Roy Barreras, quien acogiera la solicitud de Fedegan (gremio ganadero)⁸¹, la proposición de un artículo nuevo,

⁸¹ “El Presidente de Fedegán resaltó igualmente algunos componentes de la ley propuestos por el gremio dentro del proceso de debates del proyecto. Fuimos escuchados por el senador Roy Barreras principalmente -a él nuestro reconocimiento-, sobre la necesidad de neutralizar la tendencia a la ocupación

la cual daría origen al actual art. 207, en el que se consagra que, quien demande la condición de víctima utilizando las vías de hecho para invadir, usar u ocupar un predio del que pretenda restitución o reubicación, sin que su situación jurídica haya sido resuelta, perderán los beneficios de la restitución. Proposición que fue votada afirmativamente por los Congresistas, sin ningún tipo de reparos⁸².

Para la época en que se votó el último debate del proyecto de ley, en el país se estaban dando dos casos en donde campesinos ingresaron a tierras objeto de litigio, uno en Urabá y otro en el sur de Bolívar, como mecanismos para llamar la atención sobre su difícil situación.

Esta sanción desproporcionada ha sido fuertemente cuestionada por las organizaciones de víctimas no solo por considerar las vías de hecho un mecanismo en el marco del derecho a la protesta social, sino también porque en muchas ocasiones su utilización ha sido la única salida para lograr soluciones a sus exigencias.

Durante la discusión de la ley existieron muchos más aspectos que fueron cuestionados por las organizaciones de víctimas y sus aliados/as, no obstante éstos cuatro elementos reflejan con claridad la tensión existente en el campo. Si bien algunas de las propuestas de las organizaciones de víctimas fueron acogidas durante la discusión de la ley, las diferencias presentes en el enfoque de las organizaciones de víctimas y en el del Gobierno en conjunto con la Unidad Nacional fueron en su estructura inalterables. El único elemento

de tierras por las vías de hecho, que ya se estaba presentando en algunas regiones del país”
http://portal.fedegan.org.co/pls/portal/docs/PAGE/FNG_PORTLETS/NOTICIASYCOMUNICADOS/BOLETINESDEPRENSA/BOLET%20CDN%20LEY%20DE%20VICTIMAS_0.PDF

⁸² Congreso de la República, *Acta número 56 de 2011 Plenaria Senado de la República*, Gaceta 469 de 2011, 24 de mayo de 2011.

del enfoque de las víctimas que este Gobierno reconoció y defendió fue el derecho a la igualdad entre las víctimas, lo que implicó reconocer a las víctimas de agentes del Estado en la formulación de la ley casi que en igualdad de condiciones⁸³.

⁸³ En relación a la indemnización de las víctimas la norma consagró en su artículo 132 que el Ministerio de Defensa puede solicitar al Comité Ejecutivo la revisión del otorgamiento de determinada indemnización. Disposición que potencialmente puede afectar a las víctimas de agentes del Estado.

CAPÍTULO III

DISCURSO QUE PREVALECIÓ Y SU ADECUACIÓN AL CONTENIDO

MATERIAL DE LA CONSTITUCIÓN

En este capítulo se presenta una síntesis de los principales aspectos que fueron aprobados en la ley 1448 de 2011 en materia de restitución, analizando cuál fue el discurso que se impuso en el campo jurídico, quien acumuló capital jurídico, y la adecuación de las normas aprobadas a los estándares constitucionales en materia de reparación.

1. Contenido de las disposiciones aprobadas en la ley 1448 de 2011 en materia de restitución, y discurso que prevaleció

La ley 1448 de 2011 en el marco de lo que denominó como justicia transicional civil creó un procedimiento especial con una vigencia de 10 años para la restitución de tierras despojadas (a través de medios violentos, negocios jurídicos, actos administrativos, y sentencias) o abandonadas con ocasión del conflicto armado, para aquellos casos en los que se produjo despojo o abandono forzado a partir de 1991 (Capítulo II del Título IV; artículo 75).

La acción de restitución es procedente para los propietarios y poseedores de tierras, y para ocupantes de terrenos baldíos cuya propiedad se pretenda adquirir por adjudicación (Art. 75).

El procedimiento aprobado está compuesto por una etapa administrativa y una etapa judicial, las dos a cargo de una nueva institucionalidad, la Unidad Administrativa de Gestión de restitución de Tierras, entidad adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y por los jueces de restitución, en los casos en los que no haya oposición de terceros

conocerán jueces civiles de circuito especializados en restitución de tierras, y cuando haya oposición resolverán Magistrados de Tribunales Superiores de Distrito Judicial sala civil especializados en restitución de tierras .

Durante la primera etapa una vez las víctimas realicen la solicitud de restitución, la cual puede ser colectiva si hay vecindad en los predios objetos de la restitución (Art.82) - aspecto propuesto por las organizaciones de víctimas-, o la Unidad inicie de oficio el procedimiento, esta entidad acopiará pruebas de despojo y abandono forzado, identificará el bien y la relación jurídica de la víctima con la tierra, información que tendrá en cuenta para inscribir o no a las víctimas en el Registro de Tierras Presuntamente Despojadas o Abandonadas Forzadamente (Art.105), el cual se irá creando de manera gradual y progresiva atendiendo a las condiciones de seguridad, densidad histórica del despojo y condiciones para el retorno (art. 76). La inscripción en este registro es requisito de procedibilidad para acudir a los jueces de restitución (Art.76).

Una vez la víctima esté inscrita en el registro, directamente, a través de apoderado, o a través de la Unidad de Restitución presentará demanda ante los jueces quienes en un trámite de cuatro meses establecerán si existió o no despojo u abandono forzado. Para ello aplicará varias reglas procedimentales a favor de las víctimas, en primer lugar deberá aplicar presunciones legales y de derecho a través de las cuales se presume el despojo si se está inmerso en alguna de las situaciones descritas en ellas (Artículo 77), y en segundo lugar se aplica la inversión de la carga de la prueba, con la que se traslada el deber de probar la adquisición lícita de la tierra a quien dentro del proceso se presenta como opositor de la restitución.

El tiempo que estuvo desplazado/a se sumará para cumplir con el término para lograr la prescripción adquisitiva de dominio. También se valdrá como tiempo en el que se estaba ejerciendo la ocupación de baldíos, para efectos de su adjudicación (Art. 74).

Cuando la restitución jurídica o material es imposible⁸⁴ o cuando por estar en riesgo la vida de los despojados, procederá la compensación, primero en especie, y si no es posible en dinero (Art.72 y 74).

En la sentencia el juez deberá dar las órdenes necesarias para garantizar la efectividad de la restitución jurídica y material del bien inmueble y la estabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos de las personas reparadas (art. 91 literal p).

Cuando sobre el predio objeto del litigio existan terceros que demostraron su buena fe exenta de culpa dentro del proceso serán compensados por el fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras (Art. 98), compensación que no podrá ser mayor al valor del bien inmueble. No obstante en aquellos casos en donde existan proyectos agroindustriales productivos con el fin de desarrollar el proyecto el juez podrá autorizar la celebración de un contrato de uso entre el tercero de buena fe exenta de culpa y la víctima, a través del cual el tercero podrá seguir usando el bien, reconociendo la titularidad del dominio de la víctima y de una retribución económica. En caso de que el tercero no pruebe su buena fe exenta de culpa el juez entregará el proyecto productivo a la Unidad de Gestión de Restitución para que lo explote a través de terceros y el producido se

⁸⁴ De acuerdo con el artículo 97 esto ocurre: Por tratarse de un inmueble ubicado en zona de alto riesgo o amenaza de inundación, derrumbe u otro desastre natural; por haberse presentado sobre el bien despojos sucesivos y dicho predio ya hubiese sido restituido a otra víctima; cuando la restitución implique un riesgo para la vida o integridad personal de la víctima o su familia; se trate un bien inmueble destruido parcial o totalmente y sea imposible su reconstrucción.

destine a programas de reparación colectiva para víctimas de la vecindad del predio, incluyendo al beneficiario (Art.99).

Pasados cinco días de quedar en firme la sentencia será la policía quien realice el desalojo pertinente para materializar la entrega a la víctima, quien no podrá transferir el bien durante dos años a partir de la sentencia.

En materia de sanciones, la ley consagra que la víctima que utilice las vías de hecho para invadir, usar u ocupar un predio del que presuntamente fue despojado o tuvo que abandonar de manera forzada, sin que haya culminado el proceso de restitución, perderá su derecho a recuperar dicho bien (art. 207).

Adicionalmente la norma crea una nueva sanción penal para quienes logren inscribirse en el registro de tierras despojadas y abandonadas alterando o simulando deliberadamente las condiciones requeridas para tal fin; a quienes presentan solicitud de restitución sin tener la calidad de despojado, y a quienes se presenta como opositores a través de medios fraudulentos, en todos estos casos la sanción será entre 8 y 12 años de prisión. En pena de 10 a 20 años incurrirá el servidor público que teniendo conocimiento de dicha situación inscribe a tales personas en el registro de bienes despojados y abandonados (Art.120).

Por último quienes acudan al proceso y confiese la ilegalidad de los títulos o el despojo de tierras se harán beneficiarios en el proceso del principio de oportunidad del código de procedimiento penal (Art.120)

Sobre la restitución de vivienda la norma establece que quienes han sido afectadas por despojo, abandono, pérdida o menoscabo tendrán prioridad y acceso preferente a programas de subsidios de vivienda en las modalidades de mejoramiento, construcción en

sitio propio y adquisición de vivienda por el Estado, sin perjuicio de que el victimario sea condenado a la construcción, reconstrucción o indemnización (Art.123).

En conclusión la ley 1448 de 2011 reconoció legalmente el derecho que le asiste a las víctimas a la restitución de la tierra, estableció un mecanismo tendiente a recuperar estos bienes despojados y abandonados de manera forzada, y creó una nueva institucionalidad por fuera de otras instituciones que han estado vinculadas al despojo. No obstante si se analizan estos aspectos conjuntamente con: la inclusión de figuras dirigidas a proteger de manera desproporcionada los derechos de los denominados terceros de buena fe, quienes pueden calificarse como beneficiarios del despojo; la exclusión de una parte importante del universo de víctimas; la usencia de una política fuerte de retorno; la inclusión de sanciones desproporcionadas a las víctimas; y la inclusión de medidas que favorecen la impunidad hacia los despojadores, -elementos que además de ser contrarios a la constitución tal y como se analizará a continuación- ponen en riesgo la efectividad de la restitución material y del retorno de las víctimas a sus lugares de origen.

El enfoque que prevaleció fue el del Gobierno y la Unidad Nacional, en el que la restitución busca corregir las ilegalidades causadas por el despojo y la protección de derechos individuales sobre las tierras. Quién finalmente acumuló capital jurídico son quienes participaron en lo que ha sido una verdadera reconversión del uso del suelo y de los territorios, aprovechando el desplazamiento de las víctimas, a quienes se les devolverá en el mejor de los escenarios una pequeña parte de su patrimonio, sin que esto modifique sustancialmente su situación actual, ni les permita retomar sus proyectos de vida.

El legislador no abordó la discusión sobre los conflictos que subyacen como causas del despojo, controversias por el control económico, político y militar de los territorios. Aspectos como la concentración de la tierra, así como lo inequitativo que resulta para la

población campesina el actual modelo de desarrollo rural no fueron abordados por la norma, ausencia que finalmente terminó por ser funcional al statu quo.

La ley 1448 de 2011 en su capítulo de restitución “normaliza” el tratamiento favorable a quienes tuvieron la posibilidad de realizar grandes inversiones sobre los territorios despojados luego de los desplazamientos forzados, y disuade a las víctimas de su derecho a la restitución de sus territorios con la devolución formal de una parte de su patrimonio.

2. Nivel de adecuación al contenido material de la Constitución Política

Para analizar el ajuste de la ley 1448 de 2011 al contenido material de la Constitución Política y al Bloque de Constitucionalidad se tendrá como base fundamental la demanda de inconstitucionalidad contra varias disposiciones de la ley relacionadas con el derecho a la restitución, presentada el 3 de febrero de 2011 conjuntamente por numerosas organizaciones de DDHH, de víctimas⁸⁵ y por la oficina del Representante Iván Cepeda Castro, desde donde la autora participó activamente⁸⁶.

⁸⁵ Comisión Colombiana de Juristas CCJ; Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo CCAJAR; Corporación Sisma Mujer SISMA; Corporación Jurídica Yira Castro; Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado, Corporación Sembrar, Asociación Colombiana de Estudiantes Universitarios ACEU, Partido Socialista de los Trabajadores de Colombia; Comisión Intereclesial de Justicia y Paz; Coordinación Nacional de Desplazados CND; Corporación Viva la Ciudadanía VIVA, Mesa Nacional de Víctimas; Asociación Nacional de Mujeres Campesinas e Indígenas de Colombia ANMUCIC; Corporación Reiniciar; Fundación CINEP-Programa por la Paz; Equipo Nacional de Verificación de la Comisión de Seguimiento a la Política sobre Desplazamiento Forzado; Corporación para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, REINICIAR; Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, CODHES; Asociación Nacional de Ayuda Solidaria, ANDAS; Asociación Nacional de Afrocolombianos Desplazados AFRODES; Asociación para el Desarrollo

A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia se ha aplicado la metodología del bloque de constitucionalidad, según la cual se consideran normas constitucionales algunas disposiciones que no están expresamente contenidas en la constitución, atendiendo a cláusulas de remisión expresa contenidas en los artículos 93, 94, 53, 101, y 214. La más importante de ellas está en el artículo 93, la cual expresa:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en la Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)”.

Atendiendo a esta metodología utilizada por la Corte Constitucional colombiana la adecuación de las leyes a la Constitución debe hacerse atendiendo no solo a las disposiciones directamente consagradas en la carta, sino también, a aquellas que conforman el bloque de constitucionalidad. Atendiendo a esta disposición en materia de Integral de la Mujer, la Juventud y la Infancia – Asomujer y Trabajo; Corporación Jurídica Libertad CJL; Movimiento de mujeres Ruta Pacífica de las Mujeres Cauca; Humanidad Vigente Corporación Jurídica; Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos ILSA; Corporación para el Desarrollo del Oriente, Compromiso; Corporación Comunitar; Asociación Colectivo Mujeres al Derecho; Organización Femenina Popular; Fundación Círculo de Estudios Culturales y Políticos; Corporación para la convivencia, la paz y el desarrollo humano sostenible para la Amazonía, Corporación de Desarrollo y Paz del Huila y Piedemonte Amazónico HUIPAZ; y Grupo Género, Educación y Desarrollo de la Universidad del Cauca.

⁸⁶ En la actualidad la demanda está haciendo trámite en la Corte Constitucional en donde tiene como magistrado ponente al Doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

reparación y específicamente en materia de restitución, existen una serie de principios internacionales que son verdaderos estándares internacionales en la materia, los cuales integran el bloque de constitucionalidad colombiano y en consecuencia gozan de valor normativo, siendo parámetro de constitucionalidad. Estos principios son: Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos; los Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas; los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, y los Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos para la Lucha contra la Impunidad.

A continuación se presenta el análisis de las principales disposiciones contenidas en la ley 1448 de 2011 en materia de restitución que resultan contrarias a la carta política.

2.1. Limitación del mecanismo de restitución a las tierras vulnera el derecho a la reparación integral, la obligación de restituir el patrimonio, el derecho a la igualdad y los derechos a la propiedad y la posesión.

Sobre el derecho a la reparación la Corte Constitucional ha aclarado que en Colombia existe el derecho a la reparación de las víctimas, especialmente a partir del bloque de constitucionalidad y de la interpretación que hiciera del artículo 250 de la Constitución, de acuerdo con el Alto tribunal:

4.9.11.1. Del artículo 250 Superior que señala que el Fiscal General de la Nación debe velar por la protección de las víctimas se desprende que la víctima o perjudicado por un delito goza de una protección constitucional. Esta protección, en una interpretación sistemática de la Constitución, en especial del derecho a acceder a la justicia y del bloque

de constitucionalidad, comprende, entre otros, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación⁸⁷.

El derecho a la reparación establece que todas las víctimas de violaciones a los derechos humanos deben recibir una reparación plena, proporcional a la gravedad de la violación y al daño causado, concepto inspirado en el ideal de *restitutio integrum*, lo que implica la obligación del Estado de restituir a la víctima a la situación anterior en la que se encontraba antes de los hechos que causaron la victimización.

Este concepto de reparación es reafirmado por las disposiciones contenidas en los principios internacionales sobre la materia. Los Principios de Joinet actualizados por Diane Orentlicher así lo confirma en el principio 36, al establecer que: “El derecho a reparación debe cubrir la integralidad de los perjuicios sufridos por la víctima”. Por su parte los Principios Van Boven actualizados por Alejandro Salinas afirman que las medidas de reparación deberán ser plenas, efectivas, apropiadas y proporcionales a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso (principio 18).

Sobre la calidad del derecho la reparación y dentro de este el derecho a la restitución la Corte Constitucional ha reconocido de manera expresa que se trata de un derecho fundamental, así lo expreso en la sentencia T-821 de 2007. Ahora bien para conocer el contenido de este derecho de acuerdo a los estándares internacionales es posible acudir a la definición sobre la restitución contenida en los principios Van Boven, los cuales establecen:

“19. La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos

⁸⁷ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-360 de 2007*, MP. Clara Inés Vargas.

humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes”

Los denominados principios Pinheiro reconocen en su Principio No. 2 la restitución de las tierras, la vivienda y el patrimonio como un derecho de los desplazados y refugiados, cuando se les ha privado de manera arbitraria o ilegal, o a que les indemnice cuando sea imposible la restitución.

A nivel nacional, sobre la obligación que pesa sobre el Estado Colombiano, la Corte Constitucional refiriéndose a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, ha manifestando que “(...) el derecho a la reparación y al retorno exige una actuación diligente del Estado en la efectiva recuperación de los bienes que las víctimas del delito se vieron compelidos a abandonar con motivo del desplazamiento, o su equivalente”⁸⁸.

Nótese que en ninguna de las anteriores disposiciones sobre el derecho a la restitución que tienen los despojados y desplazados, y la obligación de restituir que pesa sobre el Estado, se hace una diferenciación o se relativiza la obligación atendiendo a si se trata de bienes muebles o inmuebles de las víctimas, por lo que una diferenciación en tal sentido constituye una fuerte limitación respecto a la reparación del daño causado, y un incumplimiento al deber de reparación integral.

Para verificar si la norma en mención desconoce el derecho a la igualdad (Art.13C.P), es necesario acudir a la aplicación del test de igualdad, para lo cual se

⁸⁸ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-367 de 2010*, M.P. María Victoria Calle Correa

requiere verificar si existen dos tipos de eventos que resultan asimilables con consecuencias jurídicas distintas. Los dos eventos asimilables son los que viven las víctimas que perdieron bienes muebles y las que perdieron bienes inmuebles, específicamente tierras.

El primer paso del test es verificar si la medida que constituye un tratamiento diferente es o no adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente válido. Atendiendo a las discusiones durante la aprobación de la ley 1448 de 2011, los legisladores plantearon que el fin con la restricción planteada era la sostenibilidad fiscal del Estado, ya que no existirían los recursos suficientes para restituir a todas las víctimas el total del patrimonio perdido. Si bien es posible estar o no de acuerdo con dicha premisa, lo cierto es que la sostenibilidad fiscal en nuestro ordenamiento jurídico es un fin constitucionalmente válido, y es verdad que a corto plazo la restricción de los derechos de las víctimas puede proteger las finanzas del Estado.

El segundo aspecto que debe verificarse es si el trato diferente es o no necesario o indispensable, para lo cual debe analizarse si existe otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto. Antes que negar la satisfacción del derecho a la restitución con el argumento de recursos escasos, el estado Colombiano tiene la posibilidad de establecer otros mecanismos que le permitan satisfacer integralmente el derecho a la reparación, estableciendo medidas que aminoren el impacto fiscal, como por ejemplo: disponer medidas como: su satisfacción escalonada en el tiempo, o la asunción de criterios de necesidad y proporcionalidad de acuerdo al daño causado y a la situación de cada víctima, aspectos que permitirían garantizar y sufragar en un tiempo razonable los

gastos que amerita la garantía del derecho a la restitución. Existen otras medidas que permitirían alcanzar el fin constitucional que resulten menos gravosas a las víctimas.

Por último al analizar la proporcionalidad de la medida en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial, se verifica que las consecuencias negativas fruto de la diferenciación son inmensas, no se ven compensadas con las ventajas que se derivan de la aplicación de las normas diferenciadoras; la restricción a la restitución sobre la tierra ocasiona la pérdida definitiva de una parte importante del patrimonio de las víctimas, con el agravante de que para muchas de ellas los bienes muebles pudieron haber constituido su único patrimonio, con lo que se les condena a permanecer a buena parte de las víctimas en un estado de vulnerabilidad permanente, que ha llegado a significar para la propia Corte un estado de cosas inconstitucional.

Frente a la violación del derecho a la propiedad, la Corte Constitucional ha reconocido éste derecho como fundamental, en los eventos en que su violación conlleva para el titular del derecho el desconocimiento de principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida, la dignidad y la igualdad (T-506/92). O cuando existe una fuerte vinculación entre el derecho a la propiedad con el derecho al trabajo y a la subsistencia (T-135/94). De igual manera la Corte ha considerado el derecho a la posesión como un derecho fundamental por su conexión íntima con el derecho a la propiedad (T-078/93). En la sentencia T-821 de 2007, la Corte Constitucional manifestó:

65. Cuando se trata del despojo de la tierra de agricultores de escasos recursos que sobreviven gracias al cultivo de la tierra o a la cría de animales, la violación del derecho a

la propiedad o a la posesión se traduce en una violación del derecho fundamental a la subsistencia digna (al mínimo vital) y al trabajo⁸⁹.

El derecho a la propiedad está protegido en el ordenamiento jurídico colombiano a través del artículo 54 de la Constitución Política al disponer que: “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos, ni vulnerados por leyes posteriores”. De igual manera el artículo 2 al definir los fines esenciales del Estado se afirma “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (...)”

En el caso del despojo y del abandono forzado las autoridades Colombianas han desconocido la obligación de garantía e incluso en algunos casos la obligación de respeto frente a este derecho, en consecuencia es posible deducir que el daño ocasionado al titular del dominio sobre bienes muebles debe ser resarcido, pues de lo contrario se estarían desconociendo las características del derecho de propiedad y se afectaría cuando éste es considerado un derecho fundamental, tal y como ocurre con la población desplazada, en relación con la cual es innegable la vinculación de dicho derecho con el de igualdad y el de vida digna. La no restitución de todos los bienes muebles objeto de despojo o abandono desconoce el derecho a la propiedad privada y a la posesión como derechos fundamentales de las víctimas.

2.2. La exclusión de las víctimas que sufrieron el hecho victimizante con anterioridad a 1991 transgrede el derecho a la igualdad y a la reparación integral.

⁸⁹ Corte Constitucional. *Sentencia T-821 de 2007*, M.P. Catalina Botero Marino.

A juicio de la Autora la disposición que restringe el universo de víctimas de despojo y de abandono forzado a aquellas que sufrieron el hecho victimizante a partir del 1 de enero de 1991, es contraria al contenido material de la Constitución, no obstante la Corte Constitucional Colombiana ya se pronunció sobre este tema en la Sentencia C-250/12 que tuvo por magistrado ponente al Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, declarando exequible dicha diferenciación, sin ningún salvamento de voto. A continuación se plantean los principales argumentos expuestos por la Corte para declarar dichas disposiciones ajustadas a la Carta, así como los argumentos que a juicio de la Autora debieron tenerse en cuenta para conceder las pretensiones de los demandantes. De acuerdo con la Corte dicha delimitación temporal no vulnera el artículo 13, al considerar que no es una fecha que resulte manifiestamente contraria a la Constitución por las siguientes razones:

(i) la mayoría de los estudios sobre conflicto armado señalan que a partir de 1990 la expulsión y el despojo de tierras se convierte en un mecanismo empleado regularmente por las organizaciones paramilitares contra la población civil; (ii) los registros de casos de despojo y expulsión datan de los años noventa, de manera tal que sobre las fechas anteriores no hay certeza y se dificulta aplicar la medida de restitución tal como parece regulada en la Ley 1448 de 2011; (iii) de conformidad con las estadísticas del INCODER la mayor parte de los casos de despojo registrados están comprendidos entre 1997 y el año 2008 ; los casos anteriores a 1991 corresponden solamente al 3% de los registrados entre 1991 y 2010; (iv) hay un incremento en las solicitudes de protección de predios a partir de 2005 y con anterioridad a esa fecha este mecanismo era utilizado solo de manera esporádica. De esta manera, el 1º de enero de 1991 no es una fecha que resulte manifiestamente arbitraria y por lo tanto ha de respetarse el margen de configuración del Legislador.

Adicionalmente la Corte hizo eco a uno de los principales argumentos planteados por el Ministro de Agricultura Juan Camilo Restrepo, consistente en la necesidad de preservar con dicha fecha la seguridad jurídica, haciendo alusión a los problemas que podrían ocasionarse teniendo en cuenta la existencia de disposiciones relacionadas con la prescripción adquisitiva del dominio prevista en el Código Civil, resaltando que la limitación temporal impediría que se puedan reabrir de manera indefinida el debate sobre los derechos adquiridos respecto de bienes inmuebles.

Nótese que los principales argumentos de la Corte no son de tipo constitucional, sino de tipo histórico, al definir que el periodo de mayor despojo y abandono forzado estarían cubiertos por la ley; de tipo práctico, al determinar las dificultades que enfrentaría las autoridades encargadas de la restitución para determinar si con anterioridad a 1991 existió despojo, ya que las bases de datos existentes no registran esta situación; y de tipo civilista, al sobreponer a las obligaciones de DDHH restricciones contenidas en la ley civil, concretamente a partir de la defensa de la figura de la prescripción adquisitiva de dominio.

Frente a las razones de tipo histórico si bien es claro que el proceso de despojo y de abandono forzado tuvo un incremento a partir de la década del 90 y del 2000, tal y como lo reconoce la Corte, con anterioridad a 1991 también existió despojo y abandono forzado, muestra de ello son las primeras masacres que dieron origen al paramilitarismo y el exterminio de la Unión Patriótica, hechos que se produjeron desplazamiento forzado en el país a partir de 1984. El paso del tiempo no debilita la obligación constitucional de reparara a las víctimas.

Frente a las dificultades que implica determinar la existencia o no del despojo debido a las restricciones de la información en las actuales bases de datos, la propia ley

1448 de 2011 brinda herramientas para superar este obstáculo. Tal y como lo manifestó el Gobierno la Unidad de Gestión de Restitución de Tierras para determinar la ocurrencia del despojo, podrá apelar a la utilización de metodologías como la cartografía social, así como a las distintas bases de datos con las que cuenta el Estado, dentro de las que se encuentran entre otras las denuncias penales presentadas por los desplazados, así como las bases de datos trabajadas por la sociedad civil, dentro de las que se destacan el banco de datos del CINEP y la del proyecto “Colombia Nunca Más”. Adicionalmente y en coherencia con la ley 1448 de 2011, la carga de la prueba debe estar en quien hoy se declaran dueños de la tierra y no en las víctimas objeto de despojo. Las dificultades fácticas no son elementos que justifiquen la exclusión de un grupo de víctimas de la posibilidad de satisfacer su derecho a la restitución.

Adicionalmente, el escrutinio que hizo la Corte al aplicar el test de igualdad fue débil (no tuvo en cuenta que la potencial discriminación operaba frente a un derecho fundamental como es la restitución), aun así, solo verificó que el fin constitucional fuera legítimo, pero no se pronunció sobre la necesidad y la proporcionalidad de la medida en sentido estricto.

Por último, existen al menos tres argumentos que muestran la debilidad del planteamiento de que no es posible restituir los bienes despojados y abandonados, ante la obligación del Estado de garantizar la seguridad jurídica.

1. Si se ha declarado la imprescriptibilidad de algunos crímenes por la magnitud de sus consecuencias para la sociedad (tal y como ocurre con el desplazamiento), mal podría pensarse en el saneamiento de sus efectos. De hacerse se estaría colocando la ley civil por encima de la normatividad que protege los derechos humanos. 2. Aún en el evento en el que al momento de ponderar se lograra sobreponer el derecho a la seguridad jurídica sobre

el derecho a la reparación integral, el propósito de proteger la seguridad jurídica no se cumpliría. En virtud de la Ley 791 de 2002, se redujeron los términos de prescripción para adquirir el dominio, pasado de 10 y 20 años a 5 y 10 años la prescripción ordinaria y extraordinaria. Es decir, si se trata de respetar la prescripción adquisitiva de dominio la fecha que debería establecerse para efectos de la restitución sería 2006, caso en el cual no tendría ningún sentido iniciar una política de restitución. 3. En el Auto 008 de 2009 de la Corte Constitucional luego de estudiar la política de tierras y ordenar su reformulación, ordeno identificar las reformas normativas que sean necesarias para garantizar la restitución de bienes de la población desplazada. Orden que surgió tras considerar la existencia de obstáculos normativos para el logro de la restitución, obstáculos dentro de los que se contarían figuras como la de la prescripción adquisitiva de dominio. Así lo ha señalado estudiosas del tema. Yamile Salinas, afirma:

A pesar de las obligaciones mencionadas en la normativa interna existen diferentes disposiciones que se oponen a la realización de los derechos al goce y uso pacífico de los bienes y la reparación, en especial las que facilitan y permiten legitimar el expolio; las que hacen nugatorios los derechos constitucionales a la reparación y a la restitución, y las que establecen programas sin enfoque diferencial para la población desplazada privada de sus derechos patrimoniales. A continuación se mencionan algunas (...): - Código Civil y de Procedimiento Civil en lo atinente a las modalidades que pueden contribuir a ‘normalizar’ el expolio (simulación, venta de cosa ajena, falsa tradición, el saneamiento por prescripción

ordinaria y extraordinaria, entre otras), los términos de caducidad de las acciones y la duración de los procesos, entre otros aspectos⁹⁰.

En consecuencia la exclusión de las víctimas de despojo y abandono forzado de tierras con anterioridad a 1991 desconoce el derecho a la reparación integral de las víctimas, adicionalmente es una medida que vulnera el derecho a la igualdad, es inadmisiblemente constitucionalmente que la víctima que fue despojada el 31 de diciembre de 1990 no pueda reclamar su derecho y en cambio si lo pueda hacer quien fue despojada el 1 de enero de 1991. El tratamiento diferente no persigue un fin constitucionalmente válido, ni es una medida que resulte necesaria, ni proporcional en sentido estricto, por el contrario su aplicación hace nugatorio el derecho a la restitución de decenas de víctimas.

2.3. El registro del despojo como requisito de procedibilidad vulnera el derecho de acceso a la justicia

El derecho al acceso a la justicia es de contenido múltiple⁹¹, dentro de él se establece el derecho a la garantía de un recurso efectivo, que tienen dentro de sus características ser rápido y sencillo “para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones [...] sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido”⁹². De allí que no sea suficiente con la existencia formal de un recurso, se

⁹⁰ Yamile Salinas Abdala, *Diagnóstico y propuesta sobre atención a la población desplazada la protección y restitución de las tierras y bienes inmuebles de las víctimas del desplazamiento*, Bogotá, Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS), 2009, p.41.

⁹¹ Ver: Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-426 de 2002*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹² Ver entre otros: Corte IDH., Caso Loayza Tamayo. Reparaciones. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 169; Corte IDH., Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91.

requiere que sean efectivos⁹³ e idóneos para proteger los derechos de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado⁹⁴. La Corte Constitucional ha resaltado el carácter fundamental del derecho de acceso a la justicia identificándolo como núcleo esencial del debido proceso⁹⁵.

Para garantizar el derecho a la reparación y a la restitución el Estado debe garantizar la existencia de recursos que permitan a las víctimas de violaciones a derechos humanos acceder sin obstáculos a una reparación justa por los daños sufridos.

Sobre la importancia de diferenciar la inscripción en registros administrativos, aspecto que tiene un carácter declarativo, de los hechos constitutivos del carácter de víctima, la Corte ha expedido reiterada jurisprudencia, especialmente a partir de lo que ha sido el reconocimiento de la situación de desplazamiento y la función que cumple el Registro Único de Población Desplazada (RUPD). Jurisprudencia que es útil para el análisis de constitucionalidad del registro de tierras despojadas que determina el acceso de las víctimas al procedimiento de restitución, al tener la potencialidad de constituirse en un obstáculo para la exigibilidad de los derechos de las víctimas.

De acuerdo a la Corte Constitucional, la condición de desplazado es una situación de hecho que se configura cuando:

⁹³ Ver: Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-227 de 2009* M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹⁴ Ver: Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 121; Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 52; y Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 150. Y Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr.193.

⁹⁵ Ver de la Corte Constitucional Colombiana: Sentencias T-006 de 1992, C-059 de 1993, T-538 de 1994, C-037 de 1996, C-215 de 1999, C-1195 de 2001, C-227 de 2009, entre otras.

(i) Se presenta una migración dentro de las fronteras del territorio nacional. (ii) El motivo del traslado obedece a la amenaza, o vulneración efectiva, que se cierne sobre las libertades fundamentales del Ciudadano. (iii) Adicionalmente, se observa que dicha afectación guarda un estrecho vínculo con supuestos relacionados con el conflicto armado o con infracciones de las garantías consignadas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario⁹⁶

De allí que para que alguien sea víctima del desplazamiento forzado no requiere “un título plasmado en una declaración administrativa para reclamar la protección especial o reforzada que el Estado debe otorgar”⁹⁷. El RUPD es una herramienta para la identificación y caracterización de la población desplazada, que sirve entre otros aspectos para diseñar y adoptar medidas de atención⁹⁸, por lo que no puede ser tenido como una barrera de acceso⁹⁹.

La condición de desplazado se adquiere como consecuencia de una situación de hecho, de igual manera la condición de titular del derecho a la restitución de tierras se adquiere de la situación fáctica del despojo y del abandono forzado de los territorios. El acceso para reclamar el derecho a la restitución no puede depender de un acto de carácter administrativo previo al análisis judicial.

⁹⁶ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-367/10*, M.P. María Victoria Calle Correa; Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-458 de 2008*, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹⁷ Corte Constitucional colombiana, *sentencia T-458 de 2008*, MP. Humberto Antonio Sierra Porto

⁹⁸ Ver: Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-367 de 2010*, M.P. María Victoria Calle Correa

⁹⁹ Ver: Corte Constitucional colombiana, Sentencias T-327 de 2001. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-268 de 2003*, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

La inscripción o no en dicho registro tal y como se consagró en la ley 1448 de 2011: es de carácter discrecional; depende de una entidad administrativa; y es el resultado de un procedimiento que carece de las etapas investigativas y probatorias; sujetar el acceso a los jueces a la inscripción en dicho registro puede significar un obstáculo en el acceso a la justicia¹⁰⁰.

2.4. El contrato de uso vulnera el derecho a la restitución, a la libertad de escoger profesión y oficio, a la propiedad, el deber del Estado de garantizar el acceso progresivo de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra y el derecho a la igualdad.

Tal y como se mencionó el derecho a la restitución implica devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de sus DDHH, lo cual comprende entre otras medidas la devolución de su patrimonio. En el caso de desplazamiento la restitución se constituye en una medida de carácter preferente en materia de reparación¹⁰¹. La jurisprudencia constitucional así lo ha reiterando¹⁰².

Sobre la restitución de los bienes despojados la Corte Constitucional ha establecido que la restitución implica el uso, goce y explotación de la tierra: “Así las cosas, las

¹⁰⁰ El procedimiento administrativo para la inscripción en el Registro está reglamentado en el decreto 4829 de 2011, en él se crea una etapa de análisis previo al inicio formal del estudio de los casos, etapa no prevista en la Ley. Esta nueva etapa es un exceso en la potestad reglamentaria, y un filtro adicional que dificulta aún más el acceso de las víctimas al registro y por lo tanto para poder presentar la solicitud de restitución ante los jueces de restitución.

¹⁰¹ Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos, informe definitivo del Relator Especial, Sr. Paulo Sergio Pinheiro, 28 de junio de 2005, Principio 2.2.

¹⁰² Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-085 de 2009*, M.P. Jaime Araújo Rentería

víctimas del desplazamiento forzado tienen el derecho fundamental a obtener la restitución y explotación de la tierra de la cual fueron privados y expulsados por situaciones de violencia que no estaban obligados a soportar y que desencadenó una vulneración masiva de sus derechos fundamentales”¹⁰³.

La figura del contrato de uso introducida en el artículo 99 de la ley 1448 de 2011 es contrario al derecho a la restitución y a la reparación, ya que la víctima no recibirá materialmente su predio, con lo que no se regresa a la víctima a la situación anterior a la victimización, por el contrario, se reconocen y protegen situaciones que surgieron durante el tiempo que duró el abandono y el despojo. La consecuencia de su aplicación es la entrega de la titularidad y la facultad de disposición de los bienes a quienes fueron despojados u obligados a desplazarse, pero sin el uso y goce sobre los predios restituidos.

En relación a la violación del derecho al trabajo la Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas consagra estos derechos en sus artículos 23 y 24. Derecho reconocido en el artículo 6 del PIDESC.

La Constitución Política también ampara el derecho al trabajo y lo define en el artículo 25 como “un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” Igualmente la carta protege la libertad de escogencia de profesión u oficio, que se constituye en un límite para el legislador, pues este puede regular la práctica de algunas profesiones pero no le es permitido regular su escogencia.

¹⁰³ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T -159 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra

Por su parte la jurisprudencia ha reconocido el carácter de fundamental que tiene el derecho al trabajo para las víctimas que se desempeñaban como agricultores o agricultoras y que sobrevivían del cultivo de alimentos o la cría de animales.¹⁰⁴

Si bien la restitución jurídicamente no está ligada al retorno, el Estado tiene la obligación de garantizar las condiciones para que las víctimas que deseen voluntariamente regresar a sus tierras puedan hacerlo. El contrato de uso limita dicha posibilidad, al impedir que quienes fueron despojados y obligados a desplazarse puedan regresar a vivir y trabajar en sus tierras.

Es importante recordar que “de acuerdo con los índices actuales de desplazamiento la gran mayoría proviene de zonas rurales, siendo la actividad agrícola la principal o única fuente de sostenimiento para dichas familias”¹⁰⁵, es decir su capital cultural por excelencia reposa precisamente en el trabajo agropecuario. Con la figura del contrato de uso aplicada a las víctimas de despojo y abandono forzado de tierras, el Estado Colombiano desconoce la obligación de respeto y protección que tiene frente a la satisfacción del derecho al trabajo y a la libre escogencia de profesión y oficio, dos derechos íntimamente relacionados con el derecho a la restitución, y en el caso en particular con el derecho al mínimo vital.

En relación a la violación del derecho a la propiedad privada es importante recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos dispone en su artículo 21:

¹⁰⁴ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-821 de 2007*, M.P. Catalina Botero Marino

¹⁰⁵ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-159 de 2011*, M.P. Humberto Antonio Sierra

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley (...).

En situaciones de conflicto armado, el derecho de propiedad comprende el derecho de la población civil a estar protegida contra el ataque, la destrucción, sustracción o inutilización de bienes que resultan indispensables para su supervivencia, tales como las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua y las obras de riego.¹⁰⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en torno a la responsabilidad internacional del Estado por violación del derecho a la propiedad privada, sobre bienes de las víctimas, en los que se señala que la violación es de una gravedad inusitada, porque los bienes representaban para sus pobladores la posibilidad de asegurarse condiciones básicas de subsistencia:

(...) Tal y como ha sido resaltado por la Comisión y por los representantes, de las características del corregimiento y de las actividades cotidianas de sus habitantes se desprende una estrecha vinculación entre éstos y el ganado, dado que el principal medio de subsistencia para esa población consistía en el cultivo de la tierra y la crianza del ganado. En efecto, el daño sufrido por las personas que perdieron su ganado, del cual derivaban su sustento, es de especial magnitud.

(...) La destrucción de sus hogares, además de constituir una gran pérdida de carácter económico, causó en los pobladores una pérdida de sus más básicas condiciones de

¹⁰⁶ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, art.54; Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, art. 14.

existencia, lo cual hace que la violación al derecho a la propiedad en este caso sea de especial gravedad.¹⁰⁷

A nivel nacional la Constitución protege en el artículo 58 el derecho a la propiedad y los demás derechos conexos que se hayan adquirido conforme a las leyes civiles, dentro de los límites que le impone la función social y ecológica. La doctrina jurídica ha considerado que el derecho de propiedad comprende tres elementos: el uso (*usus*), el goce o disfrute (*fructus*) y la disposición. La Corte Constitucional ha manifestado sobre las atribuciones de la propiedad:

En cuanto al primero, reconocido como el *ius utendi*, se limita a consagrar la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir. Por su parte, el segundo, que recibe el nombre de *ius fruendi* o *fructus*, se manifiesta en la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación. Finalmente, el tercero, que se denomina *ius abutendi*, consiste en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien.¹⁰⁸

Las restricciones que se establezcan hacia este derecho deben ser razonables, legítimas y justificadas, y en todo caso deben respetar el núcleo esencial de este derecho. La Corte Constitucional al referirse al núcleo esencial de la propiedad ha manifestado que

¹⁰⁷ Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006*, Serie C.No.148, párrs.178 y 182.

¹⁰⁸ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-189 de 2006*, M.P. Rodrigo Escobar Gil

está constituido por el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición que produzcan utilidad económica en su titular.¹⁰⁹ Limitar la posibilidad de obtener una utilidad económica afecta el núcleo esencial del derecho a la propiedad.

Limitar las facultades de uso y goce de los predios restituidos a las víctimas, en principio puede responder a una finalidad constitucional legítima, sin embargo, de ninguna manera resulta ser una medida necesaria. La protección de los derechos de terceros que hayan actuado con buena fe exenta de culpa y que pudieran verse afectados por las decisiones que ordenen la restitución de un predio, se garantizan con la medida de compensación dispuesta en el artículo 96 de la Ley 1448/2011, adicionalmente la normatividad civil ordinaria dispone que todo el régimen de reconocimiento de las mejoras, con lo que no resulta necesaria una prerrogativa adicional.

El contrato de uso vulnera el derecho a la propiedad, en tanto establece limitaciones a su ejercicio que afectan su núcleo esencial, al tiempo que atenta contra la autonomía de la voluntad privada porque establece contratos que no se originan en la libre decisión de las partes.

En cuanto a la violación del derecho al acceso progresivo a la propiedad de la tierra para trabajadores agrarios, El artículo 64 de la Constitución establece la obligación del Estado de garantizar el acceso progresivo de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra. Los derechos sociales cuentan con dos componentes de protección, uno frente a los contenidos mínimos de aplicación inmediata y otro, con los contenidos de desarrollo progresivo para lograr su plena realización.

La obligación de garantía progresiva de los derechos sociales implica que los Estados deben adoptar medidas efectivas y emplear “hasta el máximo de los recursos de

¹⁰⁹ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-427 de 1998*, M.P. Alejandro Martínez Caballero

que dispongan” para garantizar su plena realización (párr. 1 art. 2 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales-Pidesc). Esta obligación internacional comporta una limitación a la libertad de configuración legislativa, pues una vez alcanzado un nivel de protección no pueden ser adoptadas medidas regresivas, de manera que cualquier retroceso en la materia, se presume inconstitucional como lo ha establecido la Corte Constitucional,¹¹⁰ de manera que una prohibición *prima facie* hace presumir la inconstitucionalidad de cualquier retroceso y aunque el Estado conserva la facultad de desvirtuar dicha inconstitucionalidad, le corresponde la carga de la prueba.

El contrato de uso es contrario al mandato del artículo 64 constitucional, porque obstaculiza que trabajadores agrarios que hayan sido víctimas del conflicto y de abandono o despojo de sus predios accedan a la propiedad de los predios, pues los mismos pueden ser restituidos con las limitaciones señaladas, es decir solo podrán acceder a la nuda propiedad.

Por último en relación a la violación del derecho a la igualdad, la ley establece un trato diferencial injustificado entre las víctimas en cuyos predios abandonados o despojados se iniciaron proyectos agroindustriales y aquellas en cuyos predios no se presenta esta situación. Para las segundas la restitución es íntegra, mientras que para las primeras la restitución se restringe a la nuda propiedad. En este caso se requiere aplicar el test de igualdad.

Los casos son comparables porque se trata de víctimas que sufrieron el despojo o abandono forzado de sus predios y que han solicitado la restitución. Lo primero que debe analizarse es si la finalidad del tratamiento diferenciado es legítima. Durante el trámite legislativo de la Ley 1448 de 2011, el gobierno manifestó que la razón por la cual se

¹¹⁰ Ver: Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-038 de 2004*. M.P Eduardo Montealegre.

justificaba la figura del contrato de uso era la necesidad de no afectar el ciclo económico de la producción y proteger al tercero de buena fe exenta de culpa para que no perdiera su inversión. En principio la medida podría obedecer a una finalidad legítima pues la Constitución ampara la libertad de empresa y es deber del Estado proteger a sus ciudadanos en sus vidas, honra y bienes. De igual manera al analizar la adecuación y efectividad de la medida para lograr dicho propósito es posible afirmar que preservando la explotación económica de los predios a través de los proyectos agroindustriales instalados sobre estos, efectivamente se salvaguarda el ciclo productivo y la inversión económica de los dueños de dichos proyectos.

El test nuevamente falla cuando se analiza la necesidad de la medida en razón de la inexistencia de medidas alternativas menos lesivas. Si la finalidad de la norma es que no se interrumpa la explotación de los cultivos agroindustriales en los predios objeto de la restitución para no afectar el ciclo económico productivo y que el tercero no pierda su inversión, la medida no es necesaria porque eso ya está garantizado, a través del establecimiento de las compensaciones contenidas en el artículo 96 de la Ley 1448/2011 y que se complementa con la normativa civil que resulte aplicable.

El test tampoco logra superarse al evaluar la proporcionalidad, ya que la limitación del derecho de las víctimas a disfrutar y usar sus bienes restituidos es desmedida, frente al interés que se pretende proteger. No es proporcionado que se sacrifique a las víctimas para amparar inversiones de particulares, que incluso en algunos casos son los mismos victimarios o beneficiarios del despojo.

2.5. La aplicación del principio de oportunidad en casos de despojo vulneran los derechos a la verdad y la justicia

Las víctimas de graves violaciones a los DDHH son titulares de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. En cuanto al derecho a la verdad la Corte Constitucional ha señalado que el mismo implica

(...) el esclarecimiento, dentro del proceso penal, de las circunstancias del desplazamiento -agentes causantes (no sólo el grupo armado culpable, sino también los autores intelectuales y materiales concretos) y móviles de los agentes para la perpetuación del delito de desplazamiento forzado, entre otros”¹¹¹. “El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima¹¹².

En relación con la dimensión colectiva del derecho a la verdad, la Corte ha establecido que ésta exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y

¹¹¹ Ver: Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-275 de 1994*, MP. Alejandro Martínez Caballero; *Sentencia C-293 de 1995* MP. Carlos Gaviria Díaz y *Sentencia SU-717 de 1998*, MP. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹² Ver: Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-443 de 1994*, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; *Sentencia C- 293 de 1995*, MP. Carlos Gaviria Díaz; y *Sentencia C-370 de 2006* M.Ps Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades¹¹³.

Para satisfacer el derecho a la justicia el Estado debe garantizar el acceso a la administración de justicia de las víctimas del desplazamiento y debe asegurar el debido procesamiento a través del aparato jurisdiccional¹¹⁴.

La Corte Interamericana por su parte, ha determinado la obligación de los Estados de desarrollar con debida diligencia las investigaciones, juzgamientos y sanciones de las violaciones de los derechos humanos, reiterando la incompatibilidad de las leyes de amnistía, prescripción o de exclusión de responsabilidad frente a graves violaciones a los derechos humanos.

A nivel interno la aplicación del principio de oportunidad se encuentra reglada en el artículo 250 de la Constitución. El legislador posee la facultad de establecer los casos en los que la persecución penal de una conducta punible resulta desproporcionada, inútil o irrazonable, dicha potestad se encuentra limitada por: (i) los derechos de las víctimas de los delitos y por el correlativo deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad; (ii) las finalidades que tuvo en cuenta el constituyente para la incorporación del principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio; (iii) las características constitucionales del principio de oportunidad; y (iv) el principio de legalidad¹¹⁵.

¹¹³ Ver. Caso Goiburú y otros, supra nota 11, párr. 117; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 12, párr. 144; y Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra nota 12, párr. 219.

¹¹⁴ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-367/10*, M.P. María Victoria Calle Correa; *Sentencia T-327 de 2001*, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹⁵ Ver: Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-936 de 2010*, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

A la hora de establecer las causales de aplicación del principio de oportunidad el legislador debe ponderar las obligaciones internacionales del Estado, y los derechos de las víctimas de graves violaciones a los DDHH, frente a los intereses estatales de racionalizar la persecución penal, a través del principio de oportunidad.

La finalidad principal para establecer el principio de oportunidad como herramienta dentro del sistema penal, fue el de “racionalizar la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social”¹¹⁶.

La Corte Constitucional ha señalado que el principio de oportunidad i) es una figura de aplicación excepcional que le otorga al fiscal la potestad de suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; ii) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser determinadas por el legislador de modo claro e inequívoco; iii) el principio debe ser aplicado siguiendo el marco de la política criminal del Estado; iv) su ejercicio debe ser sometido a control de legalidad por parte del juez que cumpla la función de control de garantías; v) la regulación del mismo debe ser respetuosa de los derechos de las víctimas.

Adicionalmente frente al principio de legalidad se ha establecido que las causales que permiten su aplicación deben ser establecidas de modo claro y preciso por el legislador, de allí que esté impedido para establecer causales vagas o ambiguas¹¹⁷, prohibición que se justifica en: i) permitir que el juez de control de garantías esté en la capacidad de determinar si en un caso concreto procede o no renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal y garantizar en tal sentido que el control judicial que se adelante sea realmente efectivo; ii) no entregar a la Fiscalía una potestad extensa y

¹¹⁶ Gaceta del Congreso núm. 148 del 7 de mayo de 2002.

¹¹⁷ Ver: Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-673 de 2005*, M.P. Clara Inés Vargas.

no precisa, que desborde el marco de la excepcionalidad, e imposibilite de tal manera el ejercicio del control de legalidad; y iii) garantizar la seguridad jurídica del procesado y de las víctimas¹¹⁸.

El principio de oportunidad establecido en la ley 1448 establece: “quienes acudan al proceso y confiesen la ilegalidad de los títulos o el despojo de las tierras o de los derechos reclamados en el proceso se harán beneficiarios al principio de oportunidad previsto en el Código de Procedimiento Penal”. Dicha disposición desconoce los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional, y los estándares internacionales en materia de derecho a la verdad y a la justicia.

Para su aplicación la norma no exige se corrobore la información expuesta por quien se presente con el fin de ser beneficiario del principio de oportunidad; no se establece la obligación de investigar cuáles fueron las circunstancias en las que se adquirió o tomó posesión de los predios; no se señala el deber de investigar los móviles del delito de desplazamiento, los autores, los cómplices, las estructuras macro criminales relacionadas con su ejecución, y los demás delitos que se pudieron haber configurado con el fin de desplazar o despojar; no establece ni delimita los delitos frente a los que se puede aplicar el principio de oportunidad, lo que podría permitir dejar en la impunidad graves violaciones a los derechos humanos así como delitos de lesa humanidad.

Al aplicar el principio de oportunidad tal como se encuentra expuesto en la ley 1448, el Estado renuncia a investigar graves violaciones a los derechos humanos e incluso crímenes de lesa humanidad ya que permite el otorgamiento del mencionado beneficio a

¹¹⁸ Ver: Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-673 de 2005* y *Sentencia C-936 de 2010*,

cualquier persona que simplemente confiese la ilegalidad de los títulos o el despojo de las tierras o de los derechos reclamados en el proceso.

La norma promueve la impunidad frente a graves violaciones a los derechos humanos desconociendo así el derecho de las víctimas a la verdad puesto que los hechos que las afectaron no serán efectivamente investigados; y se vulnera el derecho a la justicia ya que quienes cometieron las graves violaciones a los derechos humanos no van a ser investigados, procesados y sancionados.

2.6. La sanción de la pérdida del derecho a la restitución por el uso, invasión u ocupación de predios objeto de la restitución desconoce fines del Estado social y democrático de derecho, y el derecho al retorno

En Colombia históricamente las vías de hecho han sido utilizadas como uno de los mecanismos de exigibilidad que las víctimas han encontrado para poder restablecer sus derechos vulnerados, ante la existencia de una verdadera crisis humanitaria de la población desplazada. Hechos que llevaron a la propia Corte ha reconocer la existencia de un estado de cosas inconstitucionales.

De igual manera en la historia de la lucha por la tierra, las movilizaciones y recuperaciones de terrenos ha sido un mecanismo privilegiado para contrarrestar el olvido y desatención del Estado frente a las demandas del campesinado. Según datos del CINEP, en el periodo comprendido entre 1975 y el 2007 se registran cerca de 1.153 acciones de invasión y ocupación de tierras.¹¹⁹

¹¹⁹ CINEO, *Base de Datos de Luchas Sociales*, 2008, citado por: Sergio coronado, *Derecho a la tierra y el territorio*, Bogotá, Cinep, 2009, p.102

Es plausible defender la adecuación constitucional de las situaciones que la norma condena, al ser acciones que están en la raíz de las dinámicas sociales agrarias, que el derecho no puede desconocer, y al estar encaminadas a cumplir varios objetivos constitucionales, como son: superar la vulneración de los derechos del campesinado y de las víctimas expresada en la exclusión del disfrute del derecho a la tierra y a la vivienda; dar vida y aplicación práctica a la función social de la propiedad y a avanzar hacia la democratización de la tierra; garantizar el orden justo y superar la inactividad y desatención de las autoridades para implementar soluciones adecuadas para las víctimas.

Adicionalmente hay algunas situaciones de ocupación de hecho de predios que gozan de reconocimiento jurídico, como ocurre por ejemplo con la posesión irregular, para la cual basta el paso del tiempo y la ejecución de los actos de señor y dueño para poder acceder a la propiedad de baldíos. En el caso de la ocupación de baldíos se exigen para la adjudicación una serie de requisitos pero ninguno de ellos implica la no invasión, ocupación o uso del predio, justamente su ocupación obedece en su gran mayoría a los procesos de colonización, llevados a cabo de facto.

La sanción que impone el artículo 207, impide el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y desconoce la función social de la propiedad, se sanciona el hecho de que víctimas ocupen tierras incultas que no estén cumpliendo la función social, para que las autoridades luego las adquieran o las entreguen en su beneficio, pues de plano se excluye a quienes participen en estas actividades de los beneficios de la restitución.

En relación a la violación de los derechos de las víctimas, en particular del derecho al retorno, los principios sobre la restitución de viviendas y patrimonio de la población desplazada establecen dentro del catálogo de derechos protegidos para las víctimas el derecho al retorno. A este se refieren al decir:

Todos los refugiados y desplazados tienen derecho a regresar voluntariamente a sus anteriores hogares, tierras o lugares de residencia habitual en condiciones de seguridad y dignidad. (...) Los Estados permitirán el regreso voluntario de los refugiados y desplazados a sus anteriores hogares, tierras o lugares de residencia habitual, si así lo desearan. Este derecho no puede restringirse con ocasión de la sucesión de Estados ni someterse a limitaciones temporales arbitrarias o ilegales. (Principios 10.1 y 10.2)

Uno de los derechos que tienen las víctimas de desplazamiento es el de retornar libremente a sus tierras, hogares o lugares de residencia habitual, sin que para ello puedan imponerse ningún tipo de limitaciones temporales, ni someterlo a previa decisión de una autoridad como lo hace la norma demandada, en tanto sanciona las posibilidades de retorno de las víctimas con la pérdida de la posibilidad de solicitar la restitución y limita a que esto sólo se haga una vez la autoridad se haya pronunciado dentro del proceso de restitución.

Este derecho también se encuentra dentro de la legislación nacional (Ley 387 de 1997), derecho que se retoma en la Ley 1448 de 2011 (Art. 66), como una decisión voluntaria de las víctimas, independiente de la restitución. La restitución debe operar con total independencia de la decisión de la víctima de retornar o no, y sin considerar si el retorno se hace en virtud de la decisión o acompañamiento de alguna autoridad o como una acción de facto libremente ejecutada por la respectiva víctima.

La sanción impuesta es una medida restrictiva y desproporcionada, comporta una sanción *a priori* que excluye de plano a la víctima de intentar el retorno y además de perseguir la restitución. Es tan desproporcionado, que prácticamente el sólo hecho de ocupar, invadir o usar un predio le hace a la víctima perder su condición de tal.

Frente a la exclusión injustificada del acceso al procedimiento de restitución que viola el derecho a la reparación, como se ha mencionado los Principios sobre la Restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas hacen parte del Bloque de Constitucionalidad¹²⁰. En la Sección II de dichos principios, se refiere de manera directa al Derecho a la restitución de las viviendas y el patrimonio:

2.1. Todos los refugiados y desplazados tienen derecho a que se les restituyan sus viviendas, las tierras y el patrimonio de que hayan sido privados arbitraria o ilegalmente o a que se les indemnice por cualquier vivienda, tierra o bien cuya restitución sea considerada de hecho imposible por un tribunal independiente e imparcial.

2.2. Los Estados darán prioridad de forma manifiesta al derecho de restitución como medio preferente de reparación en los casos de desplazamiento y como elemento fundamental de la justicia restitutiva. (...).

Los principios no permiten la diferenciación o discriminación entre las mismas víctimas. La labor de proteger y garantizar los derechos fundamentales de las víctimas es una obligación inderogable del Estado.

No puede argumentarse que determinadas actuaciones acarreen para las víctimas de despojo la pérdida de la posibilidad de acudir a un proceso de restitución de tierras, lo que significa la inoperancia del derecho fundamental al acceso a la justicia, pues esta medida cierra a las víctimas la posibilidad de que se debata dentro de un proceso su derecho y que se ordene la restitución jurídica y material, constituyéndose en un impedimento o retroceso

¹²⁰ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T - 821 de 2007*, M.P. Catalina Botero Marino

contrario al mandato constitucional de garantizar el goce efectivo de los derechos de todos los desplazados.

En conclusión la ley 1448 de 2011 tienen numerosos aspectos que resultan contrarios a la carta política de 1991, en las que se incluyen las normas específicas en materia de restitución, las cuales deberían ser ajustadas por la Corte Constitucional, quien ya conoce de la demanda que numerosas organizaciones de DDHH, de Víctimas y desde la Oficina del representante Cepeda interpusieron sobre la materia.

Si se tiene en cuenta que los estándares internacionales en materia de derechos humanos pueden tenerse como capital jurídico acumulado a favor de las víctimas, es posible afirmar que respecto a dicho estándar las víctimas perdieron capital jurídico.

CONCLUSIONES

El campo jurídico de la restitución es un campo reciente, inscrito en un campo más amplio sobre los derechos de las víctimas que en Colombia lleva un proceso aproximadamente de 15 años de configuración, el cual nació con el reconocimiento de medidas asistenciales para las víctimas quienes eran tratadas únicamente como población vulnerable. En este campo la ley 1448 de 2011 se presenta como un punto de inflexión, al estipular de manera directa el derecho a la restitución y un mecanismo para su materialización, no obstante es aún un campo en disputa por los diferentes agentes que participan en su configuración.

Integrantes de las tres ramas del poder público han actuado en este campo, los órganos de control, la comunidad internacional y por supuesto la sociedad civil, en especial las organizaciones de víctimas, no obstante su actuación en el campo tal y como se señaló en el capítulo I está enmarcada por su posición en el espacio social, en el campo político en donde actúan en el polo dominado, lo que les ha restado posibilidades para decir que es derecho, y en especial en el contenido de su derecho a la restitución.

Durante la discusión de la ley los distintos actores tejieron alianzas y plantearon claramente los enfoques de sus discursos, los cuales evidencian que el problema de la restitución de tierras en Colombia es una arista del conflicto colombiano que se desarrolla en torno al control económico, político y militar de los territorios y el uso del suelo en el marco de visiones de desarrollo contrapuestas: Las propias de las víctimas, quienes son en su gran mayoría integrantes de comunidades campesinas, afrocolombianas e indígenas y las funcionales a un modelo de desarrollo extractivo y agro empresarial en el campo, en el que el campesinado son una traba para el desarrollo rural, visión desde donde se construyó el derecho a la restitución por parte del Gobierno y la Unidad Nacional.

Si bien a lo largo de la discusión de la ley algunas de las propuestas de las organizaciones de víctimas fueron acogidas, las diferencias presentes en los enfoques de las organizaciones de víctimas y en el del Gobierno en conjunto con la Unidad Nacional fueron en su estructura verdaderamente inalterables, con lo que finalmente se impuso el discurso del Gobierno y de la Unidad Nacional, en donde restitución es una herramienta para corregir las ilegalidades causadas por el despojo, brindar seguridad jurídica a la inversión extranjera y promover el mercado de tierras. La ley 1448 de 2011 “normaliza” el tratamiento favorable a quienes realizaron grandes inversiones sobre los territorios despojados aprovechándose del desplazamiento masivo, y disuade a las víctimas de su derecho a la restitución integral de sus territorios.

Por otra parte al evaluar que tanto se ajustan las disposiciones aprobadas en materia de restitución al contenido material de la Constitución de 1991, se encuentra que aspectos como: la reducción del universo de víctimas, la consagración de figuras que impiden la restitución material de los bienes que benefician a quienes resultan beneficiarios del despojo, y la consagración de mecanismos que estimulan la impunidad frente a graves violaciones de DDHH, evidencian la distancia que existe entre la norma aprobada y los estándares de derechos humanos en la materia.

Preocupa que la Corte Constitucional actual, al conocer de las primeras demandas contra la ley referidas a la delimitación del universo de víctimas, haya fallado desconociendo la Constitución Política, en próximos trabajos de investigación se requiere analizar la nueva configuración de la Corte, y los posibles cambios en su jurisprudencia a partir de la relación con el actual Gobierno.

En conclusión al hacer el balance sobre el deber de protección, respeto y garantía del derecho a la restitución de las víctimas de despojo y abandono forzado, a partir de la

ley 1448 de 2011, desde un enfoque de derechos humanos y desde un acercamiento a la teoría del campo jurídico de Bourdieu, es posible concluir que si bien la ley reconoce de manera clara y sin vacilación el derecho a la restitución de las tierras a las víctimas de despojo y del desplazamiento forzado, el contenido de dicho derecho no las protege a cabalidad, por el contrario materializa un retroceso en relación al capital jurídico acumulado previamente a partir de los estándares internacionales en la materia, capital que debió imponerse como el espacio de lo posible al momento de definir que era derecho. La ley no es una herramienta idónea para restituir materialmente los derechos que le asisten a las víctimas. Su alcance limitado (se reduce a la restitución de tierras), la ausencia de voluntad política para acompañar la restitución con una política fuerte en materia de retorno; el privilegiar la protección de los grandes inversionistas que han usufructuado los bienes despojados y abandonados en detrimento de las víctimas; el eludir la discusión de temas estructurales necesarios para garantizar la permanencia en los territorios de quienes logren ser materialmente restituidos (modelo de desarrollo rural, la permanencia del conflicto armado, y la cooptación del Estado por los diferentes aparatos criminales); y el no haber garantizado la participación de las víctimas durante su discusión y a probación de la ley, entre otros aspectos analizados en este trabajo así lo demuestran.

Si bien el país avanzó en la existencia de un mecanismo que por primera vez pretende restituir en el papel los derechos conculcados sobre las tierras, el enfoque desde donde se realiza a pesar de estar recubierto por un discurso de DDHH, en sus detalles resulta funcional a la lógica del mercado de tierras que estimula el dominio del campo por grandes empresarios y que protege los intereses de particulares involucrados en muchos casos en políticas de despojo, que hacen que la restitución a partir de este instrumento

normativo sea ficción para la mayoría de las víctimas de despojo y de abandono forzado de tierras en Colombia.

Por ahora el mensaje instalado en la opinión pública es el compromiso del Gobierno Nacional para con las víctimas, con lo que se materializa la dominación simbólica del derecho. No obstante tal y como se mostró en el primer capítulo el campo del derecho a la restitución y de los derechos de las víctimas es un campo que aún se encuentra en disputa, las organizaciones de víctimas, las organizaciones de DDHH, la rama judicial, cuentan con la posibilidad de cuestionar el derecho, e incluso las relaciones de poder que permitieron la aprobación de la ley 1448 de 2011 en los términos anteriormente expuestos. Esta tesis pretende ser una contribución para el trabajo que está por delante.

BIBLIOGRAFÍA

Accardo, Alain, *Initiation a la sociologie. L'illusionnisme social*, París, Le Mascaret Bourdeaux, 1991, p.14, citado por Andrés García Inda, *La violencia de las formas jurídicas, la sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu*, Barcelona, Cedecs textos abiertos, Barcelona, 1997.

Acción Social, *Unidades agrícolas familiares, tenencia y abandono forzado de tierras en Colombia*, Bogotá, Acción Social, 2010.

Bourdieu, Pierre, *Razones prácticas sobre la teoría de la acción*, trad. en castellano por Thomas Kauf, Editorial Anagrama, Barcelona, 1997, En: <http://epistemh.pbworks.com/f/9.+Bourdieu+Razones+Pr%C3%A1cticas.pdf>

Boordieu, Pierre. *Questions de Sociologie*, Francia, Les Éditions de Minuit, 1984, p. 115, citado por Andrés García Inda, *La violencia de las formas jurídicas, la sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu*, Barcelona, Cedecs textos abiertos, Barcelona, 1997.

Bourdieu, Pierre y Loïc J. D Wacquant, *Réponses* París, Francia, Le Seuil, 1993, p.74, citado por Andrés García Inda, *La violencia de las formas jurídicas, la sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu*, Barcelona, Cedecs textos abiertos, Barcelona, 1997.

Bourdieu, Pierre, *La Noblesse d'Etat*, París, Les Éditions de Minuit, 1989, citado por Andrés García Inda, *La violencia de las formas jurídicas, la sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu*, Barcelona, Cedecs textos abiertos, Barcelona, 1997.

Bourdieu, Pierre, *Razones Prácticas sobre la teoría de la acción*, Madrid, Barcelona, Editorial Anagrama, 1997.

Bourdieu, Pierre, *Le sens pratique*. París, Lés Editios de Minuit, 1980, p. 104, citado por Andrés García Inda, *La violencia de las formas jurídicas, la sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu*, Barcelona, Cedecs textos abiertos, Barcelona, 1997.

Bordieu, Pierre, *Elementos para una sociología del campo jurídico*, en Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, “*La Fuerza del Derecho*”, Bogotá, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del hombre Editores, 2000.

Bourdieu, Pierre, *Esquisse d’une théorie générale de la magie en sociologue et Antropologie*, París, PUF, p.137, citado por: Ana Teresa Martínez, “*Pierre Bourdieu razones y lecciones de una práctica sociológica*”, Buenos Aires, Manantial, 2007.

Bourdieu, Pierre, *Los tres estados del capital cultural*”, trad. en castellano por Mónica Landesmann, en *Sociológica*, UAM- Azcapotzalco, México, núm 5, tomado en línea en: <http://sociologiac.net/biblio/Bourdieu-LosTresEstadosdelCapitalCultural.pdf>

Bourdieu, Pierre, *Sobre el campo político*, Conversación con Philippe Fritsch Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 2000, tomado en línea: http://mt.educarchile.cl/MT/jjbrunner/archives/BOURDIEU_campo-politico.pdf

Caracol Radio, *Más de 60 líderes de restitución de tierras han sido asesinados en siete años: Defensoría del Pueblo*. Bogotá, Junio 12 de 2012, tomado en línea: <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/mas-de-60-lideres-de-restitucion-de-tierras-han-sido-asesinados-en-siete-anos-defensoria-del-pueblo/20120612/nota/1704578.aspx>

CINEP, *Base de Datos de Luchas Sociales*, 2008, citado por: Sergio coronado, *Derecho a la tierra y el territorio*, Bogotá, Cinep, 2009.

Congreso de la República de Colombia, Gaceta 617 de 2010 publicación proyecto de ley publicación del proyecto de ley 085 de 2010 *“por la cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras”*.

Congreso de la República de Colombia, Gaceta 692 de 2010 publicación proyecto de ley 107 de 2010 Cámara *“por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario”*.

Congreso de la República de Colombia, Gaceta 1128 de 2010 Acta de audiencia pública al proyecto de ley 107 de 2010 Cámara por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, acumulado con el proyecto de ley número 85 de 2010 cámara. Comisión primera constitucional permanente audiencia pública de 2010, Bogotá, 21 de octubre de 2010.

Congreso de la República de Colombia, Gaceta 865 de 2010 ponencia para primer debate del proyecto de ley 107 de 2010 Cámara por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, acumulado con el proyecto de ley número 85 de 2010 Cámara por la cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras. Bogotá, 4 de noviembre de 2010.

Congreso de la República de Colombia, Gacetas 97 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, Acta número 31 de 2010. Bogotá, 16 de noviembre de 2010.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 98 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, Acta número 32 de 2010*, Bogotá, 17 de noviembre de 2010.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 946 de 2010, Proposición artículo nuevo al proyecto de ley 107 de 2010 cámara por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, acumulado con el proyecto de ley número 085 de 2010 cámara por la cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras*. Bogotá, 22 de noviembre de 2010.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 260 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, Acta número 33 de 2010*, Bogotá, 23 de noviembre de 2010.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 953 de 2010 Enmienda a proyecto de ley 107 de 2010 cámara, Por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Acumulado con el proyecto de ley número 085 de 2010 cámara por la cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras*, Bogotá, 24 de noviembre de 2010.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 1127 de 2010 Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, Acta número 34 de 2010*. Bogotá, 24 de noviembre de 2010.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 178 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, Acta número 35 de 2010*. Bogotá, 25 de noviembre de 2010.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 1004 de 2010 Texto aprobado en primer debate al proyecto de ley número 107 de 2010 cámara por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, acumulado con el proyecto de ley número 85 de 2010 cámara por la cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras.* Bogotá, noviembre de 2010

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 1004 de 2010 Ponencia para segundo debate al proyecto de ley 107 de 2010 Cámara por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Acumulado proyecto de ley número 85 de 2010 Cámara por la cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras.* Bogotá, noviembre 30 de 2010.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 88 de 2011 Acta de plenaria de la Cámara de Representantes sesión ordinaria, número 39 de 2010,* Bogotá, 7 de diciembre de 2010.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 116 de 2011 Acta de plenaria de la Cámara de Representantes sesión ordinaria, número 40 de 2010,* Bogotá, 13 de diciembre de 2010.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 1139 de 2010 texto aprobado en sesión plenaria al proyecto de ley 107 de 2010 Cámara, acumulado con el proyecto de ley número 85 de 2010 cámara por la cual se dictan medidas de atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y se dictan otras disposiciones,* Bogotá, 28 de diciembre de 2010.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 63 de 2011 Ponencia para primer debate al proyecto de ley 213 de 2010 senado, 107 de 2010 Cámara acumulado con el proyecto de ley número 085 de 2010 cámara por la cual se dictan medidas de atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y se dictan otras disposiciones*, Bogotá, 23 de febrero de 2011

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 73 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, Acta número 36 de 2011*, Bogotá, 2 de marzo de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 102 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, Acta número 37 de 2011*, Bogotá, 8 de marzo de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 151 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, Acta número 38 de 2011*, Bogotá, 15 de marzo de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 186 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, Acta número 39 de 2011*, Bogotá, 16 de marzo de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 187 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, Acta número 40 de 2011, 20 de marzo de 2011, y Acta número 41 de 2011, 23 de marzo de 2011.*

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 199 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, Acta número 42 de 2011, 29 de marzo de 2011, y Acta número 43 de 2011, Bogotá, 30 de marzo de 2011.*

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 220 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, Acta número 44 de 2011*, Bogotá, 5 de abril de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 292 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, Acta número 45 de 2011*, Bogotá, 6 de abril de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 293 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, Acta número 46 de 2011*, Bogotá, 12 de abril de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 294 de 2011 Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, Acta número 47 de 2011*, Bogotá, 14 de abril de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 247 de 2011 Texto aprobado por la comisión primera del honorable senado de la república al proyecto de ley número 213 de 2010 senado - 107 de 2010 cámara, acumulado con el proyecto de ley número 085 de 2010 cámara por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y se dictan otras disposiciones*, Bogotá, 14 de abril de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 247 de 2011 Ponencia para segundo debate al proyecto de ley 213 de 2010 senado, 107 de 2010 cámara acumulado con el proyecto de ley número 085 de 2010 cámara por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y se dictan otras disposiciones*, Bogotá, 5 de mayo de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 253 de 2011 Ponencia para segundo debate al proyecto de ley 213 de 2010 senado, 107 de 2010 cámara acumulado con el proyecto de ley 85 de 2010 cámara por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario y se dictan otras disposiciones*, Luis Carlos Avellaneda, Bogotá, mayo de 2011

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 468 de 2011 Acta de plenaria Senado de la República sesión ordinaria, número 55 de 2011*, Bogotá, 18 de mayo de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 469 de 2011 Acta de plenaria Senado de la República sesión ordinaria, número 56 de 2011*, Bogotá, 24 de mayo de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 339 de 2011 Texto aprobado en sesión plenaria al proyecto de ley 213 de 2010 senado, 107 de 2010 cámara acumulado con el proyecto de ley número 085 de 2010 cámara por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Mayo de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Gaceta 340 de 2011 Informe de conciliación al proyecto de ley 213 de 2010 senado, 107 de 2010 cámara acumulado con el proyecto de ley número 085 de 2010 cámara por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*, Bogotá, 31 de mayo de 2011.

Congreso de la República de Colombia, *Ley 1448 de 2011*. Diario Oficial No. 48.096 de 10 de junio de 2011.

Comisión Colombiana de Juristas; Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo CCAJAR; Corporación Sisma Mujer; Corporación Jurídica Yira Castro; Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado, Corporación Sembrar, Asociación Colombiana de Estudiantes Universitarios, Partido Socialista de los Trabajadores de Colombia; Comisión Intereclesial de Justicia y Paz; Coordinación Nacional de Desplazados; Corporación Viva la Ciudadanía, Mesa Nacional de Víctimas; Asociación Nacional de Mujeres Campesinas e Indígenas de Colombia; Corporación Reiniciar; Fundación CINEP-Programa por la Paz; Equipo Nacional de Verificación de la Comisión de Seguimiento a la Política sobre Desplazamiento Forzado; Corporación para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, REINICIAR; Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento; Asociación Nacional de Ayuda Solidaria; Asociación Nacional de Afrocolombianos Desplazados; Asociación para el Desarrollo Integral de la Mujer, la Juventud y la Infancia – Asomujer y Trabajo; Corporación Jurídica Libertad; Movimiento de mujeres Ruta Pacífica de las Mujeres Cauca; Humanidad Vigente Corporación Jurídica; Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos; Corporación para el Desarrollo del Oriente, Compromiso; Corporación Comunitar; Asociación Colectivo Mujeres al Derecho; Organización Femenina Popular; Fundación Círculo de Estudios Culturales y Políticos; Corporación para la convivencia, la paz y el desarrollo humano sostenible para la Amazonía, Corporación de Desarrollo y Paz del Huila y Piedemonte Amazónico; y Grupo Género, Educación y Desarrollo de la Universidad del Cauca, *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 28 numeral 9 parcial; 70 parcial; 72 incisos 1,2,4 y 5 parciales; 73 numerales 1 y 2 parciales; 74 inciso 6 parcial; 75 parcial;*

76 inciso 4 parcial e inciso 5; 77 numerales 3 y 4 parciales; 78 parcial; 84 parágrafo 2 parcial; 91 inciso 1 parcial; 99; 120 inciso 3; y 207 de la ley 1448 de 2011, Bogotá, 2012.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, *Restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos, informe definitivo del Relator Especial, Sr. Paulo Sergio Pinheiro*, 28 de junio de 2005.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-275 de 1994*, MP. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-443 de 1994*, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-293 de 1995* MP. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia SU-717 de 1998*, MP. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-427 de 1998*, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional colombiana, *Sentencias T-327 de 2001*. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-426 de 2002*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-268 de 2003*, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-038 de 2004*. M.P. Eduardo Montealegre.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-673 de 2005*, M.P. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-189 de 2006*, M.P. Rodrigo Escobar

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-370 de 2006* M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-360 de 2007*, MP. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T-821 de 2007*, M.P. Catalina Botero.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-458 de 2008*, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-085 de 2009*, M.P. Jaime Araújo.

Corte Constitucional Colombiana, *Auto 008 de 2009*, MP. Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T-367 de 2010*, M.P. María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-936 de 2010*, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional Colombiana, *Auto 219 de 2011*, MP. Luis Ernesto Vargas.

Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia T -159 de 2011*, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 26 de junio de 1987.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentencia de 7 de junio de 2003.

Corte IDH. *Caso Cantos*, Sentencia de 28 de noviembre de 2002.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, Sentencia de 21 de junio de 2002.

Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes*, Sentencia de 5 de julio de 2004.

Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango*, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C.No.148, párrs.178 y 182.

Corte IDH, *Caso Goiburú y otros*, Sentencia 22 de septiembre de 2006

Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, Sentencia 31 de enero de 2006.

Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán*, Sentencia 15 de septiembre de 2005.

Fedegan, *Ganaderos reciben con expectativa a ley de víctimas*, 2011, tomado en línea:

http://portal.fedegan.org.co/pls/portal/docs/PAGE/FNG_PORTLETS/NOTICIASYCOMUNICADOS/BOLETINESDEPRENSA/BOLET%CDN%20LEY%20DE%20VICTIMAS_0.PDF

Frühling, Michael, *Intervención del director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos durante el Seminario Internacional: La Corte Penal Internacional: instrumento de paz para Colombia*, Bogotá, 16 de septiembre de 2003.

García Inda, Andrés, *La violencia de las formas jurídicas, la sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu*, Cedecs textos abiertos, Barcelona, 1997.

Giménez, Gilberto, *La sociología de Pierre Bourdieu*”, Ciudad de México, tomado en línea en: <http://www.paginasprodigy.com/peimber/BOURDIEU.pdf>

Indepaz, *Parapolítica en el congreso electo para el periodo 2010-2014*, Bogotá, tomado en línea: <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2012/04/Parapolitica-senado-electo-27-abril-2012.pdf>

Martínez, Ana Teresa, Pierre Bourdieu razones y lecciones de una práctica sociológica, Buenos Aires, Manantial, 2007.

Mesa Nacional de Fortalecimiento a Organizaciones de Población Desplazada. *Declaración Mesa Nacional de Desplazados*, Bogotá, 24 de noviembre de 2010, tomado en línea: <http://elsalmonurbano.blogspot.com/2010/11/declaracion-mesa-nacional-de.html>

Ministerio del Interior, “*Ley de víctimas parte en dos la historia de Colombia*”: *Mininterior*, tomado en línea, Bogotá, 24 de mayo de 2011, tomado en línea en: <http://www.mij.gov.co/Ministerio/NewsDetail/819/1/LeydevictimasparteendoslahistoriadeColombiaMininterior>

Morales de Setién Ravina, Carlos, *La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner*, en: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La Fuerza del Derecho*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del hombre Editores, 2000.

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Principios rectores de los desplazamientos internos*, Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos, doc.E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998.

OACNUDH, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 2009*, 4 de marzo de 2010. Tomado en línea: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/Informe2009_esp.pdf

OACNUDH, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 2010*, 3 de febrero de 2011. Tomado en línea:

<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informes.php3?cod=14&cat=11>

OACNUDH, “*Día Internacional de los Derechos Humanos, “Por el derecho a la vida y a la tierra”*”, tomado en línea en Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas Para los DDHH, Bogotá, 10 de diciembre de 2010, tomado en línea es:

<http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2010/comunicados2010.php3?cod=38&cat=81>

Presidencia de la República, “*“Propietarios honestos pueden estar tranquilos” en relación con la Ley de Restitución de Tierras: Presidente Santos*”, tomado en línea, Bogotá, 25 de noviembre de 2010, tomado en línea:

http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2010/Noviembre/Paginas/20101125_16.aspx

PNUD, *Colombia rural, razones para la esperanza, Informe Nacional de Desarrollo Humano*, Bogotá, PNUD, 2011.

Programa de Restitución de Bienes, *Documento final entregado por el Comité Técnico Especializado - CTE a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación* – Bogotá, CNRR, 2010.

Restrepo Salazar, Juan Camilo, *Presentación: Una política integral de tierras para Colombia*, Bogotá, Ministerio de Agricultura, Agosto de 2010.

Robledo, Jorge Enrique, *El gobierno ha faltado a la verdad: no se ha restituido una sola hectárea de tierra. La restitución como cortina de humo a las peores políticas agrarias*, tomado en línea, Bogotá, 29 de mayo de 2012, tomado en línea: <http://moir.org.co/El-gobierno-ha-faltado-a-la-verdad.html>

Rodrigo Uprimny y Camilo Sánchez, *Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 12, núm. 2, julio-diciembre, 2010,

Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, En línea:
http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&publicacion=1141

Salinas, Yamile, *Tenencia de tierra y conflicto armado*. Bogotá, Caja de Herramientas # 121, 2007. Tomado en línea:

http://www.viva.org.co/caja_herramientas_contenido.htm?cmd%5B825%5D=x-825-18812269&cmd%5B822%5D=x-822-18812264&cmd%5B874%5D=x-874-18812264&cmd%5B824%5D=c-1-3b4b85fd854bb6de807f26760702bb41

Salinas Abdala, Yamile, *Diagnóstico y propuesta sobre atención a la población desplazada la protección y restitución de las tierras y bienes inmuebles de las víctimas del desplazamiento*, Bogotá, Centro de Investigaciones Sociojuridicas (CIJUS), 2009.

Saunders, Rebecca, *Lo que se pierde en la traducción: expresiones del sufrimiento humano, el lenguaje de los DDHH y la Comisión Sudafricana de la Verdad y reconciliación*, en: Sur Revista Internacional de Derechos Humanos No. 9, Sao Paulo, Diciembre de 2008.

Trubeck, David e Dezalay, Yves, *La restructuración global y el derecho*, Bogotá, Pensamiento jurídico 1, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, citado por: Mauricio García Villegas y César Rodríguez Garavito, *Derecho y Sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*, en Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos, Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos y Universidad Nacional de Colombia, 2003.

ANEXO

El 13 de septiembre de 2012 la Corte Constitucional colombiana resolvió la demanda de inconstitucionalidad como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad a la que se ha hecho alusión en esta tesis, por esta razón se anexa el comunicado de esta Corporación al respecto:

LA CORTE CONSTITUCIONAL SE PRONUNCIÓ ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR EN RELACIÓN CON LAS TIERRAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE RESTITUCIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO

VII. EXPEDIENTE D-8963 - SENTENCIA C-715/12 (Septiembre 13)
M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

1. Normas acusadas

LEY 1448 DE 2011 (Junio 10)

Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO 28. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. Las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente Ley, tendrán entre otros los siguientes derechos en el marco de la normatividad vigente:

1. Derecho a la verdad, justicia y reparación.
2. Derecho a acudir a escenarios de diálogo institucional y comunitario.
3. Derecho a ser beneficiario de las acciones afirmativas adelantadas por el Estado para proteger y garantizar el derecho a la vida en condiciones de dignidad.
4. Derecho a solicitar y recibir atención humanitaria.
5. Derecho a participar en la formulación, implementación y seguimiento de la política pública de prevención, atención y reparación integral.
6. Derecho a que la política pública de que trata la presente ley, tenga enfoque diferencial.
7. Derecho a la reunificación familiar cuando por razón de su tipo de victimización se haya dividido el núcleo familiar.

8. Derecho a retornar a su lugar de origen o reubicarse en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad, en el marco de la política de seguridad nacional.
9. Derecho a la restitución de la tierra **si hubiere sido despojado de ella**, en los términos establecidos en la presente Ley.
10. Derecho a la información sobre las rutas y los medios de acceso a las medidas que se establecen en la presente Ley.
11. Derecho a conocer el estado de procesos judiciales y administrativos que se estén adelantando, en los que tengan un interés como parte o intervinientes.
12. Derecho de las mujeres a vivir libres de violencia.

ARTÍCULO 70. El Estado colombiano, a través del Plan Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, deberá adoptar un programa integral dentro del cual se incluya el retorno de la víctima a su lugar de residencia o la reubicación y la restitución de sus bienes **inmuebles**.

ARTÍCULO 72. ACCIONES DE RESTITUCIÓN DE LOS DESPOJADOS. El Estado colombiano adoptará las medidas requeridas para la restitución jurídica y material **de las tierras** a los despojados y desplazados. De no ser posible la restitución, para determinar y reconocer la compensación correspondiente.

Las acciones de reparación **de los despojados** son: la restitución jurídica y material **del inmueble despojado**. En subsidio, procederá, en su orden, la restitución por equivalente o el reconocimiento de una compensación.

En el caso de bienes baldíos se procederá con la adjudicación del derecho de propiedad del baldío a favor de la persona que venía ejerciendo su explotación económica si durante el despojo o abandono se cumplieron las condiciones para la adjudicación.

La restitución jurídica **del inmueble despojado** se realizará con el restablecimiento de los derechos de propiedad o posesión, según el caso. El restablecimiento del derecho de propiedad exigirá el registro de la medida en el folio de matrícula inmobiliaria. En el caso del derecho de posesión, su restablecimiento podrá acompañarse con la declaración de pertenencia, en los términos señalados en la ley.

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 riesgo 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. La compensación en dinero sólo procederá en el evento en que no sea posible ninguna de las formas de restitución.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia dentro de los (6) seis meses siguientes a la expedición de la presente ley.

ARTÍCULO 73. PRINCIPIOS DE LA RESTITUCIÓN. La restitución de que trata la presente ley estará regida por los siguientes principios:

1. Preferente. La restitución **de tierras**, acompañada de acciones de apoyo post-restitución, constituye la medida preferente de reparación integral para las víctimas;
2. Independencia. El derecho a la restitución **de las tierras** es un derecho en sí mismo y es independiente de que se haga o no el efectivo el retorno de las víctimas a quienes les asista ese derecho;
3. Progresividad. Se entenderá que las medidas de restitución contempladas en la presente ley tienen como objetivo el de propender de manera progresiva por el restablecimiento del proyecto de vida de las víctimas;
4. Estabilización. Las víctimas del desplazamiento forzado y del abandono forzado, tienen derecho a un retorno o reubicación voluntaria en condiciones de sostenibilidad, seguridad y dignidad;
5. Seguridad jurídica. Las medidas de restitución propenderán por garantizar la seguridad jurídica de la restitución y el esclarecimiento de la situación de los predios objeto de restitución. Para el efecto, se propenderá por la titulación de la propiedad como medida de restitución, considerando la relación jurídica que tenían las víctimas con los predios objeto de restitución o compensación;
6. Prevención. Las medidas de restitución se producirán en un marco de prevención del desplazamiento forzado, de protección a la vida e integridad de los reclamantes y de protección jurídica y física de las propiedades y posesiones de las personas desplazadas;
7. Participación. La planificación y gestión del retorno o reubicación y de la reintegración a la comunidad contará con la plena participación de las víctimas;
8. Prevalencia constitucional. Corresponde a las autoridades judiciales de que trata la presente ley, el deber de garantizar la prevalencia de los derechos de las víctimas del despojo y el abandono forzado, que tengan un vínculo especial constitucionalmente protegido, con los bienes de los cuales fueron despojados. En virtud de lo anterior, restituirán prioritariamente a las víctimas más vulnerables, y a aquellas que tengan un vínculo con la tierra que sea objeto de protección especial.

ARTÍCULO 74. DESPOJO Y ABANDONO FORZADO DE TIERRAS. Se entiende por despojo la acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia.

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

La perturbación de la posesión o el abandono del bien inmueble, con motivo de la situación de violencia que obliga al desplazamiento forzado del poseedor durante el período establecido en el artículo 75, no interrumpirá el término de prescripción a su favor.

El despojo de la posesión del inmueble o el desplazamiento forzado del poseedor durante el período establecido en el artículo 75 no interrumpirá el término de usucapión exigido por la normativa. En el caso de haberse completado el plazo de posesión exigido por la normativa, en el mismo proceso, se podrá presentar la acción de declaración de pertenencia a favor del restablecido poseedor.

Si el despojo o el desplazamiento forzado perturbaron la explotación económica de un baldío, para la adjudicación de su derecho de dominio a favor del despojado no se tendrá en cuenta la duración de dicha explotación. En estos casos el Magistrado deberá acoger el criterio sobre la Unidad Agrícola Familiar como extensión máxima a titular y será ineficaz cualquier adjudicación que exceda de esta extensión.

El propietario o poseedor de tierras o explotador económico de un baldío, informará del hecho del desplazamiento a cualquiera de las siguientes entidades: la Personería Municipal, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría Agraria, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas o a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que se adelanten las acciones a que haya lugar.

PARÁGRAFO. La configuración del despojo es independiente de la responsabilidad penal, administrativa, disciplinaria, o civil, tanto de la persona que priva del derecho de propiedad, posesión, ocupación o tenencia del inmueble, como de quien realiza las amenazas o los actos de violencia, según fuere el caso.

ARTÍCULO 75. TITULARES DEL DERECHO A LA RESTITUCIÓN. Las personas **que fueran propietarias o poseedoras de predios, o explotadoras de baldíos** cuya propiedad se pretenda adquirir por adjudicación, que hayan sido despojadas de estas o que se hayan visto obligadas a abandonarlas como consecuencia directa e indirecta de los hechos que configuren las violaciones de que trata el artículo 30 de la presente Ley, entre el 1o de enero de 1991 y el término de vigencia de la Ley, pueden solicitar la restitución jurídica y material **de las tierras** despojadas o abandonadas forzosamente, en los términos establecidos en este capítulo.

ARTÍCULO 76. REGISTRO DE TIERRAS PRESUNTAMENTE DESPOJADAS Y ABANDONADAS FORZOSAMENTE. Créase el "*Registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente*" como instrumento para la restitución de tierras a que se refiere esta ley. En el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente se inscribirán también las personas que fueron despojadas de sus tierras u obligadas a abandonarlas y su relación jurídica con estas, determinando con precisión los predios objeto de despojo, en forma preferente mediante georreferenciación, así como el período durante el cual se ejerció influencia armada en relación con el predio.

El registro se implementará en forma gradual y progresiva, de conformidad con el reglamento, teniendo en cuenta la situación de seguridad, la densidad histórica del despojo y la existencia de condiciones para el retorno. La conformación y administración del registro estará a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas que se crea por esta Ley.

La inscripción en el registro procederá de oficio, o por solicitud del interesado. En el registro se determinará el predio objeto del despojo o abandono forzado, la persona y el núcleo familiar del despojado o de quien abandonó el predio. Cuando resulten varios despojados de un mismo predio o múltiples abandonos, la Unidad los inscribirá individualmente en el registro. En este caso se tramitarán todas las solicitudes de restitución y compensación en el mismo proceso.

Una vez recibida la solicitud de inscripción de un predio en el registro por la parte interesada, o iniciado el trámite de oficio, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, comunicará de dicho trámite al propietario, poseedor u ocupante que se encuentre en el predio objeto de registro, a fin de que pueda aportar las pruebas documentales que acrediten **la propiedad, posesión u ocupación** de dicho predio de buena fe, conforme a la ley. Esta Unidad tiene un término de sesenta (60) días, contado a partir del momento en que acometa el estudio conforme con el inciso segundo de este artículo, para decidir sobre su inclusión en el Registro. Este término podrá ser prorrogado hasta por treinta (30) días, cuando existan o sobrevengan circunstancias que lo justifiquen.

La inscripción de un predio en el registro de tierras despojadas será requisito de procedibilidad para iniciar la acción de restitución a que se refiere este Capítulo.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas tendrá acceso a todas las bases de datos sobre las víctimas de despojo o abandono forzado, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y de los catastros descentralizados, de las notarías, del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, de la Superintendencia de Notariado y Registro, de las oficinas de registro de instrumentos públicos, entre otros.

Para estos efectos, las entidades dispondrán de servicios de intercambio de información en tiempo real con la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, con base en los estándares de seguridad y políticas definidas en el Decreto 1151 de 2008 sobre la estrategia de Gobierno en Línea.

En los casos en que la infraestructura tecnológica no permita el intercambio de información en tiempo real, los servidores públicos de las entidades y organizaciones respectivas, deberán entregar la información en el término máximo de diez (10) días, contados a partir de la solicitud. Los servidores públicos que obstruyan el acceso a la información o incumplan con esta obligación incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

PARÁGRAFO 1o. Las autoridades que reciban información acerca del abandono forzado y de despojo de tierras deben remitir a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, al día hábil siguiente a su recibo, toda la información correspondiente con el objetivo de agilizar la inscripción en el registro y los procesos de restitución.

PARÁGRAFO 2o. La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas deberá permitir el acceso a la información por parte de la Unidad

Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, en aras de garantizar la integridad e interoperatividad de la Red Nacional de Información para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

ARTÍCULO 77. PRESUNCIONES DE DESPOJO EN RELACIÓN CON LOS PREDIOS INSCRITOS EN EL REGISTRO DE TIERRAS DESPOJADAS. En relación con los predios inscritos en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente se tendrán en cuenta las siguientes presunciones:

1. *Presunciones de derecho en relación con ciertos contratos.* Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume de derecho que existe ausencia de consentimiento, o causa ilícita, en los negocios y contratos de compraventa o cualquier otro mediante el cual se transfiera o se prometa transferir un derecho real, la posesión u ocupación sobre el inmueble objeto de restitución, celebrados durante el periodo previsto en el artículo 75, entre la víctima de este, su cónyuge, compañero o compañera permanente, los familiares o mayores de edad con quienes conviva, sus causahabientes con las personas que hayan sido condenadas por pertenencia, colaboración o financiación de grupos armados que actúan por fuera de la ley cualquiera que sea su denominación, o por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio, o a través de terceros. La ausencia de consentimiento en los contratos y negocios mencionados en este numeral genera la inexistencia del acto o negocio de que se trate y la nulidad absoluta de todos los actos o negocios posteriores que se celebren sobre la totalidad o una parte del bien.

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

a. En cuya colindancia hayan ocurrido actos de violencia generalizados, fenómenos de desplazamiento forzado colectivo, o violaciones graves a los derechos humanos en la época en que ocurrieron las amenazas o hechos de violencia que se alega causaron el despojo o abandono, o en aquellos inmuebles en donde se haya solicitado las medidas de protección individuales y colectivas relacionadas en la Ley 387 de 1997, excepto en aquellos casos autorizados por la autoridad competente, o aquellos mediante el cual haya sido desplazado la víctima de despojo, su cónyuge, compañero o compañera permanente, los familiares o mayores de edad con quienes convivía o sus causahabientes.

b. Sobre inmuebles colindantes de aquellos en los que, con posterioridad o en forma concomitante a las amenazas, se cometieron los hechos de violencia o el despojo se hubiera producido un fenómeno de concentración de la propiedad de la tierra en una o más personas, directa o indirectamente; sobre inmuebles vecinos de aquellos donde se hubieran producido alteraciones significativas de los usos de la tierra como la sustitución de agricultura de consumo y sostenimiento por monocultivos, ganadería extensiva o

minería industrial, con posterioridad a la época en que ocurrieron las amenazas, los hechos de violencia o el despojo.

c. Con personas que hayan sido extraditadas por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio, o a través de terceros.

d. En los casos en los que el valor formalmente consagrado en el contrato, o el valor efectivamente pagado, sean inferiores al cincuenta por ciento del valor real de los derechos cuya titularidad se traslada en el momento de la transacción.

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

f. Frente a propiedad adjudicada de conformidad con la Ley 135 de 1961 y el Decreto 561 de 1989, a empresas comunitarias, asociaciones o cooperativas campesinas, cuando con posterioridad al desplazamiento forzado se haya dado una transformación en los socios integrantes de la empresa.

3. *Presunciones legales sobre ciertos actos administrativos.* Cuando la parte **opositora** hubiere probado **la propiedad, posesión u ocupación**, y el posterior despojo de un bien inmueble, no podrá negársele su restitución con fundamento en que un acto administrativo posterior legalizó una situación jurídica contraria a los derechos de la víctima. Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume legalmente que tales actos son nulos. Por lo tanto, el juez o Magistrado podrá decretar la nulidad de tales actos. La nulidad de dichos actos produce el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad de todos los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del bien o sobre parte del mismo.

4. *Presunción del debido proceso en decisiones judiciales.* Cuando el solicitante hubiere probado **la propiedad, posesión u ocupación**, y el posterior despojo de un bien inmueble, no podrá negársele su restitución con fundamento en que una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada otorgó, transfirió, expropió, extinguió o declaró la propiedad a favor de un tercero, o que dicho bien fue objeto de diligencia de remate, si el respectivo proceso judicial fue iniciado entre la época de las amenazas o hechos de violencia que originaron el desplazamiento y la de la sentencia que da por terminado el proceso de que trata esta ley.

Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume que los hechos de violencia le impidieron al despojado ejercer su derecho fundamental de defensa dentro del proceso a través del cual se legalizó una situación contraria a su derecho. Como consecuencia de lo anterior, el juez o Magistrado podrá revocar las decisiones judiciales a través de las cuales se vulneraron los derechos de la víctima y a ordenar los ajustes tendientes a implementar y hacer eficaz la decisión favorable a la víctima del despojo.

5. *Presunción de inexistencia de la posesión.* Cuando se hubiera iniciado una posesión sobre el bien objeto de restitución, durante el periodo previsto en el artículo 75 y la

sentencia que pone fin al proceso de que trata la presente ley, se presumirá que dicha posesión nunca ocurrió.

ARTÍCULO 78. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. Bastará con la prueba sumaria **de la propiedad, posesión u ocupación** y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución, salvo que estos también hayan sido reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio.

ARTÍCULO 84. CONTENIDO DE LA SOLICITUD. La solicitud de restitución o formalización deberá contener:

- a) La identificación del predio que deberá contener como mínimo los siguientes datos: la ubicación, el departamento, municipio, corregimiento o vereda, la identificación registral, número de la matrícula inmobiliaria e identificación catastral, número de la cédula catastral.
- b) La constancia de inscripción del predio en el registro de tierras despojadas.
- c) Los fundamentos de hecho y de derecho de la solicitud.
- d) Nombre, edad, identificación y domicilio del despojado y de su núcleo familiar, o del grupo de personas solicitantes, según el caso.
- e) El certificado de tradición y libertad de matrícula inmobiliaria que identifique registralmente el predio.
- f) La certificación del valor del avalúo catastral del predio.

PARÁGRAFO 1o. Se garantizará la gratuidad a favor de las víctimas, de los trámites de que trata el presente artículo, incluyendo la exención del arancel judicial a que se refiere la Ley 1394 de 2010.

PARÁGRAFO 2o. En los casos en que no sea posible allegar con la solicitud los documentos contenidos a literales e) y f) del presente artículo, se podrán acreditar por cualquiera de los medios de prueba admisibles señalados en el Código de Procedimiento Civil su calidad de **propietario, poseedor u ocupante** de las tierras objeto de restitución.

ARTÍCULO 91. CONTENIDO DEL FALLO. La sentencia se pronunciará de manera definitiva sobre **la propiedad, posesión del bien u ocupación del baldío** objeto de la demanda y decretará las compensaciones a que hubiera lugar, a favor de los opositores que probaron buena fe exenta de culpa dentro del proceso. Por lo tanto, la sentencia constituye título de propiedad suficiente.

La sentencia deberá referirse a los siguientes aspectos, de manera explícita y suficientemente motivada, según el caso:

- a. Todas y cada una de las pretensiones de los solicitantes, las excepciones de opositores y las solicitudes de los terceros;

- b. La identificación, individualización, deslinde de los inmuebles que se restituyan, indicando su ubicación, extensión, características generales y especiales, linderos, coordenadas geográficas, identificación catastral y registral y el número de matrícula inmobiliaria.
- c. Las órdenes a la oficina de registro de instrumentos públicos para que inscriba la sentencia, en la oficina en donde por circunscripción territorial corresponda el registro del predio restituido o formalizado.
- d. Las órdenes a la oficina de registro de instrumentos públicos para que cancele todo antecedente registral sobre gravámenes y limitaciones de dominio, títulos de tenencia, arrendamientos, de la denominada falsa tradición y las medidas cautelares registradas con posterioridad al despojo o abandono, así como la cancelación de los correspondientes asientos e inscripciones registrales;
- e. Las órdenes para que los inmuebles restituidos queden protegidos en los términos de la Ley 387 de 1997, siempre y cuando los sujetos a quienes se les restituya el bien estén de acuerdo con que se profiera dicha orden de protección;
- f. En el caso de que procediera la declaración de pertenencia, si se hubiese sumado el término de posesión exigido para usucapir previsto por la normativa, las órdenes a la oficina de registro de instrumentos públicos para que inscriba dicha declaración de pertenencia;
- g. En el caso de la **explotación de baldíos**, se ordenará al Incoder la realización de las adjudicaciones de baldíos a que haya lugar.
- h. Las órdenes necesarias para restituir al poseedor favorecido en su derecho por la sentencia dentro del proceso de restitución, de acuerdo con lo establecido en la presente ley, cuando no se le reconozca el derecho de dominio en la respectiva providencia;
- i. Las órdenes necesarias para que se desengloben o parcelen los respectivos inmuebles cuando el inmueble a restituir sea parte de uno de mayor extensión. El Juez o Magistrado también ordenará que los predios se engloben cuando el inmueble a restituir incluya varios predios de menor extensión;
- j. Las órdenes pertinentes para que se haga efectivo cumplimiento de las compensaciones de que trata la ley, y aquellas tendientes a garantizar los derechos de todas las partes en relación con las mejoras sobre los bienes objeto de restitución;
- k. Las órdenes necesarias para que la persona compensada transfiera al Fondo de la Unidad Administrativa el bien que le fue despojado y que fue imposible restituirle.
- l. La declaratoria de nulidad de las decisiones judiciales que por los efectos de su sentencia, pierdan validez jurídica, de conformidad con lo establecido en la presente ley.
- m. La declaratoria de nulidad de los actos administrativos que extingan o reconozcan derechos individuales o colectivos, o modifiquen situaciones jurídicas particulares y concretas, debatidos en el proceso, si existiera mérito para ello, de conformidad con lo establecido en esta ley, incluyendo los permisos, concesiones y autorizaciones para el

aprovechamiento de los recursos naturales que se hubieran otorgado sobre el predio respectivo;

n. La orden de cancelar la inscripción de cualquier derecho real que tuviera un tercero sobre el inmueble objeto de restitución, en virtud de cualesquiera obligaciones civiles, comerciales, administrativas o tributarias contraídas, de conformidad con lo debatido en el proceso;

o. Las órdenes pertinentes para que la fuerza pública acompañe y colabore en la diligencia de entrega material de los bienes a restituir;

p. Las órdenes que sean necesarias para garantizar la efectividad de la restitución jurídica y material del bien inmueble y la estabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos de las personas reparadas;

q. Las órdenes y condenas exigibles de quienes hayan sido llamados en garantía dentro del proceso a favor de los demandantes y/o de los demandados de buena fe derrotados en el proceso;

r. Las órdenes necesarias para garantizar que las partes de buena fe exenta de culpa vencidas en el proceso sean compensadas cuando fuera del caso, en los términos establecidos por la presente ley;

s. La condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso de restitución de que trata la presente ley cuando se acredite su dolo, temeridad o mala fe;

t. La remisión de oficios a la Fiscalía General de la Nación en caso de que como resultado del proceso se perciba la posible ocurrencia de un hecho punible.

PARÁGRAFO 1o. Una vez ejecutoriada la sentencia, su cumplimiento se hará de inmediato. En todo caso, el Juez o Magistrado mantendrá la competencia para garantizar el goce efectivo de los derechos del reivindicado en el proceso, prosiguiéndose dentro del mismo expediente las medidas de ejecución de la sentencia, aplicándose, en lo procedente, el artículo 335 del Código de Procedimiento Civil. Dicha competencia se mantendrá hasta tanto estén completamente eliminadas las causas de la amenaza sobre los derechos del reivindicado en el proceso.

PARÁGRAFO 2o. El Juez o Magistrado dictará el fallo dentro de los cuatro meses siguientes a la solicitud. El incumplimiento de los términos aplicables en el proceso constituirá falta gravísima.

PARÁGRAFO 3o. Incurrirá en falta gravísima el funcionario que omita o retarde injustificadamente el cumplimiento de las órdenes contenidas en el fallo o no brinde al Juez o al Magistrado el apoyo requerido por este para la ejecución de la sentencia.

PARÁGRAFO 4o. El título del bien deberá entregarse a nombre de los dos cónyuges o compañeros permanentes, que al momento del desplazamiento, abandono o despojo, cohabitaban, así al momento de la entrega del título no están unidos por ley.

ARTÍCULO 99. CONTRATOS PARA EL USO DEL PREDIO RESTITUIDO. Cuando existan proyectos agroindustriales productivos en el predio objeto de

restitución y con el propósito de desarrollar en forma completa el proyecto, el Magistrado que conozca del proceso podrá autorizar, mediante el trámite incidental, la celebración de contratos entre los beneficiarios de la restitución, y el opositor que estuviera desarrollando el proyecto productivo, sobre la base del reconocimiento del derecho de dominio del restituido o restituidos, y que el opositor haya probado su buena fe exenta de culpa en el proceso.

Cuando no se pruebe la buena fe exenta de culpa, el Magistrado entregará el proyecto productivo a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas para que lo explote a través de terceros y se destine el producido del proyecto a programas de reparación colectiva para víctimas en las vecindades del predio, incluyendo al beneficiario de la restitución.

El Magistrado velará por la protección de los derechos de las partes y que estos obtengan una retribución económica adecuada.

ARTÍCULO 120. RÉGIMEN PENAL. El que obtenga la inscripción en el registro de tierras despojadas alterando o simulando deliberadamente las condiciones requeridas para su inscripción, u ocultando las que la hubiesen impedido, incurrirá en prisión de ocho (8) a doce (12) años. De la misma manera, el servidor público que teniendo conocimiento de la alteración o simulación fraudulenta, facilite, o efectúe la inscripción en el registro de tierras despojadas, incurrirá en la misma pena e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

Las mismas penas se impondrán al que presente ante el Tribunal solicitud de restitución de tierras en desarrollo de las disposiciones de esta ley, sin tener la calidad de despojado, o a quien presente oposición a una solicitud de restitución, a través de medios fraudulentos o documentos falsos y a quien emplee en el proceso pruebas que no correspondan con la realidad.

Quienes acudan al proceso y confiesen la ilegalidad de los títulos o el despojo de las tierras o de los derechos reclamados en el proceso se harán beneficiarios al principio de oportunidad previsto en el Código de Procedimiento Penal.

ARTÍCULO 207. Cualquier persona que demande la condición de víctima en los términos del artículo 3o de la presente ley, que utilice las vías de hecho para invadir, usar u ocupar un predio del que pretenda restitución o reubicación como medida reparadora, sin que su situación jurídica dentro del proceso de restitución de tierras despojadas y abandonadas forzosamente haya sido resuelta en los términos de los artículos 91, 92 y siguientes de la presente ley, o en las normas que las modifiquen, sustituyan o adicionen, perderá los beneficios establecidos en el Capítulo III del Título IV de esta ley.

Lo anterior sin perjuicio de la aplicación de las demás normas vigentes que sancionen dicha conducta.

2. Decisión

PRIMERO.- Declarar **EXEQUIBLE** las expresiones "si hubiere sido despojado de ella" y "de los despojados", "despojado" y "el despojado" contenidas en los artículos 28, numeral 9 y 72 incisos 2, 4 y 5, de la Ley 1448 de 2011, en el entendido de que estas expresiones incluyen tanto a las víctimas de despojo como a las víctimas forzadas al abandono de sus bienes.

SEGUNDO.- Declarar **EXEQUIBLE** las expresiones "de la tierra", "inmuebles", "de las tierras", "de los inmuebles", "del inmueble" y "de tierras" contenidas en los artículos 70, 72, 73 y 75 de la Ley 1448 de 2011, por el cargo analizado en esta sentencia.

TERCERO.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "El propietario o poseedor de tierras" contenida en el inciso 7º del artículo 74; la expresión "que fueran propietarias o poseedoras de predios", contenida en el inciso 1º del artículo 75; las expresiones "la propiedad, posesión u ocupación", contenidas en el inciso 4 del artículo 76, en los numerales 3 y 4 del artículo 77, y en el inciso 1º del artículo 78; la expresión "propietario, poseedor u ocupante" contenida en el párrafo 2º del artículo 84; y la expresión "propiedad, posesión del bien u ocupación del baldío" contenida en el artículo 91, todas ellas de la Ley 1448 de 2011, por el cargo analizado en esta sentencia.

CUARTO.- INHIBIRSE para pronunciarse de fondo en relación con la expresión "explotador económico de un baldío" contenida en el inciso 7 del artículo 74; la expresión "explotadoras de baldíos" contenida en el inciso 1º del artículo 75; y la expresión "explotación de baldíos" contenida en el literal g. del artículo 91 de la Ley 1448 de 2011, por ineptitud sustantiva de la demanda.

QUINTO.- Declarar **EXEQUIBLE** el inciso quinto del artículo 76 de la Ley 1448 de 2011, por el cargo analizado en esta sentencia.

SEXTO.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "opositora" contenida en el artículo 77 numeral 3 de la Ley 1448 de 2011, y exequible la expresión "parte" contenida en el mismo segmento normativo, en el entendido de que se refiere a los solicitantes víctimas de despojo o abandono forzado de bienes.

SEPTIMO.- Declarar **EXEQUIBLES** los incisos primero y tercero del artículo 99 de la Ley 1448 de 2011, por el cargo analizado en esta sentencia.

OCTAVO.- INHIBIRSE de proferir un pronunciamiento de fondo en relación con el inciso segundo del artículo 99 de la Ley 1448 de 2011, por ineptitud sustantiva de la demanda.

NOVENO.- Declarar **INEXEQUIBLE** el inciso 3 del artículo 120 de la Ley 1448 de 2011.

DÉCIMO.- Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 207 de la Ley 1448 de 2011.

3. Síntesis de los fundamentos de la decisión

En primer lugar, la Corte Constitucional examinó los cargos formulados por **omisión legislativa relativa** en contra de **(i)** el artículo 28, numeral 9 parcial, en concordancia con el artículo 72 parcial de la Ley 1448 de 2011, por no incluir en su regulación los bienes abandonados; **(ii)** los artículos 70, 72, 73 y 75 parciales de la Ley 1448 de 2011 por no incluir estas normas los bienes muebles; y **(iii)** los artículos 74, 75, 76, 77, 78, 84 y 91 de la Ley 1448 de 2011 por no incluir a los tenedores y ocupantes.

(i) En relación con el **artículo 28, numeral 9, parcial y el artículo 72, parcial** de la Ley 1448 de 2011, la Corte consideró que no se configura la omisión legislativa planteada, tal y como se alega en la demanda, sino que se trata más bien de la ausencia de una interpretación sistemática por parte de los demandantes con el resto de las expresiones acusadas y con el resto de la normativa sobre restitución contenida en la Ley 1448 de 2011. En efecto, a los demandantes les asiste razón al evidenciar que existen falencias de técnica legislativa por parte del Legislador al momento de regular los artículos 28 y 72, en cuanto hizo mención solo a los bienes despojados, olvidando en esa norma referirse expresamente a los bienes abandonados de manera forzada, de una interpretación sistemática de estos artículos con las demás normas que regulan la restitución a víctimas en la Ley 1448 de 2011, la Sala colige la expresa voluntad del Legislador de incluir para efectos de la restitución tanto a los bienes despojados como a los abandonados forzosamente.

Así, en los artículos 28-9, 72 inciso primero, 74, 75, 76 y 79 la misma ley se refiere a los conceptos de bienes despojados, usurpados o abandonados, y reconoce los procesos de formalización de títulos respecto de despojados y de quienes abandonaron en forma forzada sus predios, el registro de tierras despojadas o abandonadas y en algunos de ellos hace referencia específica a estas dos clases de bienes (despojados y abandonados) indistintamente, como el 72, inciso primero, 75, 76 y 79. De esta manera, si bien los conceptos de abandono y despojo son fenómenos distintos, es claro que ambos producen la expulsión de la tierra de las víctimas, lo que genera una vulneración masiva de los derechos fundamentales de las víctimas del conflicto interno, razón por la cual esta Corporación en múltiples y reiteradas ocasiones ha reconocido normativa y jurisprudencialmente a las víctimas de despojo y de abandono sin ninguna distinción, como sucede con la definición del delito de desplazamiento forzado. En este orden, la Ley 1448 de 2011 y especialmente los artículos que ahora se demandan –arts.28 y 72- dejan ver el carácter asimilable de las víctimas de despojo, de usurpación y de abandono forzado de tierras, de tal manera que ambas son incluidas y tenidas en cuenta por el Legislador en el marco de la Ley 1448 de 2011.

Por lo anterior, las normas demandadas no exhiben una omisión legislativa genuina, en la medida que basta comparar los textos de los artículos 28-9 y 75 de la Ley para comprobar que no existe la omisión planteada. Para la Corte, es claro que los derechos enunciados en los artículos 28, numeral 9 y 72 cobijan a **los desplazados que abandonaron sus predios por la presión o a la fuerza**. A su vez, el registro, que es el principal instrumento de restitución, se denomina "**Registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente**", esto quiere decir que el registro es tanto para tierras despojadas como abandonadas forzosamente. En este sentido, se deduce que el legislador al usar la expresión "*tierras despojadas*" no descarta a las tierras abandonadas, dado que ello se entiende de manera tácita.

De esta manera, no obstante que la Corte constata que de una interpretación sistemática de las expresiones demandadas con el resto de la normativa sobre restitución, se colige que la voluntad del Legislador fue incluir también a las víctimas que se vieron forzadas a abandonarlo todo como beneficiarias de la restitución, es posible que, tal y como lo advierten los demandantes y algunos intervinientes, se pueda entender excluido el concepto de víctimas forzadas al abandono de sus bienes, ya que las expresiones demandadas no consagraron expresamente a estas víctimas forzadas al abandono o a los bienes abandonados como beneficiarios de restitución, lo cual constituye una interpretación inconstitucional que debe necesariamente excluirse del ordenamiento jurídico por implicar la vulneración de los derechos de las víctimas, que han sido forzadas a abandonar sus bienes, a obtener la debida restitución. Por esta razón, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones acusadas de los artículos 28.9 y 72 de la Ley 1448 de 2011, de manera que incluya a las víctimas forzadas al abandono de sus bienes.

(ii) En cuanto a la omisión legislativa relativa alegada respecto de los **artículos 70, 72, 73 y 75, parciales** de la Ley 1448 de 2011, la Corte aceptó que les asiste parcialmente razón a los demandantes, en cuanto alegan que el Estado tiene la obligación de reparar integralmente a las víctimas, y que ello implica la adopción de medidas para restablecer los derechos conculcados a ésta por la ocurrencia del daño, lo cual no se logra solamente garantizando la restitución de los bienes inmuebles que les han sido usurpados, despojados o han sido abandonados, sino que es necesario también que en la reparación el Estado tenga en cuenta los demás daños patrimoniales que se le han causado a las víctimas. Sin embargo, encuentra la Sala que yerran al considerar que la única vía para la reparación de los bienes muebles debe ser necesariamente la medida de restitución, por cuanto la reparación integral cuenta con otras vías como la indemnización, en donde el Estado debe tener en cuenta necesariamente el daño patrimonial causado a las víctimas por el despojo, usurpación o abandono forzado de sus bienes muebles, tales como vehículos, maquinaria, equipos de trabajo, semovientes, entre otros.

Por consiguiente, para la Corte no se configura la omisión legislativa relativa alegada por la demanda, por cuanto (a) no existe el mandato imperativo de orden constitucional de que la reparación de bienes muebles se dé necesariamente por la vía de la restitución; (b) no se genera por tanto un tratamiento desigual negativo; y (c) no existe el déficit de protección constitucional alegado frente a la reparación de los bienes muebles, ya que no

fue la voluntad del Legislador dejar por fuera de la reparación integral a los bienes muebles, sino que éstos deben ser reparados por otras vías diferentes a la restitución, como a través de medidas compensatorias como la indemnización.

(iii) Respecto del cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa aducida en relación con los artículos **74, 75, 76, 77, 78, 84 y 91** de la Ley 1448 de 2011, por no incluir a los tenedores y ocupantes, la Corporación consideró que no estaba llamado a prosperar, porque es equivocado sostener que la restitución debe proceder independientemente del título jurídico o vínculo jurídico que tengan las víctimas con los bienes inmuebles despojados, usurpados o abandonados forzosamente, ya que la restitución es posible que proceda jurídicamente respecto de los que ostentan la calidad o el título de propietarios, poseedores u ocupantes. Así, si bien a la víctima que ostenta la calidad de tenedor se le puede proteger de distintas maneras, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte, en materia de vivienda y de contratos de arrendamiento, de aparcería y similares, no se le puede restituir, en estricto sentido jurídico, por cuanto la tenencia implica un título precario que no tiene el alcance jurídico para dar lugar a la restitución del bien inmueble, aunque sí se le puede proteger a la víctima través de otras medidas de reparación integral, tales como la indemnización. De esta manera, si bien no es posible la restitución de la simple tenencia, ya que esto implicaría imponer coercitivamente un acuerdo de voluntades, olvidando la trascendencia de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídicos, sí es procedente y necesario que se protejan los derechos de las víctimas tenedores, en el momento en que tienen todavía la tenencia, o a través de otros mecanismos diferentes a la restitución, como la indemnización, cuando han sido despojados, usurpados o forzados a abandonar dicha tenencia.

En este sentido, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte, a la víctima que ostenta al momento de la reparación la calidad de tenedor se le puede proteger su derecho de tenencia, y a la víctima que ostentaba un derecho de tenencia del cual fue despojado, usurpado o forzado a abandonarla, se le puede reparar a través de otras vías diferentes a la restitución, como a través de la indemnización. Por tanto, el tenedor víctima del conflicto no queda desprotegido, ya que este puede reivindicar su derecho de reparación integral consagrado en la Ley 1448 de 2011 para obtener indemnizaciones, más no para obtener la restitución, ya que en estricto sentido jurídico las normas que regulan la restitución no pueden serle aplicables al mero tenedor.

Para la Corte, el legislador no omitió la figura del “tenedor” como un titular del derecho a la restitución, vulnerando los derechos de las víctimas, por cuanto el tenedor no es beneficiario en sentido estricto de la restitución, aunque sí lo pueden y lo deben cobijar otras medidas de reparación integral, como la indemnización. Tampoco concuerda esta Corporación con que los apartes demandados sean violatorios de los estándares internacionales sobre los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y de los derechos adquiridos por los tenedores despojados o que abandonaron los bienes sobre los cuales ejercían tenencia en razón a la presión ejercida sobre éstos, por parte de fuerzas ilegales, por cuanto estas víctimas no quedan desprotegidas ni por fuera de la reparación integral que prevé la Ley 1448 de 2011 a través de otros

mecanismos diferentes a los de la restitución, como la indemnización, y demás medidas de reparación que prevé esa normativa, sin perjuicio de concurrencia a la vía judicial.

De otra parte, la Corte observó que no se puede presumir que se está ante un escenario de dos situaciones análogas, homologando la situación jurídica del propietario y del poseedor, con la del tenedor, olvidando que se trata de figuras jurídicas distintas que ameritan regulaciones y consecuencias jurídicas diferentes, frente a las cuales el legislador puede aplicar, dentro de los límites de su amplia libertad de configuración normativa, como lo hizo en el caso de la Ley 1448 de 2011, regímenes legales distintos, sin que ello implique vulneración del derecho a la igualdad, y sin que ello conlleve por tanto un tratamiento desigual discriminatorio basado en razones sospechosas desde el punto de vista constitucional, y sin que ello implique afectar o dejar un déficit de protección a los derechos de los tenedores.

En **segundo lugar**, la Corte determinó que la expresión demandada contenida en el **inciso 5 del artículo 76** de la Ley 1448 de 2011 es constitucional por cuanto consagra como condición la inscripción de un predio en el Registro de Tierras como requisito de procedibilidad para iniciar la acción de restitución, lo cual no atenta contra el acceso a la justicia, y supera el test de razonabilidad que ha fijado la Corte en este tipo de casos, siendo una medida con una finalidad constitucional, adecuada, idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, para alcanzar los fines de restitución que se propone la norma. De igual modo, no considera que el requisito de procedibilidad consagrado por el inciso 5 del artículo 76 de la Ley 1448 de 2011 afecte el derecho a la justicia de las víctimas de despojo, usurpación o abandono forzado de tierras originado en el conflicto armado, y que 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 a la racionalización, efectividad y garantía de los derechos fundamentales de las víctimas a la reparación y restitución como parte preferente y principal de la misma. En este mismo sentido, 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, 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 esta Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y Abandonadas.

En **tercer lugar**, la Corte encontró que en relación con el cargo formulado contra la expresión *opositora* contenida en el **numeral 3 del artículo 77** de la Ley 1448 de 2011, por violación del debido proceso, acceso a la justicia y a la reparación de la parte solicitante, les asiste razón a los demandantes, ya que la expresión *opositora*, contenida en el artículo 77 numeral 3, de la Ley 1448 de 2011, establece una presunción de despojo

en favor de los opositores que es contraria a los derechos de restitución de las víctimas, del debido proceso y del acceso a la administración de justicia. Sin embargo, considera la Corte que esta expresión constituye un yerro de técnica legislativa, un error grave en la redacción de la norma, pues de la lectura de este precepto se colige claramente, que ese no es de ninguna manera el espíritu de la norma, ni la voluntad del Legislador, sino que muy por el contrario, la presunción que consagra el precepto está concebida material y realmente en favor de la parte solicitante o de la víctima y que al quedar consagrado en favor de la parte opositora, se desnaturaliza por completo el significado semántico, el sentido natural y el alcance normativo del precepto.

En efecto, tal como quedó plasmada la expresión "*opositora*" contenida en el artículo 77 numeral 3, de la Ley 1448 de 2011, establece una presunción de despojo a favor de los opositores que es contradictoria, incoherente con la finalidad de la norma, y contraria a los derechos de restitución de las víctimas, el debido proceso y el acceso a la justicia. Así, la inclusión de la expresión "*opositora*" contraría los fines de la ley de víctimas, pues genera confusión e implica el riesgo de que no se garantice la adopción de medidas requeridas para la restitución jurídica y material a favor de las víctimas, a partir del contenido literal de esta presunción, de conformidad con el cual se está favoreciendo a la "*parte opositora*", siendo obligación del solicitante o de la víctima, desvirtuar dicha presunción. En este orden de ideas, esta presunción tal y como quedó consagrada, es contraria al propósito de las demás presunciones del artículo, que favorecen al solicitante o a la víctima, en la medida que probada la relación jurídica con la tierra y el despojo o abandono, se invierte la carga de la prueba, siendo obligación del opositor desvirtuar dicha presunción. Por estas mismas razones, esta expresión es contraria el principio de restitución como medida preferente de reparación integral para las víctimas, establecido en el artículo 73 de la Ley 1448 de 2011. En consecuencia, es claro que la redacción de la norma contenida en el artículo 77 numeral 3 está en contradicción con las normas constitucionales, vulnerando el derecho a la reparación, y limitando el acceso efectivo de las víctimas a obtener la restitución, en la medida que establece la presunción para el derecho a la restitución en cabeza de la parte opositora, aún cuando ello contraría los intereses de la víctima.

Por consiguiente, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la expresión "*opositora*" contenida en el numeral 3 del artículo 77 de la Ley 1448 de 2011, y declarará la exequibilidad condicionada de la expresión "*parte*" contenida en la misma normativa, en el entendido de que se refiere a los solicitantes víctimas de despojo o abandono forzado de bienes.

En **cuarto lugar**, la Corte constató que en relación con el inciso segundo del **artículo 99** de la Ley 1448 de 2011, existe ineptitud sustantiva de la demanda, ya que el libelo no se refirió con cargos claros, específicos, pertinentes y suficientes respecto de este precepto, cuyo contenido y alcance normativo da lugar a diferentes interpretaciones que la demanda no logra identificar plenamente y respecto de las cuales no consigue consolidar cargos por inconstitucionalidad. Por lo tanto, el examen se restringió a los incisos primero y tercero de esta disposición.

En cuanto a los citados incisos, la Corporación consideró que las preocupaciones planteadas por los demandantes, válidas desde el punto de vista de la protección de los derechos de las víctimas a la restitución, no son objeciones que lo sean desde el punto de vista constitucional, por cuanto o bien no se derivan del contenido y alcance normativo de la norma, sino que son riesgos que los demandantes ven en la aplicación de la norma, o bien son hipótesis que no se deducen del alcance normativo del precepto demandado. En este sentido, observó que la norma trae una serie de exigencias y condicionamientos para que pueda proceder la celebración del contrato de uso de predios objeto de restitución, contrato que no es obligatorio, como parecen entenderlo los demandantes, sino que es una posibilidad, una opción, que en todo caso debe ser solicitada por las partes de común acuerdo, dentro de trámite incidental y que debe ser autorizado de manera facultativa y potestativa por el magistrado encargado de la restitución del predio y quien actúa como garante de los derechos de las víctimas.

La Corte precisó que según lo dispuesto en la norma, para que el contrato de uso tenga lugar, debe mediar necesariamente la voluntad expresa y clara de las partes; debe ser autorizado por el magistrado que actúa como garante constitucional, especialmente de los derechos fundamentales de las víctimas, quienes son las que se encuentran en estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta y están en la posición débil en el proceso de restitución y ante la eventualidad de la suscripción del contrato de uso; debe adelantarse un trámite incidental para tal efecto con el lleno de los requisitos materiales y procesales; debe probarse la buena fe exenta de culpa por parte del dueño del proyecto agroindustrial; debe reconocerse plenamente el derecho de dominio restituido a la víctima o víctimas; todo lo cual es desconocido o subvalorado por los demandantes. De esta forma, en criterio de la Corte solo cuando se cumplan todas estas condiciones, es cuando el magistrado *podrá*, por cuanto es una facultad o potestad que le otorga la ley, autorizar la celebración de contratos entre los beneficiarios de la restitución y el opositor que estuviera desarrollando el proyecto productivo.

Adicionalmente, observó que, como lo indican algunos intervinientes, puede darse la situación de que algunas víctimas restituidas o beneficiarias no quieran volver o regresar a su predio por diferentes razones o motivos y prefieran obtener la renta de los mismos. De esta manera, para la Corte es claro que la norma, en estricto rigor, no introduce una injerencia que limite el derecho de propiedad, la libertad de oficio, el derecho al trabajo o el libre desarrollo de la personalidad, como lo alegan los demandantes. Además, no concuerda con los demandantes en el sentido de que esta norma discrimine entre beneficiarios en cuyos predios haya proyectos agroindustriales y los que no cuentan con estos proyectos, ya que el contrato de uso es una facultad o posibilidad que prevé la ley para que pacten las partes y sea autorizada por el magistrado que conoce del proceso de restitución, de manera que las víctimas restituidas pueden consentir o rechazar la celebración del contrato de uso que prevé el artículo 99 de la Ley 1448 de 2011. En las dos situaciones se les está garantizando la restitución plena a las víctimas y se reconoce el pleno dominio como condición para la celebración de dicho contrato, de manera que no encuentra la Corte que se acredite la violación del derecho a la igualdad.

Finalmente, la norma prevé en el inciso tercero que el magistrado (i) velará por la protección de los derechos de las partes y (ii) velará para que éstos obtengan una retribución económica adecuada, disposición que debe entenderse en criterio de esta Corte, en plena armonía con la voluntad del Legislador en esta disposición, especialmente en favor de la efectividad de los derechos de las víctimas, es decir, en consonancia con la tarea del Magistrado encargado de la restitución y garante de los derechos de las víctimas, en términos de que la protección de los derechos será la de las víctimas y de que la retribución económica adecuada de que trata la norma es la que debe pagar el dueño del proyecto agroindustrial a la(s) víctima(s) restituida(s). En este sentido, la Corte señaló que el entendimiento constitucional de este segmento normativo es que el magistrado velará por la protección de los derechos de las víctimas y por la obtención de una retribución económica adecuada para éstas, teniendo en cuenta que no se trata de una situación en que las partes se encuentren en igualdad de condiciones, como en la clásica doctrina liberal del contrato, sino de otra en la que, como ya lo anotó la Corte, la víctima no solo se encuentra de manera general en estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, sino que dentro del proceso de restitución y ante la eventual celebración del contrato de uso, se encuentra en una posición de inferioridad y de desigualdad frente al productor agroindustrial.

La Corte insistió en que el último párrafo de la norma demandada, debe interpretarse en el sentido de que el magistrado debe ejercer efectivamente la protección de los derechos de las víctimas, y velar por una retribución económica justa y adecuada a la(s) víctima(s) restituida(s), ya que no se trata de una relación igualitaria, sino de una relación de una parte fuerte y poderosa económicamente, frente a una parte débil y vulnerable que ha sido despojada, usurpada o forzada a abandonar sus predios, y una interpretación contraria daría lugar a que la norma pueda entenderse como que favorece los intereses económicos de los dueños de los proyectos agroindustriales.

De otra parte, la Corte no puede dejar de indicar, de manera categórica, que a partir de una interpretación sistemática de los incisos primero y tercero del artículo 99 de la Ley 1448 de 2011 con la Constitución y las leyes que protegen los derechos de las víctimas, especialmente con el articulado contenido en la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios, estos contratos de uso a los que alude el precepto demandado del artículo 99 de la Ley 1448 de 2011, deberán ser autorizados por el magistrado competente con pleno respeto y en armonía con las normas superiores y legales que consagran los derechos de las víctimas de despojo y abandono de tierras a la restitución, teniendo en cuenta, de manera especial, el enfoque de derechos diferencial sostenido por la jurisprudencia de esta Corte, del cual se deriva una protección especial en materia de restitución por la condición de género y para las comunidades indígenas, afrodescendientes y de las minorías étnicas, de manera que se tengan en cuenta las normas que prevén protecciones especiales para estas víctimas de despojo, las presunciones legales y de derecho que se han consagrado en favor de las mujeres y de los territorios colectivos de las comunidades indígenas, afrodescendientes y minorías étnicas, de manera que el Magistrado deberá tener necesariamente en cuenta la

protección especial de estas víctimas con enfoque diferencial, y particularmente habrán de observar estos Magistrados que *prima facie* no procede la autorización de este tipo de contratos de uso en los territorios colectivos de comunidades étnicas, dada su especial naturaleza constitucional, legal y jurídica, las condiciones históricas de despojo, usurpación y explotación arbitraria a las que han sido sometidas, así como las limitantes de conservación ecológica y medio ambiental de dichos territorios.

Con fundamento en todo lo expuesto, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 99 de la Ley 1448 de 2011, advirtiendo que las consideraciones expuestas para adoptar esta decisión hacen parte de la *ratio decidendi* de este fallo y que por tanto son vinculantes para determinar el alcance normativo del precepto demandado.

En **quinto lugar**, la Corte consideró que en efecto, como lo aducen los demandantes, las causales de aplicación del principio de oportunidad que contempla el artículo 120 de la Ley 1448 de 2011, desbordan los límites constitucionales impuestos al legislador en cuanto a los derechos a las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. El artículo demandado establece como destinatarios de la aplicación del principio de oportunidad previsto en el Código de Procedimiento Penal a (i) quienes acudan al proceso de restitución de tierras; (ii) confiesen la ilegalidad de los títulos o el despojo de las tierras o de los derechos reclamados en el proceso de restitución de tierras; (iii) de manera que se hagan beneficiarios del principio de oportunidad. Así mismo, este precepto fija ciertas condiciones para que puedan hacerse acreedores de tal beneficio: (i) acudir al proceso de restitución de tierras; (ii) confesar la ilegalidad de los títulos; (iii) confesar el despojo de las tierras; (iv) confesar la ilegalidad de los derechos reclamados en el proceso.

De entrada, la Corte advirtió que esta norma no trae exclusiones de la aplicación del principio de oportunidad para ser aplicado en procesos que se hayan originado en graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio, conductas dolosas cuando la víctima sea un menor de 18 años. Igualmente, observó un vacío en relación con la participación de las víctimas en este proceso, para la aplicación del principio de oportunidad; así como una deficiencia respecto de la exigencia de prueba sobre la responsabilidad real confesada, ya que la aplicación del principio de oportunidad solo debe proceder si existe un mínimo de prueba sobre los delitos confesados. De manera general, la Corte constató que del alcance normativo del segmento analizado, la aplicación del principio de oportunidad se inserta dentro de un contexto de justicia transicional, lo cual sin embargo no es óbice para que tal aplicación no deba ceñirse a los postulados constitucionales, en particular, al respeto de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. En este contexto de justicia transicional, recabó que si bien el Legislador goza de una amplia potestad de configuración para el diseño de las causales que permiten la aplicación del principio de oportunidad, esta libertad de configuración no es absoluta y tiene claros límites constitucionales en los derechos de las víctimas de los delitos y el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

A juicio de la Corte, el inciso tercero del artículo 120 de la Ley 1448 de 2011, que sustituye una adecuada estrategia de investigación, por la confesión y aplicación del principio de oportunidad, resulta con múltiples problemas constitucionales, ya que: (i) comporta la renuncia del Estado a investigar conductas delictivas que están relacionadas con graves violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario que han dado lugar al despojo, usurpación y abandono forzado de tierras, contraviniendo los mandatos constitucionales, la jurisprudencia de esta Corte y claros mandatos y estándares internacionales en la materia; (ii) la norma tiene como única estrategia investigativa la confesión del investigado en relación con la ilegalidad de los títulos y de los delitos que dieron lugar al despojo, usurpación o abandono forzado de tierras, puesto que la norma solo condiciona la aplicación del principio de oportunidad a que se confiesen los ilícitos relativos a los títulos o al despojo de tierras. (iii) Adicionalmente, la norma se aparta del principio de presunción de inocencia, ya que parte de una presunción de veracidad, renunciando a la necesidad de un mínimo de investigación y de prueba que permita colegir la autoría o participación en la conducta y su tipificación. De esta manera, no se exige en el precepto cuestionado, prueba mínima de responsabilidad y ni siquiera tipificación de la conducta, toda vez que se alude solamente, de manera general, a la confesión del participante dentro del proceso de restitución.

De otra parte, el inciso tercero del artículo 120 quebranta los límites constitucionales previstos para la aplicación del principio de oportunidad, por vulneración del principio de legalidad al constituir una disposición ambigua, puesto que: i) no exige que para la aplicación del principio de oportunidad, se corrobore la información expuesta por quien se presente con el fin de ser beneficiario del mismo; ii) no señala la obligación de investigar cuales fueron las circunstancias de ilegalidad en las cuales se adquirió o tomo posesión de los predios, esto es, la forma en la que se generó el despojo o desplazamiento de quienes tenían derechos sobre los predios frente a los cuales se adelanta el proceso de restitución; iii) no señala el deber de investigar los móviles del delito de desplazamiento, los autores del mismo, los cómplices, las estructuras macro criminales relacionadas con su ejecución, y los demás delitos que se pudieran haber configurado con el fin de desplazar o despojar a la población. Cabe mencionar que, en general, las prácticas que han causado el desplazamiento de la población consisten en graves violaciones a los derechos humanos e incluso delitos de lesa humanidad; iv) no establece ni delimita frente a qué delito se pueden aplicar el principio de oportunidad, lo que permitiría incluso que de acuerdo con lo establecido en el numeral anterior se dejen en la impunidad graves violaciones a los derechos humanos, así como delitos de lesa humanidad; v) no excluye de la aplicación del principio de oportunidad a las graves violaciones de derechos humanos.

En conclusión, la Corte encontró que la causal contenida en el inciso 3° del artículo 120 de la Ley 1448 de 2011, para la aplicación del principio de oportunidad, es contraria a los artículos 1° y 93 de la Constitución, así como a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comoquiera que se renuncia al deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves delitos, se viola el principio de legalidad y

no se excluyen de su aplicación graves violaciones a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario. En consecuencia, procedió a declarar la inexecutable del mencionado inciso, por el cargo analizado.

En **sexto y último lugar**, la Corte declaró inexecutable el **artículo 207** de la Ley 1448 de 2011, por cuanto resulta desproporcionado e irrazonable respecto de la protección de los derechos de las víctimas, al desconocer la calidad de víctima por una situación de hecho. Este precepto determina que (i) cualquier persona que demande la condición de víctima en los términos del artículo 3° de la Ley 1448 de 2011, (ii) que utilice las vías de hecho para invadir; (iii) para usar o ocupar un predio, (iv) del que pretenda la restitución o reubicación como medida reparadora, (v) sin que su situación jurídica dentro del proceso de restitución de tierras despojadas y abandonadas forzosamente haya sido resuelta en los términos de los artículos 91, 92 y siguientes de la Ley 1448 de 2011, o en las normas que la modifiquen, sustituyan o adicionen, (vi) perderá los beneficios establecidos en el Capítulo III del Título IV de la Ley 1448 de 2011, (vii) lo anterior, sin perjuicio de la aplicación de las demás normas vigentes que sancionen dicha conducta.

Por su parte los artículos 91, 92 y siguientes de la Ley 1448 de 2011 a los que remite la norma, establecen regulaciones en torno a la restitución a las víctimas, de manera que el artículo 91 trata sobre el contenido del fallo de restitución de la propiedad, posesión u ocupación de baldíos; el artículo 92 trata sobre el recurso de revisión de la sentencia; el artículo 93 sobre las notificaciones; el 94 sobre las actuaciones y trámites inadmisibles; el 95 sobre acumulación procesal; el artículo 96 sobre información para la restitución; el artículo 97 sobre compensaciones en especie y reubicación; el 98 sobre pago de compensaciones; el artículo 99 sobre contratos para el uso del predio restituido; el artículo 100 sobre entrega del predio restituido; el artículo 101 sobre la protección de la restitución; y el 102 sobre el mantenimiento de la competencia después del fallo. De otra parte, el Capítulo III, del Título IV, de la Ley 1448 de 2011, a la cual se remite la norma demandada, al establecer que las víctimas que incurran en los actos prescritos por dicha norma, perderán los beneficios que establece dicho aparte normativo, se refiere nada más ni nada menos al capítulo que regula en su integridad la restitución de tierras, las acciones de restitución para los despojados –art.72-, los principios de la restitución –art.73-, el despojo y abandono forzado de tierras –art.74-, los titulares del derecho a la restitución –art.75-, el registro de tierras presuntamente despojadas y abandonadas forzosamente –art.76-, las presunciones de despojo en relación con los predios inscritos en el registro de tierras despojadas –art.77-, la inversión de la carga de la prueba –art.78-, la competencia para conocer de los procesos de restitución –art.79-, la competencia territorial –art.80-, la legitimación –art.81, la solicitud de restitución o formalización por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas –art.82-, la solicitud de restitución o formalización por parte de la víctima –art.83-, el contenido de la solicitud –art.84-, el trámite de la solicitud –art.85-, la admisión de la solicitud –art. 86-, el traslado de la solicitud –art. 87-, las oposiciones –art. 88-, las pruebas –art. 89-, el periodo probatorio –art.90-, el contenido del fallo –art.91-, el recurso de revisión de la sentencia –art.92-, las notificaciones –art. 93-, las actuaciones y trámites inadmisibles –art.94-, la acumulación procesal –art.95-, la información para la

restitución –art.96-, las compensaciones en especie y reubicación –art.97-, el pago de compensaciones –art.98-, los contratos para el uso del predio restituido –art.99-, la entrega del predio restituido –art. 100-, la protección de la restitución –art.101-, el mantenimiento de competencia después del fallo –art.102-, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas –arts. 103 a 113, las normas para las mujeres en los procesos de restitución –arts. 114 a 118, la creación de cargos – art.119-, y el régimen penal –art.120-, mecanismos reparativos en relación con los pasivos –art.121-, y normas especiales –art.122-.

Para la Corte lo anterior evidencia que el alcance normativo de esta disposición es realmente gravoso y lesivo para los derechos de las personas que demanden la condición de víctima en los términos del artículo 3º de la Ley 1448 de 2011, y que incurran en vías de hecho como *invadir, usar o ocupar un predio*, respecto del cual pretendan la restitución o reubicación como medida reparatoria, sin que se haya resuelto su situación jurídica dentro del proceso de restitución de tierras despojadas y abandonadas forzosamente, ya que la norma prevé que la víctima *perderá los beneficios establecidos en el Capítulo III del Título IV de la Ley 1448 de 2011*, es decir, todos los beneficios que se puedan derivar del proceso de restitución de bienes usurpados, despojados o abandonados de que trata el capítulo que la Corte acaba de reseñar, y adicionalmente dispone que la anterior consecuencia jurídica se producirá sin que se excluya la aplicación de las demás normas vigentes que sancionen dichas conductas.

Por tanto, la Corte encuentra que el cargo debe prosperar ya que las consecuencias jurídicas que prevé la norma respecto del supuesto normativo relativo a la utilización de vías de hecho utilizadas por las víctimas del conflicto, en cuanto a la invasión, uso u ocupación de un predio, respecto del cual tengan pretensiones de restitución, son totalmente desproporcionadas e irrazonables. De esta manera, en criterio de esta Corte, si bien la norma puede atender un fin constitucional legítimo, como es el evitar el uso de medios ilegítimos e ilegales, para la consecución y reivindicación de un derecho, no se encuentra en armonía con el fin constitucional que *prima facie* debe atender la Ley 1448 de 2011, el cual es la protección y garantía de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, y en este caso específico, a la restitución como componente preferente y primordial de la reparación integral. Así el fin constitucional legítimo de tratar de evitar las vías y actuaciones de hecho para la reivindicación de los derechos de las víctimas, se encuentra en clara contradicción con el fin constitucional superior y que debe orientar de manera prevalente la Ley que nos ocupa, el cual es la protección y garantía de los derechos de las víctimas de graves delitos, como lo es primordialmente el derecho a la restitución. De otra parte, la medida adoptada por la norma de sancionar a las víctimas con la pérdida de los derechos a la restitución, tampoco resulta adecuada, ni idónea, ni mucho menos necesaria, ni para la consecución del fin constitucional de evitar la ocurrencia de vías de hecho para la reivindicación de derechos, puesto que para ello ya existen disposiciones normativas de carácter administrativo y judicial; ni mucho menos resulta adecuada, idónea o necesaria para alcanzar la finalidad

constitucional relativa a la protección y garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación, y especialmente a la restitución.

La Corte Constitucional precisó que esta decisión de inexecutable no implica que la Corte está aprobando o coonestando con las vías de hecho utilizadas por las víctimas. Todo lo contrario, resaltó que (i) no desconoce, en ningún momento, la gravedad de la adopción de vías de hecho como mecanismo para la obtención de derechos por parte de las víctimas; (ii) reprocha la utilización de este tipo de medidas; (iii) trata de propender hacia unas condiciones materiales y jurídicas con el fin de que se supere este tipo de conductas y de cultura entre las víctimas; (iii) no desconoce la necesaria aplicación de las medidas administrativas, policivas o judiciales a que haya lugar en estos casos; (iv) pero que tampoco desconoce la condición de víctimas que siguen ostentando a pesar de la utilización de vías de hecho y los derechos que en tal calidad les corresponden.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

La magistrada **María Victoria Calle Correa**, al igual que el Magistrado Nilson Elías Pinilla Pinilla salvaron el voto en relación con la decisión inhibitoria respecto del inciso segundo del artículo 99 de la Ley 1448 de 2011, toda vez que, a su juicio, se cumplían los requisitos para proferir un fallo de fondo sobre los cargos formulados respecto de toda la disposición, el cual ha debido ser declarado inconstitucional. En su concepto, ante el evento en que no se demuestre buena fe exenta de culpa por parte del opositor, la norma dispone que la Unidad Administrativa Especial de gestión de restitución de Tierras Despojadas recibirá de parte del magistrado el predio que se restituye a la víctima con un proyecto agroindustrial, para que dicha Unidad administre la explotación del mismo por un tercero, además los rendimientos que se obtengan por dicha explotación serán repartidos en programas colectivos a los vecinos, de modo que no se le permite a la víctima gozar plenamente de su derecho, por lo que se afecta su autonomía, al no poder explotar directamente su bien e impedir su reincorporación a las condiciones de las que disfrutaba antes del hecho del despojo. La Magistrada Calle Correa se reserva una aclaración de voto respecto del inciso primero del artículo 99 declarado exequible.

El magistrado **Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** se apartó de la decisión mayoritaria sobre los artículos 99, 120 y 207, por cuanto, a su juicio:

1. El artículo 99 de la Ley 1448 de 2011 desconoce los derechos a la restitución y al retorno de las víctimas, pues obliga a las víctimas, que han sido despojadas de su tierras a ceder su explotación económica a favor de grandes proyectos agroindustriales, limitando de esta forma sus derecho de uso y goce e imposibilitando que la población en situación de desplazamiento forzado pueda retornar a sus hogares y reconstruir su proyecto de vida. En este sentido, consideró que la norma vulnera claramente el artículo 64 de la Constitución que consagra no sólo el derecho fundamental a la tierra de la población campesina sino también la obligación del Estado de realizar acciones para elevar la calidad de vida de esta población, tales como *garantizar "los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación y crédito, e igualmente para darle*

prioridad, apoyo y especial protección al desarrollo de las actividades agropecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, y a la construcción de obras de infraestructura física en el campo” en los términos de la sentencia C 1006 de 2005 e igualmente de los fallos T-227 de 1997, SU – 1150 de 2000, T-327 de 2001, C-180 de 2005.

De igual manera, estimó que el artículo 99 transgrede el numeral 2.1 de los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas de las Naciones Unidas de 2005, según el cual: *“todos los refugiados y desplazados tienen derecho a que se les restituyan las viviendas, las tierras y el patrimonio de que hayan sido privados arbitraria o ilegalmente o a que se les indemnice por cualquier vivienda, tierra o bien cuya restitución sea considerada de hecho imposible por un tribunal independiente e imparcial”*. Por el contrario, con una visión restrictiva del derecho de las víctimas a la restitución de sus tierras, la mayoría entendió que ello únicamente implica que el Estado tiene la obligación de reintegrarles sus títulos de dominio, mas no garantizar los derechos que la propiedad implica, especialmente el uso y el goce.

Resaltó que el objeto principal de la restitución de tierras es que las víctimas que sufrieron una situación de desplazamiento puedan optar por regresar a sus tierras, derecho que se vulnera al permitir que sean terceros quienes exploten económicamente su propiedad. En su sentir, la norma perpetua la situación de desplazamiento y desarraigo de la población rural, propiciando el debilitamiento de la cultura campesina en Colombia. Además consideró que trasgrede el principio rector 28 de los Desplazamientos Internos formulado en 1998 por las Naciones Unidas y la sección cuarta de los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas de las Naciones Unidas de 2005, los cuales integran el bloque de constitucionalidad, así como también, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre derecho al retorno reconocido en las sentencias T-602 de 2003, T-528 de 2010, T-1115 de 2008, T-515 de 2010 y T-159 de 2011. El magistrado no entiende cómo hace unos pocos días la Sala Plena en la sentencia C – 644 de 2012, declaró inexecutable los artículos 60, 61 y 62 del Plan Nacional de Desarrollo que permitían que el Estado entregara inmuebles baldíos para proyectos agroindustriales, por considerar que *“tales medidas resultan regresivas, pues propician la concentración de la propiedad rural en un país con escasez de tierras, en desmedro de los trabajadores agrarios que dejan de ser propietarios e implica un retroceso en el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de estos trabajadores, además que puede revertir los esfuerzos que se han efectuado en materia de titulación de tierras”*, pero ahora avala la entrega de las tierras de las víctimas para estos mismos proyectos.

Por lo anterior, consideró que si la Corte declaró inconstitucionales los artículos que se relacionaban con la realización de proyectos agroindustriales en terrenos baldíos, con mayor razón debió haber declarado la inexecutable del artículo 99 de la ley 1448, pues además de desconocer el derecho al acceso a la tierra de los trabajadores agrarios, vulnera los principios básicos de la protección de las víctimas del desplazamiento reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional. Además estimó que la decisión se opone a la sentencia

C - 609 de 2012, en la cual se declaró exequible el artículo 44 de la misma Ley 1448 por cuanto la Corte reconoció la desigualdad de las víctimas para negociar los honorarios de sus apoderados judiciales, mientras que en este caso se concluyó que las víctimas sí tienen autonomía de la voluntad suficiente para negociar con las grandes empresas que desarrollan proyectos agroindustriales.

En relación con la decisión de la inhibición frente al segundo inciso del artículo 99 de la Ley 1448 de 2011, sostuvo que la demanda presentaba suficientes argumentos para que la Corte Constitucional hubiera adoptado una decisión de fondo, en su sentir, los cargos formulados cumplen los requisitos de certeza, pertinencia, claridad y suficiencia.

2. El inciso tercero del artículo 120 de la Ley 1448 de 2011, referido al principio de oportunidad, era fundamental para el esclarecimiento de la verdad y la desarticulación y sanción de las organizaciones criminales que se dedican a la usurpación de tierras. El magistrado **Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** tampoco compartió que se haya declarado la inconstitucionalidad de la totalidad del inciso final del artículo 120 de la ley 1448 de 2011, pues considera que solamente se debió declarar inexecutable la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad al despojo de tierras y a las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio. Respecto del resto de casos, el legislador previó que el principio de oportunidad se puede convertir en una herramienta fundamental de política criminal para esclarecer la verdad sobre la titularidad de las tierras en relación con personas que confiesen la ilegalidad de los títulos o de los derechos reclamados en el proceso. Así mismo, el principio de oportunidad permite dismantlar las grandes organizaciones criminales que se dedican a la usurpación de la tierra, llevando a la justicia a los dirigentes de estos grupos criminales.

El magistrado recordó que el principio de oportunidad está consagrado en la propia Constitución y constituye una herramienta importante de la política criminal del Estado, por lo cual es un instrumento legítimo que busca realizar los derechos a la justicia y a la verdad. De otro lado, la aplicación del principio de oportunidad a quien colabore con la justicia confesando la ilegalidad de sus títulos, no es completamente novedosa ni puede considerarse ilegítima, pues los numerales 4, 5 y 14 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 consagran causales similares, que en todo caso no podrán aplicarse a infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio o en los cuales la víctima sea un menor de edad, lo cual garantiza el cumplimiento al principio de proporcionalidad. Por otro lado, consideró que la norma debía ser declarada constitucional para respetar el principio democrático, pues el propio artículo 250 de la Constitución Política le otorga la competencia al Congreso para fijar los eventos en los cuales procede la aplicación del principio de oportunidad.

3. El artículo 207 de la ley 1448 que prohibía la utilización de la violencia como medio para la restitución de las tierras resultaba fundamental para evitar graves alteraciones del orden público que impedirían la aplicación de la Ley. Para el magistrado **Pretelt Chaljub**, el artículo 207 que impedía que cualquier

persona que utilice las vías de hecho para invadir, usar u ocupar un predio del que pretenda restitución pierda los beneficios establecidos en el Capítulo III del Título IV de la ley, debió haberse declarado exequible, ya que si bien está de acuerdo con la desproporción de la sanción, considera que la misma pretende evitar que se utilice la violencia para la recuperación de las tierras.

En su opinión, permitir que se utilicen las vías de hecho para el retorno puede afectar la estabilidad y el orden público, continuar con la cadena de violencia que ha sufrido nuestro país durante muchas décadas por las disputas originadas en el acceso a la tierra. Por lo anterior, en respeto del principio democrático, la Corte Constitucional debió haber declarado la exequibilidad de la norma en el entendido que no implicaba que las víctimas perdieran su derecho a la restitución, sino que deben utilizar las vías ordinarias para ejercerlo, iniciando procesos agrarios de pertenencia, penales y otros de responsabilidad distintos a los especiales previstos en la ley 1448 de 2011.

Adicionalmente, aclaró su decisión respecto de la exequibilidad del artículo 28, toda vez que consideró que es claro que el desalojo forzado se entiende incluido en el concepto de despojo, pues si se consulta la propia ley, el parágrafo del artículo 60 de la misma señala que el despojo incluye el abandono forzado: *“Para los efectos de la presente ley, se entenderá que es víctima del desplazamiento forzado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, **abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales**, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de las violaciones a las que se refiere el artículo 3º de la presente Ley”*. Así mismo, resaltó que dentro de toda la ley se hace referencia al abandono, en concreto en los artículos 72, 73, 74, 75, 77, 79, 81, 82, 86, 89, 95, 114, 118, 121, , 123 y 206.

De igual modo, los magistrados **Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo** se apartaron parcialmente de la decisión de inexecutable total del inciso tercero del artículo 120 de la Ley 1448 de 2011, por las mismas razones expuestas por el magistrado **Jorge Ignacio Pretelt Chaljub**. A juicio de dichos Magistrados los eventuales beneficiarios del principio de oportunidad solo podrían ser quienes tuviesen una participación menor en los procesos de despojo como por ejemplo haber contribuido como funcionario público a la elaboración de títulos o registro de los mismos mas en modo alguno quienes hubiesen participado en actividades de despojo o abandono forzado de predios cuando dichas conductas constituyesen violación de normas del derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio o que hayan recaído sobre víctimas menores de edad, que, desde este punto de vista, se hubiese podido condicionar la norma para efectos de excluir los supuestos en los que el aludido principio no procedía y solo permitiendo su vigencia en aquellos casos en los cuales se propiciaba la colaboración de personas implicadas en este delito interesadas en contribuir al esclarecimiento de la verdad y a la identificación de predios objeto de

despojo que podrían restituirse a sus verdaderos propietarios cumpliéndose de esta manera los fines de la ley.

Por su parte, el magistrado **Mauricio González Cuervo** salvó parcialmente el voto, en lo siguiente:

1. Frente al condicionamiento de la exequibilidad artículo 28.9 de la Ley 1448 de 2011, consideró que no hay omisión del legislador que justifique el condicionamiento, ya que el artículo 75 de la misma ley, expresamente, reconoce el derecho a la restitución tanto de las víctimas de despojo como de las víctimas por abandono forzado del predio.

2. Frente a la inexecutable del artículo 120.3, estimó que el otorgamiento del principio de oportunidad para quienes confiesen ilegalidad de títulos relativos a tierras despojadas - no para miembros de grupos armados organizados ilegales- con arreglo a la Constitución, no viola el artículo 230 de la Ley Fundamental que precisamente constitucionalizó la aplicación el principio de oportunidad, ni estándar internacional alguno del marco de la justicia transicional; por el contrario, fue diseñado por el Legislador como instrumento de reparación efectiva de las víctimas y de contribución a la verdad.

3. Frente a la inexecutable del artículo 207, señaló que la sanción de pérdida de derechos de restitución por invasión, uso u ocupación de predios en proceso de restituir, no viola el derecho a la justicia de las víctimas, bajo el entendimiento de que lo que se pierde es el derecho a la restitución del bien invadido y, en modo alguno, los derechos de restitución en equivalencia o por compensación, y menos la condición de víctima; al eliminar esta sanción así entendida y proporcionada -vía condicionamiento-, puede estarse estimulando conductas que escamoteen derechos de restitución de otras víctimas que no acuden a vías de hecho -revictimizadas así- y que perturban la convivencia en las zonas rurales.