



Juez civil en contextos de justicia transicional

Andrés Avelino Álzate Villa¹

Resumen

El objeto de este artículo es mostrar la tensión entre los principios que rigen el ordenamiento jurídico con respecto a los poderes excepcionales del juez transicional civil, para lograr el proceso de restitución de tierras ajustado a los requerimientos constitucionales y a los estándares normativos de derechos humanos. Es por ello que el papel del juez en un procedimiento de restitución es diferente al del juez en la justicia ordinaria civil, en donde se tienen unas funciones disímiles en un escenario de una acción constitucional, con desarrollo en el bloque de constitucionalidad y de los principios generales del derecho, porque las cuestiones que deberá afrontar tienen una clara y marcada importancia constitucional. Se abordará el concepto de la justicia transicional, en segundo lugar el potencial de los mecanismos del derecho privado y agrario que puede utilizar el juez transicional; y finalmente las limitaciones de la justicia transicional y agraria con respecto al actuar del juez.

Palabras clave: Derechos humanos; justicia transicional; Ley 1448 de 2011; restitución de tierras; víctimas y juez civil.

¹ Abogado y Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: andresal312@yahoo.es.

Artículo presentado para optar al título de Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Antioquia.

Citación de este artículo: Álzate Villa, A. A. (2018). Juez civil en contextos de justicia transicional. *Diálogos de Derecho y Política*. (19). 59-81. Recuperado de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/331283/20787466>

Juez civil en contextos de justicia transicional

Introducción

El derecho civil transicional² puede transformar las condiciones de seguridad en la sociedad en un escenario de paz. Este concepto se entiende como la combinación entre los aspectos del derecho privado, el derecho agrario y la justicia transicional.³ En otras palabras, la justicia transicional civil puede verse como una forma de justicia transicional que regula las relaciones entre los individuos en sociedades que se encuentran enfrentando un legado de violaciones sistemáticas, como parte de un proyecto más grande de justicia que busca responsabilizar a los culpables y promover la reconciliación.

La justicia transicional civil involucra la regulación de las relaciones entre individuos generalmente cubiertos por las normas de derecho privado en tiempos de transición o postconflicto, lo cual puede incluir, entre otros, programas especiales de restitución de tierras, y acciones judiciales de derecho privado. Así las cosas, aun cuando el término de justicia transicional civil no es ampliamente entendido como un mecanismo específico, el concepto no es totalmente nuevo ni en la reflexión académica ni en la práctica.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el rol del juez en un procedimiento de restitución es diferente al del juez en la justicia ordinaria civil, en donde se tienen unas funciones diferentes en un escenario de una acción constitucional, con desarrollo en el bloque de constitucionalidad y de los principios generales del derecho. En esa perspectiva es que van los poderes excepcionales del juez transicional civil. De ahí que se afirme que, la justicia transicional prioriza el derecho de las víctimas sobre consideraciones de tipo formal que trae la ley ordinaria civil.

En ese sentido, se analizará el rol del juez de restitución en tensión con las dinámicas propias de los jueces ordinarios civiles, puesto que el carácter transicional del

² Puede empezar a entenderse como la combinación entre los aspectos del derecho privado, el derecho agrario y la justicia transicional [Atuahene, Bernadette. (2010). "Property and transitional Justice", 58 U.C.L.A.L.R. Discourse 65, 66.] En otras palabras, la justicia transicional civil puede verse como una forma de justicia transicional que regula las relaciones entre los individuos en sociedades que se encuentran enfrentando un legado de violaciones sistemáticas, como parte de un proyecto más grande de justicia que busca responsabilizar a los culpables y promover la reconciliación. En este sentido, la justicia transicional civil involucra la regulación de las relaciones entre individuos generalmente cubiertos por las normas de derecho privado en tiempos de transición o post conflicto, lo cual puede incluir, entre otros, programas especiales de restitución de tierras, y acciones judiciales de derecho privado. Así las cosas, aun cuando el término de justicia transicional civil no es ampliamente entendido como un mecanismo específico, el concepto no es totalmente nuevo ni en la reflexión académica, ni en la práctica.

³ Atuahene, Bernadette. (2010). "Property and transitional Justice", 58 U.C.L.A.L.R. Discourse 65, 66.

procedimiento de restitución de tierras tiene un doble enfoque: administrativo y judicial. El primero se presenta cuando se emite una inscripción del predio objeto de despojo en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. Pero no es la única medida que se busca lograr, también se indaga a lo largo de esta etapa para identificar las personas cuyos derechos fueron afectados, así como toda la información complementaria del caso concreto que sea útil para la inscripción del predio en el registro, así como para la debida comprensión de la situación y la valoración de las pruebas que se aporten a lo largo del proceso.

Para ello, se tendrá en cuenta la potencialidad de los mecanismos del derecho privado y agrario que puede utilizar el juez transicional, además de las limitaciones que se pueden presentar en relación a las especialidades antes descritas. También se estudiará el tema del papel de la justicia transicional con respecto al proceso civil, y las peculiaridades que se pueden presentar, con respecto a un juez ordinario.

Se entrará en el tema de los principios y enfoques de la restitución de tierras con respecto a las garantías que deben tener las víctimas en un proceso transicional civil, con relación a los poderes excepcionales de un juez investido con poderes transicionales, mayores a los de un juez ordinario civil. Para ello se tendrá en cuenta el reconocimiento de las víctimas como principio de integración.

Partiendo de estas consideraciones, se abordará la tensión existente entre los poderes excepcionales del juez transicional civil y la justicia civil ordinaria, pues la justicia transicional en la sociedad actual enfrenta un pasado de violaciones de derechos humanos a gran escala, como producto de un conflicto que se supone ya terminado, mediante la instauración de mecanismos transicionales, se pretende resarcir estas circunstancias tan adversas.

El desarrollo del concepto a tratar se ha abordado fundamentalmente desde los diferentes artículos de revista, documentos especializados e información institucional que allá del caso.

1. Concepto de justicia transicional

La justicia transicional puede ser entendida como la variedad de procesos y mecanismos, judiciales y no judiciales, asociados con los esfuerzos de una sociedad para enfrentar las consecuencias derivadas de un pasado de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, con el fin de que los responsables rindan cuenta de sus actos, sirvan a la justicia y logren la reconciliación (Naciones Unidas, 2004).

Para poder remediar estos graves abusos se debe dar prevalencia a la aplicación de las normas de derechos humanos que han sido sistemáticamente violadas y desconocidas, y por lo tanto, restar prioridad a la aplicación de normas construidas y aplicables en tiempos de paz que no servirían para hacer frente a los desafíos de la situación. Ello quiere decir que los cambios más evidentes que genera la construcción de una justicia transicional se presentan, entre otros, en materia de justicia, verdad, reconocimiento público de las violaciones a los derechos humanos, garantías de no repetición, reparación, iniciativas de depuración y reforma a las instituciones del Estado.

Dentro de los procesos de justicia transicional, suelen adoptarse una serie de mecanismos judiciales y extrajudiciales que los organismos de protección internacional de los derechos humanos han creado y promovido para aplicar en contextos de transición⁴ (Naciones Unidas, 2005). Estas normas han pretendido particularmente un mayor respeto por los derechos de las víctimas, así como la protección y garantía de los derechos y las obligaciones enriquecidas en los tratados de derechos humanos, el derecho internacional humanitario, y el derecho penal internacional.

En el caso colombiano, la ley 1448 de 2011, también conocida como ley de víctimas, y sus decretos reglamentarios, crearon mecanismos excepcionales, dúctiles y flexibles⁵ que pretenden, entre otras cosas, facilitar el acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad a las personas víctimas del despojo y abandono forzoso de tierras.

Sin embargo, estos mecanismos no son exclusivos de la ley 1448 de 2011. El procedimiento de restitución jurídica y material de tierras despojadas, por ejemplo, cuenta con un fuerte antecedente en las disposiciones relativas al saneamiento de la propiedad

⁴ Entre ellos tenemos: Investigaciones y procesos judiciales que ayudan a consolidar el Estado de derecho y ayudan a establecer la confianza entre los ciudadanos y el Estado. Comisiones de la verdad y reconciliación, son órganos, temporales y de constatación de hechos que se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años. Programas administrativos de reparaciones, tienen como propósito esencial restituir los derechos de las víctimas, reconocer su condición de ciudadanos con plenos derechos y recuperar el tejido social. Esquemas de amnistías e indulto, comunes en las negociaciones de paz con grupos armados se pacten modelos de amnistías o indultos para garantizar desarmes y reinserciones masivas de combatientes. Mecanismos de recuperación y preservación de la memoria histórica, que pueden incluir distintas actividades apoyadas por el Estado que pueden variar en alcance, impacto y visibilidad; así como acciones que reflejan esfuerzos individuales, grupales o comunitarios específicos. Mecanismos asociados con la reforma legal y la reconstrucción institucional, orientados a remover del Estado a funcionarios y funcionarias involucradas en violaciones a derechos humanos o a impedir que quienes estuvieron involucrados asuman cargos públicos o de autoridad.

⁵ Tenemos que la ley 1448 de 2011 trae consigo, un principio transversal a la política de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas es el principio de buena fe. La carga de la prueba e inversión de la carga de la prueba, le corresponde en primer lugar a los solicitantes de la restitución probar de manera sumaria: i) la propiedad, posesión y ocupación, ii) el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial; o en su defecto iii) el despojo. Presunciones y fuentes de información de despojo en relación con los predios inscritos en el Registro de Tierras.

establecidas en la legislación civil, agraria⁶. No obstante, sí se trata de un procedimiento novedoso y sui generis en el derecho colombiano, por lo que una referencia a los mismos desde el derecho civil y agrario ordinario construido en tiempos de paz, no respondería de manera adecuada a los compromisos internacionales que ha adquirido el Estado Colombiano con las víctimas.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que el derecho civil y agrario, que se ha caracterizado por un excesivo formalismo⁷, no puedan ser tenidos en cuenta como elemento supletorio en caso de vacíos en la ley 1448 de 2011 y siempre que las disposiciones no sean contrarias a las establecidas en esta ley.

La Corte Constitucional ha manifestado que las normas de justicia transicional se superponen y se aplican en adición a las ordinarias (Corte Constitucional. C-052, 2012). En este sentido, las medidas de justicia transicional, reguladas por la ley 1448 de 2011, implican la flexibilización y revisión de figuras jurídicas ordinarias, así como, la superposición y adición de otras normas de relevancia para la defensa de los derechos de las víctimas.

Es así como, las disposiciones contenidas en la ley 1448 de 2011 en materia de restitución de tierras, además de constituir novedades en la forma de sanear y formalizar la relación con la propiedad, pretenden servir como herramienta de la justicia material en favor de las víctimas que afrontaron las consecuencias del conflicto armado interno, en el cual, el principio de autonomía privada se ve deformado por cuanto la voluntad se ve alterada y las relaciones contractuales son tan asimétricas, que quienes detentan el poder económico, político y social alteraron la producción, adquisición y circulación de la propiedad⁸.

⁶ Esos antecedentes los podemos ver en el derecho agrario comparte uno de los objetivos de la justicia transicional, a saber, implantar la justicia en el campo, para lo cual se crean una serie de principios e instituciones procesales que van a ser muy útiles dentro de los procesos de restitución de tierras. Entre ellos se resaltan: la prevalencia del derecho sustancial, el principio de concentración, el principio de publicidad y de economía procesal, el principio de gratuidad, entre otros.

⁷ Por cuanto el derecho agrario puede contribuir sustancialmente al logro de los objetivos del proceso de restitución de tierras en la medida en que tiene como propósito solucionar los conflictos relacionados con la tenencia de la tierra, y lograr los títulos de propiedad. En ese sentido, la jurisdicción agraria se considera una condición fundamental para la implementación de la justicia en el campo, especialmente en el marco de las relaciones de tenencia de la tierra, con criterios de tutela de la parte más débil de esa relación con el campesino.

⁸ En el caso de Necoclí, se restituye un predio que fue vendido en 1997, por un precio menor a su valor, por la viuda de un campesino asesinado cinco años antes por paramilitares. Esta sentencia dispone, además, la nulidad de un contrato de explotación minera de carbón. <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/ordenan-devolver-finca-despojada-por-la-oficina-de-envigado-/16399391>.

En desarrollo de lo expuesto, es claro que en los procesos de restitución de tierras, los jueces deben dar prelación y aplicar principalmente los mecanismos consagrados en la ley 1448 de 2011, y evitar al máximo acudir a las figuras legislativas ordinarias que han sido consagradas en tiempos de paz y con fines diversos a los que persigue la justicia transicional, so pena de desconocer los principios que inspiran la ley 1448 de 2011 y la Constitución (Uprimny, Sánchez & Bolívar, 2013).

1.1. Objetivos de un proceso transicional civil

Para que el modelo de justicia transicional llegue a ser implementado se requiere que los funcionarios y funcionarias judiciales comprendan la importancia de su rol como participantes del modelo y que cuentan con unas competencias y capacidades únicas para hacer que éste sea exitoso. La filosofía transicional repercute entonces no solo en las decisiones en lo macro, sino además, se estructura a partir de la forma en la que en el día a día se deciden los casos. En desarrollo de esta tarea, algunos enfoques y roles son claves⁹.

Un primer requisito para la implementación exitosa de un modelo de justicia transicional civil radica en un juez activo que pueda administrar su despacho y sus casos tanto de manera global, como manejar los tiempos de cada proceso; es decir, un juez que adhiera a las denominadas técnicas modernas de administración del proceso¹⁰. Las tendencias de modernización de la dirección judicial de los procesos no son novedosas, ni en el mundo ni en el país, y su aplicación son vitales para que el proceso transicional cumpla con sus objetivos.

Dos situaciones explican la interdependencia entre las tendencias modernas de administración del proceso y la implementación de un modelo de justicia transicional civil. En primer lugar, la dirección formal, técnica o gerencia del proyecto busca reducir las moras y costos judiciales buscando resolver los conflictos con mayor celeridad. Estas características procesales son pues necesarias cuando una sociedad pretende enfrentar un número abrumador de casos que se han producido tras largas épocas de despojo y victimización masiva.

⁹ En un contexto como el transicional, las actividades de hermenéutica jurídica y de decisión judicial distan de ser actividades intelectuales fáciles, desde el punto de vista jurídico, técnico y moral. En consecuencia, estos desafíos exigen de los intérpretes conocimientos y virtudes judiciales desarrolladas. Por ello, elementos y metodologías de interpretación constitucional son primordiales para enfrentar estos retos hermenéuticos y decisionales.

¹⁰ Esto quiere decir que tiene que manejar correctamente la figura de la interpretación normativa de derecho internacional de los derechos humanos. Que consiste en aplicar en forma creativa pero rigurosa los contenidos normativos incorporados al bloque de constitucionalidad, no sólo por cuanto tienen el deber de hacerlo, sino además porque es una herramienta fundamental para lograr un proceso de restitución ajustado a los requerimientos constitucionales y a los estándares normativos de derechos humanos. (Uprimny Yepes, 2005).

En segundo lugar, con la dirección técnica del juez se espera un proceso más igualitario en lo material, que a su vez resulte en un proceso más eficiente en lo técnico. Es decir, un proceso en el que el juez asume la protección remedial de la parte débil, impidiendo así que la parte fuerte utilice el proceso para el logro de ventajas tácticas (López, 2004). Esta igualación de fuerzas es inherente al proceso transicional de restitución de tierras por dos razones. La primera, por el hecho de que al proceso acudirán víctimas de graves violaciones a derechos humanos. La segunda deriva del hecho de que la justicia social es uno de los principios fundacionales de la jurisdicción agraria colombiana¹¹, la cual juega un rol fundamental en la restitución de tierras en el país.

Así las cosas, existe una evidente correlación entre los principios y objetivos de la Constitución Política, el derecho procesal moderno¹², y el derecho agrario. Todos estos principios son, a su vez, no solo compatibles con el modelo de justicia transicional civil, sino además necesarias para su efectiva implementación. Así mismo, las normas constitucionales y legales sustentan férreamente rol proactivo que deben desplegar los funcionarios judiciales encargados del conocimiento de las acciones de restitución de tierras (Uprimny, Sánchez & Bolívar, 2013).

Las naciones que pasan de regímenes autoritarios a la democracia o salen de años de una larga guerra civil recurren con frecuencia a diversos sistemas de justicia transicional para ocuparse de las injusticias cometidas en el periodo previo a la transición política. Uno de esos mecanismos de justicia transicional, considerado y adoptado varias veces en esas circunstancias, es el de la restitución de la propiedad, y, específicamente, de las tierras. En ese contexto, se han presentado varios estudios de caso famosos en los países del Este de Europa Central, en donde o se ha evitado del todo restituir la propiedad o se ha redistribuido de formas indiscutiblemente injustas. Pero las soluciones simplistas o las fórmulas estandarizadas para la restitución de la propiedad no son, como es obvio, asequibles sin más, y cada sistema debe ocuparse de las preocupaciones históricas, prácticas y de equidad aplicables a las tierras afectadas y a la gente involucrada. (Nalepa, 2012, p. 2).

Una característica sustantiva del proceso transicional de restitución de tierras, que repercute en el rol que deben desempeñar los funcionarios y funcionarias judiciales que conducen el proceso, es la multiplicidad de fuentes jurídicas que intervienen en este. Si bien el punto de partida procesal está dado por las disposiciones de la ley 1448 de 2011, en tanto esta crea una serie de instrumentos jurídicos, deberán tener presente que su función involucrará

¹¹ La ley 135 de 1961 (diciembre 13) "sobre reforma. social agraria". Trae consigo en su Capítulo I Objeto de la justicia social agraria. "Artículo 1º. Inspirada en el principio del bien común y en la necesidad de extender a sectores cada vez más numerosos de la población rural colombiana el ejercicio del derecho natural a la propiedad, armonizándolo en su conservación y uso con el interés social".

¹² Se refiere a las nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso, como son: la dirección diferencial, la dirección dinámica, Audiencia de dirección judicial, dirección probatoria, dirección permanente y dirección posprocesal entre otras.

jueces y juezas transicionales de restitución deberán tener presente que su función implicará una serie de institutos jurídicos que se desprenden de normatividad nacional desde la propia Constitución hasta fuentes legales y reglamentarias, así como de normatividad internacional que se integra al ordenamiento a partir de la figura del bloque de constitucionalidad.

2. Potencial de los mecanismos del Derecho Privado y Agrario que puede utilizar el juez transicional.

La violencia en Colombia ha estado históricamente ligada a la lucha por la tenencia, posesión, aprovechamiento y propiedad de la tierra; esto hace diferente la situación de Colombia comparativamente con otros países y por tanto, el proponer mecanismos transicionales de justicia, le confiere tener características de prueba inédita en el campo del derecho.

García González (2014) afirma: “en esta ley, el Estado Colombiano asume el deber de resarcir la situación de los desplazados reconociéndoles a las víctimas, como lo expone la sentencia T-025 de 2004, al tiempo que reitera su obligación con el respecto y la protección de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, (...). Además, en esta ley se puede como objetivo y como parte de su contenido principal, la dignificación de las víctimas y el reconocimiento de sus derechos humanos” (p.13).

El derecho privado en contextos de normalidad o paz, es una rama del derecho que regula las relaciones jurídicas entre personas particulares en condiciones de libertad, autonomía e igualdad¹³. Las personas que confluyen a las relaciones jurídico privadas lo hacen bajo el principio de autonomía de la voluntad y generalmente, en plano simétrico. Así las cosas, los conflictos sociales en tiempos de paz, que conoce de la jurisdicción civil ordinaria están relacionados con la producción, adquisición o circulación de la propiedad privada y son relativamente excepcionales¹⁴.

Sin embargo, el principio de autonomía privada de la voluntad es ampliamente vulnerado o incluso anulado en escenarios de conflicto armado interno, justamente por la sistemática y masiva violación a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. En consecuencia, las relaciones civiles se tornan críticamente desiguales pues las personas no

¹³ Un ejemplo puede ayudar en la comprensión de este argumento: bajo una interpretación clásica, el acceso a la justicia se entiende como el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de la solicitud dirigida al órgano judicial.

¹⁴ Ello quiere decir, que todos los sistemas normativos, el derecho civil se asienta en una serie de presupuestos y expectativas normativas. Estos presupuestos se expresan a partir de principios y generan las presunciones generales de aplicación y de interpretación de las normas. Fundamentalmente, la legislación civil parte del supuesto de que personas libres interactúan entre ellas y con relación a las cosas en un ambiente libre y justo. Dos principios cardinales se desprenden de esta ficción jurídica: autonomía privada de la voluntad y el orden público justo.

tienen posibilidad de ejercer y manifestar su voluntad de manera libre y autónoma en un contexto caracterizado por el monopolio normalmente ilegítimo de la violencia y la intimidación ilegal. Así el débil se torna en víctima frente al uso de la fuerza armada ilegal, o frente aquellas personas que tienen mayor poder económico o social.

En ese contexto, la justicia transicional civil emerge para corregir y equilibrar las consecuencias de dichas relaciones jurídicas asimétricas, y en pro del acceso real y efectivo a la administración de justicia en condiciones de igualdad material. Porque, lo que pretende este modelo de justicia temporal y extraordinaria es generar seguridad jurídica, y no deformar la justicia como algunos piensan, ya que durante el conflicto las relaciones jurídico privadas son tan inseguras que dependían del poder coyuntural detentado por los actores armados¹⁵.

Y el Estado recupera el monopolio de la coerción legítima en las relaciones privadas y es él, y solo él, quien a través de la jurisdicción debe dirimir los conflictos agrarios y civiles que, valga decir, son causa estructural de la guerra que aún asola el país.

Así, justicia transicional civil concretada en el proceso administrativo y judicial de restitución de tierras consagrado en la Ley 1448 de 2011 y los decretos 4829 de 2011 y 599 de 2012, es un marco jurídico excepcional, dúctil y flexible que facilita el acceso a la administración de justicia de las víctimas del despojo u abandono forzado de tierras. Así las cosas, el enfoque transicional aplicado a la justicia civil y agraria impacta sobre la desposesión y expropiación masiva para generar condiciones de elemental justicia y de esta manera hacer tránsito hacia la paz y a una democracia más inclusiva.

Pero, como el derecho civil sustantivo y adjetivo se caracterizan por el exceso de formalismo y ritualismo procesal, es indispensable que a partir del paradigma transicional adecuen las practicas judiciales, y que la hermenéutica aplicada al derecho civil y procesal civil sirvan para facilitar la transición y la justicia material en favor de las víctimas del conflicto armado que actualmente vive Colombia¹⁶.

El proceso transicional civil de la ley 1448 de 2011 basa su estructura esencial en la inversión de la carga de la prueba, pruebas sumarias para acreditar la condición de víctima, flexibilidad en la creación y valoración de las pruebas, etapas procesales flexibles, las

¹⁵ A partir de las desmovilizaciones colectivas de grupos como los paramilitares que detentaban el poder territorial en varias franjas del país, y que fueron postulados a la ley de justicia y paz.

¹⁶ Ello quiere decir que el derecho civil se asienta en una serie de presupuestos y expectativas normativas. Esos presupuestos se expresan a partir de principios y generan las presunciones generales de aplicación y de interpretación de las normas. Fundamentalmente, la legislación civil parte del supuesto de que personas libres interactúan entre ellas y con relación a las cosas en un ambiente libre y justo.

presunciones en contra de negocios jurídicos, actos administrativos y providencias, los poderes extraordinarios del juez, la posibilidad de acumulación procesal, las solicitudes de restitución colectiva, la aplicación de un enfoque diferencial y de derechos humanos y, sobre todo, una hermenéutica que favorezca a las víctimas en caso de duda; dado que la ley 1448 de 2011 es su última esperanza frente a décadas de olvido y desidia estatal. Lo anterior muestra que la justicia civil en un contexto de violencia o posterior a ella ha sido ajustada desde el enfoque transicional en un mecanismo jurídico excepcional para lograr justicia material por encima de cualquier formalidad.

2.1. Limitaciones de la justicia transicional y agraria con respecto al actuar del juez y/o limitaciones del juez con relación a la justicia transicional.

Ha de contextualizarse de donde se produjo la inclusión de la ley 1448 de 2011, que ha sido tan novedosa que ha hecho que los operadores jurídicos, hayan tenido que acoplarse a circunstancias que los sacan de los modelos propios de la ley ordinaria civil a un nuevo escenario de nuevas perspectivas en materia legislativa.

Se podría argumentar que la justicia transicional (JT) se introdujo en Colombia cuando el Congreso aprobó la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005). Esta regula la desmovilización de los miembros de las “organizaciones armadas al margen de la ley” (OAML) y establece un conjunto de obligaciones para las personas postuladas, como se denominan una vez que se incorporan al proceso establecido. Los beneficios legales, como las sentencias reducidas, se obtienen únicamente si se cumple la condición de que el autor del delito esté preparado para rectificar los daños causados a sus víctimas; la restitución forma así parte integral de esa reparación. La inclusión de la restitución de la propiedad en el proceso de JT es una de las diversas estrategias para conseguir una paz sostenible en Colombia. Las víctimas y los victimarios están ligados por el mismo marco legal. Mientras que las víctimas del conflicto se benefician de la restitución de sus derechos de propiedad de la tierra, los postulados se benefician de sentencias más leves y se les permite reintegrarse a la vida civil como ciudadanos comunes. Debido a la importancia de la tierra en el conflicto interno, este capítulo se concentra en los derechos de las personas internamente desplazadas (PID) que serán las beneficiarias de las políticas de restitución. Hay un dicho que expresa esta idea: No es la guerra civil lo que causa el desplazamiento, sino que hay una guerra civil para producir desplazamiento. Las diferentes estimaciones sobre el tamaño de la población desplazada varían entre 2,9 y 4,6 millones de personas que se ven obligadas a abandonar entre 1,2 y 10 millones de hectáreas de tierra. (Knut, 2012, p. 2).

El goce efectivo del derecho a la restitución de tierras por parte de quienes fueron víctimas de desplazamiento forzado y abandono exige la adopción de medidas dirigidas a garantizar y proteger otros derechos sin los cuales la restitución jurídica y material de las tierras no sería posible.

Para el caso particular de quienes debieron abandonar sus predios, como consecuencia del contexto de violencia sufrido en alguna región, la restitución de sus tierras conlleva la

adopción de medidas de simple, mediana y gran complejidad¹⁷ que van desde, ordenar la restitución jurídica del predio, hasta la construcción de condiciones adecuadas para el retorno.

Sin embargo, por las particularidades que presenta el caso Colombiano, adicional a esas medidas y las demás que sean conducentes para garantizar que el solicitante pueda contar con condiciones para el retorno al predio, subyacen otra serie de medidas para materializar dicha restitución que se dirigen principalmente a garantizar la seguridad jurídica sobre el predio. Brindar estabilidad y seguridad al grupo familiar en su sostenimiento y desarrollo a través de la salvaguarda al bien objeto de restitución. Y a proteger los derechos a la vida, la libertad y la integridad personal de los solicitantes atendiendo los riesgos específicos a los que se enfrentan ante la eventual restitución de sus tierras.

Entre las medidas que se consideran, constituyen presupuesto básico para la materialización de las tierras y que se enuncian a continuación: i) la protección del patrimonio familiar y ii) la adopción de medidas de preservación y protección individual y colectiva frente a las situaciones de riesgo y/o amenaza que susciten el hecho de obrar como reclamantes de restitución de tierras así como el retorno, uso y goce del bien restituido.

Se constituyen en instrumentos de justicia civil que contribuyen con los fines de la transición, pero que requieren de al menos dos precisiones para no sobre valorar su posible impacto. En primer lugar, las potencialidades del derecho privado para alcanzar ciertos objetivos más generales de democratización y que implemente una sociedad deberían tener unos objetivos definidos, pero modestos. En segundo lugar, la justicia civil como el resto del sistema judicial en tiempo de transición, enfrenta desafíos y limitaciones particulares y, por esa razón, es necesario repensar sus contenidos y procedimientos.

Uprimny Yepes, Sánchez y Bolívar afirman: “El carácter liberatorio e individualista que inspira los sistemas de derecho civil parten de la base que los sujetos deben ser, en general, libres para auto-regularse. Es así como la teoría de la autonomía de la voluntad no se limita a la exaltación de la voluntad soberana como creadora de relaciones jurídicas, sino que estipula, además, que esa voluntad no debe limitarse más que por motivos imperiosos de orden público y que tales restricciones deben reducirse a su mínima expresión. La presunción general de la autonomía privada de la voluntad se articula con otros principios y

¹⁷ Entre las razones por las cuales la acción de restitución puede verse de esta manera, se encuentran las siguientes: a) la presencia inmediata y el compromiso de derechos constitucionales fundamentales en la población objeto de la protección por medio de la acción de restitución; la no existencia de mecanismos judiciales o administrativos especiales de defensa, que permitieran el amparo y satisfacción de los derechos conculcados a la población que ha sido objeto del despojo, el desplazamiento, el abandono forzado de sus bienes y el riesgo permanente de sus vidas; la incidencia fundamental que en sus derechos constitucionales y sus proyectos de vida tendrá la sentencia de restitución para la aludida población.

características determinantes del derecho privado, (...). Por ejemplo, la capacidad- o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones -, la protección y regulación de las formas de declaración de la voluntad, y la presunción de la buena fe subjetiva, entre otras. Estos principios tienen un elemento común: el supuesto de un contexto pacífico en donde por regla general existe una libre circulación de bienes y las decisiones son tomadas de manera consciente y libre de vicios” (p.36).

En la medida en que este orden pacífico y justo es presumido, la consecuencia principal de la aplicación de la teoría de la autonomía privada de la voluntad es la restricción de la actividad estatal, la cual debe ser mínima. El rol del Estado debe estar orientado a otorgar validez y eficacia a los contratos, brindar seguridad jurídica a las partes contratantes, garantizar el cumplimiento de los contratos otorgando acciones legales en caso de incumplimiento, respetar los acuerdos contractuales y reducir los costos para contratar. Por ello, las leyes que rigen los contratos son supletorias de la voluntad de los contratantes, aplicándose sólo en el caso de silencio.

Si bien el derecho civil asume la interacción individual buscará el bienestar personal y la ganancia, las relaciones privadas se sostienen en un orden general medianamente justo y equitativo. De allí que la autonomía individual sea admitida de manera general, pero con restricciones, por eso es admisible siempre que no contraríe disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público. La moralidad del orden social y el anhelo de justicia, en el que se inscribe el derecho civil, se denota asimismo en conceptos y principios tales como las buenas costumbres, la teoría del abuso de derechos, la prohibición del enriquecimiento sin causa y en estándares de conducta como el hombre de negocios¹⁸.

Evidentemente, en contextos de violencia sistemática como son las épocas de conflicto armado, e incluso de post conflicto, es necesario revisar estos principios fundamentales para reconfigurarlos con el orden imperante y con la necesidad social de sobrepasar dicha situación. Ello es necesario, pues es a partir de estas redefiniciones que se generan todos los mecanismos y estándares regulatorios que concretamente serán aplicados en la resolución de conflictos, tanto en los aspectos sustantivos como procedimentales.

De ahí vienen unas limitaciones del derecho privado, en donde el derecho agrario ofrece algunos principios que pueden contribuir sustancialmente en los procesos de restitución de tierras. Entre otros se resaltan: i) la oralidad y escritura que buscan la agilización de los procesos y que la actuación, en su gran mayoría, se adelanta de manera verbal; ii) el principio de la concentración que pretende evitar aplazamientos y suspensiones sin

¹⁸ Pues el propósito de dar aplicación a los principios de economía procesal y procurar retornos con carácter colectivo que contribuyan al restablecimiento de las comunidades de manera integral.

motivos; iii) el principio de publicidad; iv) el principio de inquisitivo, a partir del cual el juez agrario debe impulsar oficiosamente el proceso y no debe esperar la petición de las partes; v) el principio de economía procesal, que busca que las actuaciones judiciales se adelanten en la forma más rápida y económica posible, que las tramitaciones sean lo más sencillas y evitar las decisiones inútiles y los recursos innecesarios; vi) el principio de inmediación, según el cual debe existir una comunicación directa entre las partes y el juez, así como entre el juez agrario y la producción de la prueba; vii) el principio de la igualdad procesal, que establece que todas las partes son iguales ante la ley, inclusive las entidades públicas que concurren, sin perjuicio de las prerrogativas emanadas del interés público; y, viii) principio de gratuidad (Ramos, 2009).

Ahora bien, en tanto que la justicia transicional se fundamenta en una faceta tanto correlativa como prospectiva¹⁹, la tarea no es alterar la fundamentación del derecho civil, sino más bien reconstituirlo para generar, a partir de su aplicación temporalmente adaptada, un horizonte de orden justo y equitativo en donde impere la voluntad libre. Es decir, en tiempos de transición la implementación del derecho civil y sus principios no debe ser ciega al contexto general que enfrenta, tanto en las limitaciones fácticas que puede tener aplicación, como en las consecuencias contextuales que pueden afectar su aplicación dogmática.

Las presunciones o ficciones generales que se establecen para facilitar la regulación de las relaciones sociales deberán entonces confrontarse con la realidad y, en caso necesario, ceder ante los imperativos específicos del contexto. Uprimny Yepes, Sánchez y Bolívar afirman: “A su vez, en cualquier contexto, la aplicación del derecho tanto público, como privado fortalece las relaciones en un contexto de justicia transicional, (...). En consecuencia, la ponderación concreta de la aplicación o no de las ficciones deberá hacerse con base en estos principios” (p.100).

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

El acceso a la justicia se entiende como el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de la solicitud dirigida al órgano judicial; es decir, las juezas y jueces ordinarios han de

¹⁹ Que pretenden garantizar la responsabilidad individual de los perpetradores, acompañar a las víctimas, alcanzar la reconciliación, reparar a las víctimas, impedir la recurrencia de las injusticias, recordar la historia, y, de manera más general, alcanzar una paz duradera, combatir la impunidad y lograr aceptar el pasado.

pronunciarse sobre lo que pide el actor, y la resolución sobre el fondo, en todo caso ha de estar provista de una motivación congruente y razonable. Lo primero significa que la decisión ha de responder tanto a lo pedido por el actor como a los fundamentos de su petición, y la razonabilidad implica que la decisión ha de fundarse en cánones de interpretación y aplicación de las leyes generalmente aceptados por la jurisprudencia, por la doctrina y por los escenarios académicos, quedando de esta forma proscrita la utilización de criterios extravagantes por su desconexión con la realidad del proceso.

2.1.1. Papel de la Justicia transicional en el proceso civil.

En los procesos de justicia transicional la protección y garantía de distintos derechos y medidas de manera transversal, es decir, el Estado tiene el deber de actuar de manera integral y efectiva en el cumplimiento de sus obligaciones respecto del goce de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y en el caso concreto lograr una integralidad del derecho fundamental a la restitución de tierras para las víctimas.

El concepto de Goce Efectivo del Derecho²⁰ (Corte Constitucional T-406, 1992) –GED- es una de las contribuciones de la Corte Constitucional dirigida a orientar la actuación judicial, especialmente la del juez constitucional. De acuerdo con ese tribunal, el –GED- debe ser la finalidad de las actuaciones de las autoridades judiciales y el objeto de las decisiones que debe proferir (Corte Constitucional T-081, 2013), para que así éstas no decaigan en incertidumbre o incumplimiento. En este sentido, la efectividad de los derechos es la expresión máxima del deber de garantía del Estado a los ciudadanos en el disfrute de sus derechos²¹(Corte Constitucional T-025, 2004), y por lo mismo, el reconocimiento de su dignidad.

²⁰ “[...] El concepto forma parte de un lenguaje para referirse a los derechos humanos y fundamentales, que ha variado con el tiempo. Pasó de ser un lenguaje de derechos de libertad, negativos o de abstención, en donde las obligaciones del Estado se centran en abstenerse de violar los derechos y en protegerlos contra agresiones de terceros, a ser un lenguaje mucho más abarcador, en donde se incluyen los derechos a la organización, al procedimiento y a las prestaciones públicas positivas. En donde las obligaciones del Estado son no sólo de abstenerse de violar los derechos de las personas sino de actuar positivamente para garantizar el goce o disfrute efectivo de sus derechos, especialmente de aquellas personas que requieren de una protección especial, como los desplazados. Por esta razón ya no se habla entonces, exclusivamente, de la protección de las libertades básicas por parte de las autoridades públicas, sino del “goce efectivo” de los derechos en general. La Corte Constitucional se ha referido en reiteradas ocasiones al concepto de Goce Efectivo de los Derechos (GED). Entre otras ver las sentencias T-406/92; T-020/93; T-210/94; T-111/94; T-005/95; SU-256/99; T-084/98; T-280A/12; T-081/13.

²¹ La sentencia T-025 de 2004, señala que “Para definir el nivel mínimo de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas desplazadas, debe hacerse una distinción entre (a) el respeto por el núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales de los desplazados, y (b) la satisfacción, por parte de las autoridades, de ciertos deberes prestacionales derivados de los derechos reconocidos a nivel internacional y constitucional en cabeza de los desplazados”

Sobre el derecho a la restitución y la necesidad de que para su goce efectivo el derecho garantice otra serie de derechos inescindibles de este la Corte Constitucional ha indicado que: “(...) la especial protección sobre los derechos a la población desplazada especialmente lo referente a la reubicación de la tierra reviste de gran importancia entendiendo que el principal efecto de este fenómeno se centra el desarraigo y abandono de la misma, lo que sin duda conlleva una privación de los derechos sobre la explotación de la tierra como principal fuente de estabilidad social, laboral, económica y familiar. (...) De igual manera debe entenderse que dentro de la noción de restitución sobre los al goce, uso y explotación de la tierra va implícito la reparación a los daños causados, en la medida que el Estado garantice el efectivo disfrute de los derechos vulnerados, así por ejemplo el derecho al retorno, el derecho al trabajo, el derecho a la libertad de circulación y el derecho a la libre elección de profesión u oficio (Corte Constitucional T-159, 2011).

Con miras a garantizar los derechos de la población víctima y en particular del derecho a la restitución de tierras, el juez debe asegurar la protección, acceso y garantía a otros derechos sin los cuales no sería posible el goce efectivo del derecho a la restitución. Así, el derecho a la restitución jurídica y material de tierras supone garantizar el retorno en condiciones dignas y seguras; y que se provea a las víctimas de unas condiciones mínimas que posibiliten su permanencia y estabilización socioeconómica, todo lo cual se traduciría en que para que la restitución tenga lugar deben garantizarse los derechos a la educación, la salud, el acceso al mínimo vital, entre otros. De lo contrario, la garantía y protección del derecho a la restitución resultaría nugatoria²².

La valoración de las condiciones para hacer efectivo el derecho a la restitución dependerá de cada caso particular, por lo que su efectividad en cierto caso podrá materializarse con garantías de seguridad y protección en caso de retorno, mientras que otros, como en el que nos ocupa, su materialización resulta más compleja toda vez que esa supone que se provea a las víctimas de todo lo necesario para su retorno lo que supone la reconstrucción total del corregimiento, incluyendo las casas y bienes de uso público, seguida de la garantía en el acceso a los derechos a la salud, la educación, el trabajo, entre otros.

De esta manera, el rol de los jueces encargados de proteger y tutelar los derechos de las víctimas del conflicto armado, y en particular, de aquellos encargados de conocer de las solicitudes de restitución de tierras cumplen una función trascendental en la concreción del goce efectivo de los derechos pues en últimas, por la interrelación, interdependencia que se predica de ciertos derechos, y el deber de seguimiento al cumplimiento de los fallos, su competencia trasciende el conocimiento específico de una materia, y pasa así a adoptar un papel, dinámico y proactivo con miras a lograr la satisfacción de los derechos de las víctimas.

²² Diversas normas constitucionales y legales obligan al juez constitucional a verificar no solo el respeto de los derechos subjetivos de accionantes específicos, sino también a asegurar la dimensión objetiva de los derechos. Así el propio artículo 86 de la Constitución dispone que las medidas adoptadas por el juez constitucional deben estar encaminadas a hacer cesar el origen de la vulneración, y consistiría en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo, sin indicar que tal deba circunscribirse a un catálogo cerrado de órdenes posibles.

Con relación al juez de restitución de tierras, su dinamicidad y protagonismo se refuerzan por el carácter de derecho fundamental que se reconoce al derecho, la acción y el procedimiento de restitución de tierras, que lo revisten de las características propias del juez constitucional, asignándole así especiales deberes y prerrogativas en su accionar²³.

Sobre el rol del juez constitucional con relación a la garantía y protección de los derechos de las víctimas, la Corte Constitucional ha señalado los principios y lineamientos que rigen su actuación. En ese sentido, en el Auto 385 de 2010, la Corte indicó:

Diversas normas constitucionales y legales obligan al juez constitucional a verificar no solo el respeto de los derechos subjetivos de accionantes específicos, sino también a asegurar la dimensión objetiva de los derechos. Así, el propio artículo 86 de la Constitución dispone que las medidas adoptadas por el juez constitucional deben estar encaminadas a hacer cesar el origen de la vulneración, y consistiría en una orden para que aquel respeto de quien se solicita la tutela, actué o se abstenga de hacerlo, sin indicar que tal posibilidad deba circunscribirse a un catálogo cerrado de ordenes posibles. (...) De conformidad con lo anterior, el juez constitucional tiene la facultad para determinar el contenido, el sujeto pasivo y los sujetos activos de sus órdenes para asegurar el restablecimiento de los derechos. En cuanto al contenido de las órdenes estas podrán ser abiertas o cerradas, generales o específicas, simples o complejas; en cuanto a los sujetos pasivos de las órdenes, éstas pueden estar encaminadas a bienestar únicamente al demandante o a los demandados en la acción de tutela o también a otras personas que se encuentran en la misma situación; y en cuanto a los sujetos activos de las ordenes éstas pueden estar dirigidas a un número cerrado de entidades o particulares demandadas, pero también a otros sujetos de cuya actividad depende la vigilancia de los derechos constitucionales comprometidos (Corte Constitucional, Auto 385 de 2010).

Todo lo anterior explica las especiales facultades con las que dotó la ley 1448 de 2011 al juez de restitución de tierras, entre estas, la del artículo 91, literal p), que lo faculta para proferir 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; y la del parágrafo 1° del mismo artículo, que le permite mantener la competencia para realizar seguimiento al cumplimiento de la orden después de ejecutoriada la providencia, hasta tanto estén completamente eliminadas las causas de la amenaza sobre los derechos del reivindicado en el proceso.

3. Principios y enfoques de la restitución de tierras con respecto a las garantías que deben tener las víctimas en un proceso transicional

²³ Puesto que los jueces y juezas transicionales de restitución está dirigida a garantizar la justicia material, pues más allá de descubrir la verdad en el caso concreto debe garantizar que su fallo se materialice y se cumpla el objetivo de restablecer los derechos de las víctimas. Así, la labor de los jueces y juezas transicionales de restitución no termina con la sentencia, sino cuando ésta se haga efectiva y se garantice material y jurídicamente el derecho adjudicado y la compensación de quienes hayan adquirido un derecho sobre el predio por buena fe exenta de culpa.

3.1. Reconocimiento de las víctimas como principio de integración y la restitución de tierras como vocación transformadora de las víctimas

El derecho a la restitución de tierras ha sido reconocido por la Corte Constitucional como un derecho fundamental en varios de sus pronunciamientos dirigidos a proteger y garantizar los derechos de la población víctima del conflicto armado interno, respecto de las cuáles, además, ha reconocido el carácter reforzado que adquieren los derechos a la posesión y a la propiedad. Al respecto, ha señalado la Corte que:

Las personas que se encuentran En situación de desplazamiento forzado y que han sido despojadas violentamente de su tierra (de la tierra de la cual son propietarios o poseedoras), tienen derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso, goce y libre disposición de la misma en las condiciones establecidas por el derecho internacional en la materia. En efecto, en estos casos el derecho a la propiedad o a la posesión adquiere un carácter particularmente, reforzado, que merece atención especial por parte del Estado (Corte Constitucional T-821, 2007).

Pues luego de dar primacía a las víctimas y analizar el impacto del conflicto armado interno sobre sus derechos, ha ordenado al Estado que, en atención a sus deberes internacionales de garantía y respeto, tome las medidas y adopte las políticas públicas que protejan las condiciones de vulnerabilidad de esta población. En este sentido, ha señalado la Corte que “(...) siendo el derecho a la reparación integral del daño causado a víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, un derecho fundamental, no puede menos que afirmarse que el derecho a la restitución de los bienes de los cuales las personas han sido despojadas, constituye también un derecho fundamental (Corte Constitucional C-715, 2012, p. 34).”

Ahora bien, en relación con otras afectaciones que ha sufrido la población víctima del desplazamiento forzado y el despojo, ha considerado la Corte Constitucional que tienen derecho fundamental a la restitución material y jurídica de la tierra indicando que: “(...) Así las cosas, las 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 (Corte Constitucional T-159, 2011, p. 25).”

La reparación transformadora es un concepto en evolución en el derecho internacional y nacional de las reparaciones. Empero, el derecho colombiano lo ha acogido como un criterio de relevancia frente a la reparación integral de los daños causados a las víctimas en el conflicto armado, con el propósito de lograr una transición efectiva. Así, la ley 1448 de 2011, dentro de sus principios, en el artículo 25 sobre la materia prescribe que: “(...) Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora

y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3 (ley 1448, 2011, p. 25)”.

También la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como fuente vinculante en el orden interno (por ser parte del Bloque de Constitucionalidad), establece que: “(...) Las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo reparatorio sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación” (ley 1448, 2011, p. 25)²⁴. En la misma línea, la doctrina nacional ha establecido que: “Las reparaciones deben tener una vocación transformadora y no puramente reparatoria, esto es, que las reparaciones no solo deben enfrentar el daño que fue ocasionado por los procesos de victimización, sino también las condiciones de exclusión en que vivían las víctimas y que permitieron o facilitaron su victimización (Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, 2009, p. 43)”.

Es relevante señalar que dentro de las medidas de reparación integral se encuentra la restitución de tierras, la cual debe protegerse bajo una perspectiva transformadora. En efecto, la restitución transformadora (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 73)²⁵ se concreta en la formalización o conversión de la posesión o de la ocupación (explotación de baldío como es referida en la ley 1448 de 2011) en derechos de plena propiedad (artículos 72 y 74 de la ley 1448 de 2011), en otorgar seguridad jurídica a la relación existente entre la persona restituida y el bien que se restituye (esto en aplicación del artículo 73 numeral 5 de la ley 1448 de 2011)²⁶, y en consolidar el proyecto de vida a través de la articulación de la política de restitución de tierras con las de desarrollo rural,

²⁴ La Corte recuerda que el concepto de “reparación integral” implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (supra párr. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo reparatorio sino también correctivo. En este sentido, *no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación*. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño. Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

²⁵ Ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación. “Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia proferida el 16 de Noviembre del año 2009., en el caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrafo 450.

²⁶ Artículo 73. Principios de la restitución. La restitución de que trata la presente ley estará regida por los siguientes principios: (...) 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.

retornos, estabilización socioeconómica y seguridad. Con lo anterior se busca garantizar que la restitución sea viable, contribuya a transformar el proyecto de vida de las víctimas y, en últimas, fortalezca el ejercicio de la ciudadanía y la vigencia del Estado Colombiano.

En consecuencia, en la aplicación de las medidas de restitución y formalización de tierras despojadas o abandonadas se debe procurar no solo la restitución material y el restablecimiento de la relación jurídico-formal que tenía la víctima con el predio al momento de la ocurrencia de los hechos del desplazamiento, abandono forzado o despojo, sino que además, las decisiones que se profieran deben articularse con otras políticas desarrollo rural, retornos, seguridad, etc., que permitan concretar la vocación transformadora conforme a la ley 1448 de 2011 y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta manera, las víctimas restituidas podrán contar con un título jurídico que formalice su propiedad y con las condiciones materiales para rehacer su proyecto de vida.

Conclusiones

El rol del juez en un procedimiento de restitución es diferente al del juez en la justicia ordinaria civil, puesto que tienen funciones distintas en un ambiente de una acción constitucional, con desarrollo en el bloque de constitucionalidad y de los principios generales del derecho, en esa perspectiva es que van los poderes excepcionales del juez transicional civil. Siendo ello así, es importante tener en cuenta las demás posibilidades, que desde el derecho transicional, se abren en favor de las víctimas para el goce efectivo de sus derechos, con miras a que les resarza sus derechos que fueron menoscabados por el conflicto interno que ha vivido el país.

El juez transicional cuenta con la potencialidad de los mecanismos del derecho privado y agrario que puede utilizar, además de las limitaciones que se pueden presentar en relación a la especialidad civil, en lo que respecta a cambiar de paradigma y así lograr desde una perspectiva constitucional, encaminar sus esfuerzos en pro de las víctimas que merecen, toda su capacidad como operador jurídico y dejar de lado las limitaciones que le ha dejado su trasegar en la aplicación de la ley ordinaria.

El actuar del juez civil dentro de un proceso de restitución de tierras, además de utilizar el derecho privado en contextos de normalidad o paz, constituye una herramienta valiosa para que el derecho regule las relaciones jurídicas entre personas particulares en condiciones de libertad, autonomía e igualdad. Las personas que confluyen a las relaciones jurídico privadas lo hacen bajo el principio de autonomía de la voluntad y, generalmente, en un plano simétrico. Así las cosas, los conflictos sociales en tiempos de paz, que conoce la

jurisdicción civil ordinaria están relacionados con la producción, adquisición o circulación de la propiedad privada y son relativamente excepcionales.

Como el derecho civil sustantivo y adjetivo se caracteriza por el exceso de formalismo y ritualismo procesal, es indispensable que a partir del paradigma transicional adecuen dichas prácticas, y que la hermenéutica y la aplicación del derecho civil y procesal civil sirvan y faciliten la transición y la justicia material en favor de las víctimas del conflicto.

El proceso transicional civil de la ley 1448 de 2011 basa su estructura esencial en la inversión de la carga de la prueba, pruebas sumarias para acreditar la condición de víctima, el conflicto armado, con el propósito de lograr una transición efectiva. Puesto que una vez probadas las dos condiciones, la carga de la prueba se traslada al demandado o a quienes se opongan a las pretensiones de la víctima en el proceso de restitución, debiendo probar su interés legítimo en el proceso, salvo las personas reconocidas como desplazados o despojados.

Con la ley de restitución de tierras, se presenta una jurisdicción especial, en donde confluyen en un solo proceso un procedimiento administrativo y uno judicial, con la separación de la investigación y el juzgamiento, que se caracteriza por ser un proceso de justicia transicional integrado por múltiples mecanismos transicionales, normas especiales, ordinarias, estándares internacionales. Las necesidades especiales de publicidad del proceso como elemento de verdad y no repetición que deviene en un certificado de la inscripción como requisito de procedibilidad, la falta del mismo trae como consecuencia el rechazo de la solicitud, donde emergen como sujetos procesales en el procedimiento de restitución de tierras las víctimas, opositores y terceros intervinientes.

La restitución como mecanismo de vocación transformadora, pretende dar lugar a unas condiciones especiales que deberá tener el operador jurídico para restablecer las condiciones que tenía la víctima antes del hecho perpetrador, que produjo el despojo o abandono del predio.

Referencias

Atuahene, B. (2010). "Property and transitional Justice", 58 U.C.L.A.L.R. Discourse 65, 66.

García González, G. I. (2014). Armonización de las leyes de justicia y paz y de víctimas y restitución de tierras para lograr una reparación integral y transformadora. *Revista UNAULA*, (34), Pág. 67.

Lid, Knut Andreas O. (2012). La restitución de la tierra en la justicia transicional: retos y experiencias. El caso de Colombia. Serie de publicaciones FICHL No. 6. 194 p.

López Medina, Diego. (2004). Nuevas tendencias en la dirección del proceso. Págs. 62 y 63. (1ª Ed.) Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Naciones Unidas, Consejo de seguridad. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, 3 de agosto 2004.

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Promoción y protección de los derechos humanos. Adición: Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1, Principio 37
<http://www.idhc.org/esp/documents/ppiosimpunidad.pdf>.

Nalepa, M. (2012). Los orígenes de las reclamaciones antagonistas de tierra en el Este de Europa Central. La restitución en especie como un problema de división equitativa. Serie de publicaciones FICHL No. 6. 106 p.

Uprimny, R. (2005). Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Uprimny, R., Sánchez, N. C. & Bolívar, A. P. (2013). Restitución de Tierras en el Marco de la Justicia Transicional Civil: Módulo de formación autodirigida. Págs. 163. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Uprimny, R. & Saffon, M. P. (2009) Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. *Reparar en Colombia. Los Dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Bogotá, ICTJ, Unión Europea, De Justicia, pp.31-70.

Ver documentos de Naciones Unidas sobre derechos humanos y justicia transicional: E/CN.4/RES/2005/81, derecho a la verdad: E/CN.4/RES/2005/66, A/HRC/RES/12/12, Reportes del Relator Especial para la Promoción del derecho a la verdad, justicia, reparación, y garantías de no repetición: A/67/368, A/67/368/, A/HRC/21/46, A/HRC/RES/18/7, A/HRC/18/L.22.

Ramos, Manuel. (2003). Justicia Agraria. La experiencia Colombiana. Ponencia presentada en el XI Seminario Nacional de Derecho Agrario. II Encuentro Nacional de Profesores de Derechos Agrario. Disponible en: <http://www.abda.com.br/texto/manuelrbermudez.pdf> (consultada el 3 de julio de 2015). Pág. 35.

Normas

República de Colombia, Congreso de la República. (1961). *Ley 135*: Sobre reforma. Social agraria. Bogotá.

República de Colombia, Congreso de la República. (2011). *Ley 1448*: Por el cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Bogotá

República de Colombia, Congreso de la República. (2011). *Decreto 4829*: Por el cual se reglamenta el capítulo III del título IV de la Ley 1448 de 2011 en relación con la restitución de tierras. Bogotá

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-406*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia T-020*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). *Sentencia T-111*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). *Sentencia T-210*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia T-005*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia T-084*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia SU-256*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia T-025*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). *Sentencia T-821*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Auto 385*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-159*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia C-052*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia C-715*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-081*. Bogotá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia proferida el 16 de noviembre del año 2009., en el caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrafo 450.

Página electrónica

<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/ordenan-devolver-finca-despojada-por-la-oficina-de-envigado-/16399391>