

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I. LOS LINEAMIENTOS PARA UNA POLÍTICA JUDICIAL DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS TRANSFORMADORA.....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. ESTRUCTURA.....	7
CAPÍTULO II. CONTEXTUALIZACIÓN Y MARCO TEÓRICO DE UNA RESTITUCIÓN DE TIERRAS TRANSFORMADORA.....	10
1. ANTECEDENTES.....	10
1.1 <i>La declaratoria del estado de cosas inconstitucional en relación con la situación de la población desplazada</i>	11
1.2 <i>Tránsito de leyes en materia de justicia transicional</i>	14
2. MARCO TEÓRICO: LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO TRANSFORMADOR EN LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN EL CONTEXTO TRANSICIONAL.....	19
2.1 <i>Hacia el paradigma de “justicia transicional integral” en la superación de un presente conflictivo</i>	20
2.2 <i>De la noción clásica de reparación a la reparación integral en el contexto transicional colombiano</i>	22
2.3 <i>¿Qué es la restitución en tanto medida de reparación integral?</i>	25
2.3.1 <i>La distinción entre la restitución en tanto medida y el enfoque restitutorio en tanto finalidad</i>	26
2.3.2 <i>Restitución de tierras para las víctimas del desplazamiento forzado por la violencia</i> 28	
2.4 <i>Fundamentos para la construcción del concepto de restitución de tierras transformadora</i>	30
2.4.1 <i>Planteamiento teórico del enfoque transformador de las reparaciones</i>	32
2.4.1.1 <i>Superación de desigualdades estructurales y aporte a las garantías de no repetición</i> 35	
2.4.1.2 <i>Una disputa fundamental: Justicia correctiva vs. Justicia distributiva</i>	36
2.4.1.2.1 <i>El ideal de justicia correctiva o conmutativa</i>	37
2.4.1.2.2 <i>El ideal de justicia distributiva o justicia social</i>	38
2.4.1.3 <i>La propuesta de reparación transformadora desde abajo o cómo lograr una participación efectiva de víctimas en toda decisión transformadora</i>	42
2.4.2 <i>El reconocimiento legal y jurisprudencial del principio transformador de las reparaciones</i>	43
2.4.2.1 <i>El mayor impacto del principio transformador en la reparación colectiva</i>	46
2.4.3 <i>El límite de la aplicación del principio transformador en los lineamientos constitucionales de la separación de poderes</i>	49
3. HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA POLÍTICA JUDICIAL DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS TRANSFORMADORA.....	54
CAPÍTULO III. LA PRÁCTICA JUDICIAL EN TORNO A LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS TRANSFORMADORA.....	57

1. EL INICIO DE LA POLÍTICA JUDICIAL DE RESTITUCIÓN TRANSFORMADORA PREVIA A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 1448 DE 2011	57
1.1 <i>Primeros parámetros de la política judicial: el seguimiento al estado de cosas inconstitucional</i>	58
1.1.1 Auto 092 de 2008: protección al enfoque de género en la restitución de tierras	60
1.1.2 Auto 008 de 2009: el direccionamiento hacia la creación de una política pública de restitución desde abajo	62
1.1.3 Auto 219 de 2011: la restitución de tierras dentro del (re)establecimiento del derecho	67
1.2 <i>Las respuestas desde el sistema de Justicia y Paz a los lineamientos de la restitución de tierras transformadora</i>	70
1.2.1 La restitución se inaugura en Justicia y Paz: el esfuerzo por buscar soluciones urgentes al desplazamiento forzado.....	72
1.2.2 Los problemas de los bienes para la reparación de víctimas: una anticipación a las respuestas consagradas en la Ley de Víctimas.....	74
1.2.3 Las medidas de restitución transformadora del caso Mampuján previstas desde la sentencia de Justicia y Paz.....	77
2. LAS APLICACIONES JUDICIALES DEL PRINCIPIO TRANSFORMADOR EN LA LEY DE VÍCTIMAS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS	79
2.1 <i>Bolívar</i>	82
2.2 <i>Putumayo</i>	87
2.3 <i>Meta</i>	91
CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES: LOS AVANCES DE UNA POLÍTICA JUDICIAL DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS TRANSFORMADORA	95
BIBLIOGRAFÍA.....	102

CAPÍTULO I. LOS LINEAMIENTOS PARA UNA POLÍTICA JUDICIAL DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS TRANSFORMADORA

1. Introducción

La presente tesis de grado busca explorar los esfuerzos emprendidos desde distintas sedes judiciales relacionadas con la problemática del desplazamiento forzado, en la construcción e implementación de una política pública de *restitución de tierras transformadora* en el país. Desde un primer momento se hace un reconocimiento a las labores judiciales impulsadas en este sentido, de lo cual este estudio pretende ser una muestra fehaciente. El desplazamiento forzado de personas es uno de los fenómenos más graves y notorios del conflicto armado sobre la población civil en el ámbito rural, siendo una de sus consecuencias el despojo o abandono forzado de tierras. Las personas víctimas de este delito en una gran mayoría de casos hace parte de poblaciones en sí mismas vulnerables, cuya situación de marginalidad y exclusión social ha servido para focalizar los hechos victimizantes.

Diseñado para operar en situaciones de paz y normalidad, este tipo de poblaciones han venido siendo objeto de regulaciones de protección especial (ahora conocido como el *enfoque diferencial*), dirigidos a eliminar la desigualdad y las relaciones de subordinación y poder que impiden disfrutar, en un nivel mínimo de satisfacción, los derechos constitucionales reconocidos. La adopción de esta serie de medidas de protección especial tiene su fundamento constitucional en la cláusula de igualdad material del Estado social de derecho. No obstante, de cara a la realidad del conflicto armado que vive el país –y procura superar–, la población vulnerable se ha convertido en blanco preferente de victimización,

por lo cual se ha dispuesto para ello de medidas de asistencia y reparación integral, que en la aplicación a los casos concretos, hacen surgir fuertes interrogantes en torno a poblaciones tradicionalmente abandonadas por un Estado ausente.

Dadas estas herramientas de fondo, el debate por una *restitución de tierras transformadora* está orientado a resolver la siguiente paradoja: ¿cómo se reconcilian los títulos jurídicos alternos de reparación y redistribución, en una realidad fáctica de víctimas desplazadas, pobres y excluidas, para el caso específico de la restitución de tierras?

Sobre esta discusión el presente escrito busca indagar por las decisiones judiciales que han abordado este debate, en sus fundamentos, alcances y límites, así como en la interpretación y aplicación de esta figura. Si bien existen unas medidas claras y determinadas de aplicación de esta figura, como se tendrá oportunidad de mostrar a lo largo del escrito, la *restitución de tierras transformadora* encierra unas tensiones que le otorgan un carácter problemático, y en cierta medida difuso, en lo cual además están envueltas discusiones de hondo calado sobre teoría constitucional y teoría del derecho. Dado el carácter problemático de esta figura, en este escrito se parte de la idea de que su naturaleza jurídica ha de ser, en términos utilitarios, el de un principio orientador –como en efecto está consagrado en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras–, a la vez que desde el punto de vista conceptual, constituye un enfoque, una aproximación, y un elemento de la reparación integral de víctimas marginadas y excluidas.

2. Estructura

La producción jurisprudencial en torno a la restitución de tierras transformadora tiene lugar en el contexto de justicia transicional colombiano. La restitución de tierras, en tanto componente del derecho a la reparación integral, constituye una medida de justicia transicional para las víctimas del conflicto armado interno. Bajo ese entendido, en la primera parte del segundo capítulo del presente trabajo se adelantará un estudio sobre el contexto de justicia transicional en el cual se produce la política judicial que incorpora este principio. Por tratarse de la restitución de tierras, inicialmente se hará una mención en lo relevante a la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional* de la población desplazada, como punto de partida de los inicios de esta práctica judicial, para luego abordar algunas particularidades institucionales que ayudan a explicar el contexto transicional colombiano. En la segunda parte de este segundo capítulo se explicarán los distintos elementos teóricos, con sus fundamentos jurídicos y conceptuales, integrados al concepto de *restitución de tierras transformadora*. Aquí se adelantará inicialmente un estudio del modelo teórico de justicia transicional que el país ha procurado implementar a través de diversos esfuerzos y de distintos instrumentos normativos, para luego abordar, a través de un esquema deductivo, los fundamentos del derecho a la reparación integral, hasta llegar a la restitución de tierras en particular, la cual es postulada como medida preferente de reparación para las víctimas de desplazamiento forzado. Con esto se procura sentar las bases jurídicas del derecho a la restitución de tierras en el contexto transicional colombiano. Posteriormente, se desarrollan los elementos del principio transformador de las reparaciones, no sin antes hacer una aclaración de los ejemplos de aplicación de este principio en la restitución de tierras en particular. El enfoque de transformación democrática está dado por resolver la

paradoja de víctimas del conflicto armado en países con alta desigual social y económica, mediante alternativas jurídicas aisladas consideradas es sí mismas insuficientes. Allí se desarrollan los dilemas, el alcance y la tensión intrínseca del concepto transformador de las reparaciones, que tienen además resonancia, para los fines de estudio jurisprudencial que aquí se plantea, en algunos elementos de teoría del derecho. Como punto final, se plantea en esta última parte del primer capítulo una hoja de ruta para el análisis de las decisiones judiciales que refieren el principio transformador en la restitución de tierras.

El tercer capítulo está dividido en tres partes expuestas según la jurisdicción a la que pertenece el estudio de casos, por lo cual además aparecen expuestas en orden cronológico, a saber: la jurisdicción constitucional en seguimiento al estado de cosas inconstitucional, la jurisdicción penal especial de Justicia y Paz, y la jurisdicción especializada en restitución de tierras de la Ley 1448 de 2011. En la primera sección sobre la jurisdicción constitucional se estudian tres providencias emblemáticas que marcaron las pautas, sobre diversos aspectos en su momento analizados, para la creación y fijación de una política judicial de restitución de tierras transformadora. Estas pautas fueron decisivas en el diseño de la Ley 1448 de 2011, así como también de las lecciones aprendidas en la jurisdicción de Justicia y Paz. En relación con esta jurisdicción penal especial, en una segunda sección de este capítulo se estudian providencias judiciales en las que los jueces penales entendieron y comenzaron a implementar esta política judicial para la resolución de casos concretos de restitución, a través de la apertura de un mecanismo especial para tramitar reclamaciones, y de subsecuentes decisiones destinadas a identificar problemas sobre la materia, como la informalidad en la tenencia de la tierra, y muy importante, el reconocimiento jurisprudencial explícito del principio transformador, aun antes de la promulgación de la Ley 1448. Finalmente, dentro de la tercera sección del capítulo tercero se aborda el estudio

de casos resueltos por los jueces civiles de restitución, en la cual se explora la interpretación y aplicación del principio transformador sobre casos resueltos. Debido al gran número de fallos producidos, el estudio de casos se basa en una selección de providencias a una fecha de cierre, por lo cual las conclusiones obtenidas en este apartado buscan ser una muestra de las tendencias adoptadas por los jueces, más que afirmaciones categóricas y definitivas sobre la materia. Se trata además de un proceso en curso, en relación con el cual se tienen hasta ahora las primeras sentencias, teniendo ellas un volumen cuantitativo considerable.

Como cuarto capítulo del presente estudio, se realizarán conclusiones globales y transversales de aquello que fue evidenciado en los estudios de casos propuestos, con base en la variedad de fundamentos teóricos y conceptuales sobre la *restitución de tierras transformadora* entendida y aplicada por los jueces en el contexto transicional colombiano.

CAPÍTULO II. CONTEXTUALIZACIÓN Y MARCO TEÓRICO DE UNA RESTITUCIÓN DE TIERRAS TRANSFORMADORA

1. Antecedentes

Tal como se verá más adelante, la restitución de tierras ha sido postulada como modalidad preferente del derecho a la reparación integral de las víctimas del delito de desplazamiento forzado. Por tal motivo, para entender las decisiones judiciales que han producido avances en materia de *restitución de tierras transformadora* hasta la fecha, lo cual es objeto de estudio de la presente investigación, es necesario brindar inicialmente una contextualización breve sobre la problemática del desplazamiento forzado y de las correlativas respuestas institucionales, impulsadas desde la Corte Constitucional, para remediar la situación de esta población vulnerable.

De igual forma este aparte busca también situar la discusión sobre la restitución de tierras en un contexto general de justicia transicional en Colombia, en tanto mecanismos diseñados para consecución de la paz, que suponen la desmovilización y reinserción de combatientes, así como la garantía efectiva de los derechos a la verdad, justicia, reparación, y no repetición de las víctimas del conflicto armado interno. En este entendido, sin ánimo de exponer una sucesión de hechos lineales, se trazarán algunos elementos de contexto relevantes que ayudarán a comprender el entorno jurídico en el que se desenvuelven las discusiones, desarrolladas posteriormente en este escrito, sobre el concepto y la práctica judicial en torno a una *restitución de tierras con carácter transformador*.

1.1 La declaratoria del *estado de cosas inconstitucional* en relación con la situación de la población desplazada

En el desarrollo del conflicto armado interno en Colombia, se han presentado diversas épocas de intensificación de violencia que han producido graves impactos en los derechos de la población civil, siendo entre ellos de especial notoriedad, la emergencia del fenómeno de desplazamiento forzado en un lapso crítico: este ascenso comienza desde la mitad de la década de los noventa, encontrando su culmen en los primeros años de siglo veinte, y descendiendo progresivamente hasta la actualidad, no aún con cesación definitiva.¹ Frente a la grave crisis humanitaria que supuso el desplazamiento masivo de civiles, provocado por la escalada de violencia del periodo reseñado (alimentada, además, por la expansión paramilitar sobre el territorio), las instituciones del Estado encargadas del suministro de ayuda humanitaria y otros servicios de asistencia social predispuestos en la Ley 387 de 1997, fracasaron en su función de dar garantía efectiva a los derechos que venían siendo demandados por una población desplazada que venía en aumento.

En ausencia de mecanismos administrativos efectivos de protección de derechos, a través de los cuales se proporcionaban, entre otros, las medidas de asistencia social y demás beneficios, las personas desplazadas acudieron al sistema judicial para buscar garantías de aquello que se venía constituyendo en una omisión de los deberes de las autoridades públicas frente a esta población vulnerable. En este escenario, luego de haber adelantado la revisión de diversas tutelas promovidas por personas desplazadas en el periodo

¹ Las cifras completas de la población civil expulsada del territorio se encuentran en el estudio elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Desplazamiento forzado, tierras y territorio. Agendas pendientes: la estabilización socioeconómica y la reparación*, Colección Cuadernos INDH, PNUD, Bogotá, 2011, p. 24.

comprendido entre los años 1997 y 2003, la Corte Constitucional dio un giro fundamental de gran impacto en la protección de los derechos de esta población, a través de la expedición de la sentencia T-025 de 2004.²

Mediante esta providencia, la Corte dio aplicación a la figura jurisprudencial del *estado de cosas inconstitucional*, a raíz de verificar la existencia de violaciones masivas a los derechos de la población desplazada, y de patentes fallas estructurales en el diseño de la política de atención dirigida a dicha población. Para aquel entonces la población desplazada ascendía, y en esto se trae a colación una cifra conservadora que no genera controversias, a más de tres millones de personas –la segunda cifra más alta en el mundo después de Sudán y casi la décima parte de la población colombiana–,³ lo cual fue atribuido a la violencia ejercida por los actores armados en contra de la población civil, en desarrollo de dinámicas de guerra características de un conflicto armado interno degradado, descompuesto, y en cierta medida, desideologizado, como es el del caso colombiano.⁴

La gravedad y la incapacidad de las entidades para hacerle frente al fenómeno se hicieron manifiestas en el año 2004, cuando la Corte analizó un total de “108 demandas, interpuestas en 22 ciudades del país por 1.150 familias”.⁵ En sede de revisión de tutela la Corte

² Durante el período 1997-2003, la Corte abordó “en 17 ocasiones la grave situación de los derechos de la población desplazada”. En estas ocasiones la intervención de la Corte estuvo “dirigida primordialmente a corregir omisiones de las autoridades responsables de atender a la población desplazada, a rechazar actuaciones discriminatorias o exigencias irrazonables que se traducen en violación de derechos a la población desplazada”. Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, anexo 5.

³ La gravedad del desplazamiento en Colombia y su comparación con el caso de Sudán, está documentado en el estudio adelantado por el ACNUR, “Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons”, citado en: César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá, 2010, p. 13.

⁴ Cfr. Alejandro Aponte, “Análisis crítico de la jurisprudencia penal nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano”, en: Kai Ambos (editor), entre otros, *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Fundación Konrad-Adenauer, Universidad de Göttingen, Montevideo, 2008, p. 175.

⁵ Cesar Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, “El desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional”, en: Cesar Rodríguez Garavito (coordinador), *Más allá del desplazamiento. Políticas,*

constató, luego de un examen que abarcó una gran multiplicidad de aspectos –que aún hoy sigue sin culminarse–, la existencia de una serie de problemáticas que justificaron la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional*, a saber: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales fundamentales que afectó a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar dichos derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales como, por ejemplo, la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento regular para garantizar los derechos conculcados; (iv) la falta de expedición de las correspondientes medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar y solucionar la vulneración de estos derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades y requiere, además, la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones, lo cual supone, a su vez, un monto considerable de recursos presupuestales disponibles.⁶

En esta providencia emblemática se pudo dar cuenta no solamente de la precaria situación de la población desplazada, atribuible en parte a la continua omisión del conjunto de instituciones competentes para dar respuesta a sus solicitudes, sino también permitió evidenciar la insuficiencia de los instrumentos administrativos, legislativos y presupuestales disponibles en el orden jurídico para evitar la vulneración de sus derechos. En consecuencia, la Corte determinó dar una solución efectiva a través de una respuesta global de las instituciones que cobijara por igual a todas las personas que se encontraban en esta

derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia, CIJUS y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, entre otros, Bogotá, 2010, p. 26.

⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento 2.2.

misma problemática.⁷

Por tal motivo, la Corte señaló en su providencia una serie de lineamientos y directrices básicos que se convertirían en una hoja de ruta para el diseño de políticas públicas, dirigidas a superar la situación crítica de esta población, tales como: la creación de un plan de acción ante la ausencia o déficit de políticas públicas del Estado sobre el desplazamiento, y la realización de todos los esfuerzos presupuestales posibles para brindar atención y garantizar el goce efectivo de los derechos básicos de la población en situación de desplazamiento.⁸ De igual manera, con ocasión de esta sentencia, se produjo un reconocimiento de la condición de víctima a dicha población y, por ende, se estableció la necesidad de garantizar sus derechos a la verdad, justicia, reparación integral, y no repetición, constituyéndose la realización de los mismos en una condición indispensable para la superación del estado de cosas inconstitucional.⁹

1.2 Tránsito de leyes en materia de justicia transicional

Desde hace unos años, aún antes de la promulgación de la Constitución de 1991 –la cual fue fruto de un proceso de paz con algunas guerrillas armadas disidentes–, el país viene adelantando diferentes esfuerzos para encontrar salidas definitivas al conflicto armado

⁷ Cfr. Cesar Rodríguez Gravito y Diana Rodríguez Franco, "El desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional", en: Cesar Rodríguez Garavito (coordinador), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, CIJUS, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, entre otros, Bogotá, 2010, p. 28.

⁸ Sobre el particular, se puede consultar el estudio del ACNUR, "Balance de la política pública para la atención integral al desplazamiento forzado en Colombia", citado en: César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2010, p. 29.

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento 10.1.4.

interno.¹⁰ Bajo el ideal de paz y producto de las negociaciones adelantadas entre el gobierno nacional y grupos de autodefensas, fue expedida la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, que permitiría la desmovilización y reinserción a la vida civil de los miembros de los grupos armados ilegales, así como la investigación, juzgamiento, y sanción, a través de la imposición de una pena alternativa, de cierta clase de delitos (asociados a un criterio de gravedad) cometidos con ocasión del conflicto, a cambio de contribuciones efectivas a los derechos de verdad, justicia, y reparación de las víctimas. Así, para mencionar el tema de la reparación, los postulados al proceso penal especial tienen la obligación de entregar y delatar todos los bienes de los cuales tuvo conocimiento el combatiente que pertenecieron al grupo armado ilegal, incluyendo aquellos que fueron despojados a las víctimas del conflicto armado.

Sin embargo, se puede aseverar que este esfuerzo transicional inicial no cumplió las expectativas de las víctimas, los excombatientes y la sociedad en general, lo cual sucedió por diferentes circunstancias, entre ellas: (i) un endurecimiento de las condiciones de los excombatientes para disfrutar del beneficio de la pena alternativa, operado por la Corte Constitucional; (ii) la voluntad no siempre comprometida de los postulados de cumplir con todas las exigencias dispuestas, aún más exigentes luego del fallo de constitucionalidad, para la concesión del beneficio; (iii) los problemas institucionales cada vez mayores para la reparación a víctimas, en parte explicados por la insuficiencia de recursos y la necesidad de reconocimiento en sede judicial; (iv) la declaratoria de inexecutable del principio de

¹⁰ En palabras de la Corte Constitucional, “la Constitución de 1991, que nació por la voluntad del pueblo de hacer cesar la situación sangrienta y de desorden público que viene sufriendo el país (...)”. Corte Constitucional, sentencia T-102 de 1993, MP: Carlos Gaviria Díaz. También la corporación ha sostenido: “la Corte constata que la paz ocupa un lugar principalísimo en el orden de valores protegidos por la Constitución. Dentro del espíritu de que la Carta Política tuviera la vocación de ser un tratado de paz, la Asamblea Constituyente protegió el valor de la paz de diferentes maneras”. Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento 4.3.2.1.7.

oportunidad para los desmovilizados rasos que no podían ser juzgados a través del proceso penal de Justicia y Paz (por falta de gravedad en los delitos imputados), y que constituían la mayor parte del universo de excombatientes; (v) y la subsistencia del conflicto, con guerrillas y reductos de paramilitares no desmovilizados, hoy conocidas como bandas criminales al servicio del narcotráfico.¹¹

Estas diferentes problemáticas, junto a otras causas de variada índole, motivaron la expedición de nuevas leyes y fórmulas transicionales dirigidas a la solución definitiva de estos problemas, en los esfuerzos realizados para reconciliar al país de la violencia paramilitar y de algunas desmovilizaciones individuales y aisladas de la guerrilla. Entre tanto se buscaba consolidar la institucionalidad de justicia transicional en el país, el gobierno nacional venía adelantado simultáneamente conversaciones exploratorias para la instalación de una mesa de negociación que pudiese acordar poner fin al conflicto armado con la guerrilla de las FARC.

En el marco de estas reformas institucionales se expidió la Ley 1424 de 2010 o Ley de Desmovilizados, cuya finalidad fue resolver la situación jurídica de aquellos desmovilizados a quienes no fue posible atribuir delito distinto al concierto para delinquir agravado (y delitos conexos), a través de procedimientos judiciales ordinarios, con la posibilidad de acceder, bajo cierto requisitos, a beneficios jurídicos que garantizan el disfrute de la libertad. Es de resaltar que esta ley creó un mecanismo no judicial de sistematización de la verdad revelada por estos excombatientes, que está siendo

¹¹ Todos estos problemas son reseñados y desarrollados en el estudio sobre implementación de la Ley 975 de 2005 en el país, coordinado por el ex-juez español Baltasar Garzón, titulado *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*, Misión de apoyo al proceso de paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos (Mapp-OEA), Bogotá, 2011.

administrado por el Centro de Memoria Histórica, autoridad pública encargada de divulgar la información recopilada por distintas fuentes sobre la historia política y social del país.

Igualmente, para hacer frente a los múltiples graves problemas de reparación a víctimas, fue expedida, con la llegada de un nuevo presidente a la rama ejecutiva, y con la consiguiente recomposición de las fuerzas políticas en los poderes constituidos, la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.¹² Esta ley creó un programa amplio de reparaciones para las víctimas del conflicto armado interno, y reforzó los mecanismos de ayuda humanitaria dirigidos a la población desplazada, producto en buena medida de los exhortos recibidos desde la Corte Constitucional en el marco del seguimiento al estado de cosas inconstitucional declarado por la sentencia T-025 de 2004.

Además, buscando consolidar los esfuerzos del Estado en cuanto a la restitución de inmuebles para las víctimas del conflicto armado, la ley creó un mecanismo especial que contempla una etapa administrativa y otra judicial, instaurando así una nueva jurisdicción civil especializada en el conocimiento de este tipo de casos. Aun antes de la entrada en vigencia de esta ley, y ante los repetidos exhortos de la Corte Constitucional y la negligencia de los poderes constituidos en formular políticas de restitución, el Estado a través de distintas agencias adelantó la entrega de tierras a las víctimas del conflicto, unas veces por conducto de figuras propias de reforma agraria (adjudicación), y otras a través de decisiones judiciales que resolvían las reclamaciones ventiladas en el proceso mismo de Justicia y Paz.

¹² Fue tan marcado el giro en la orientación de la política pública de restitución de tierras para la población desplazada con el cambio de Presidente de la República, que la Corte Constitucional lo expresó del siguiente modo: “En materia de reformulación de la política de tierras es necesario resaltar que existen dos momentos distintos: (i) lo ocurrido en el período anterior 2004-2010, en donde no hubo ningún avance significativo en la materia, y (ii) lo sucedido a partir del 7 de agosto de 2010, en donde el Gobierno Nacional ha mostrado un compromiso serio con esta tarea y ha venido trabajando por superar los vacíos detectados y por crear los instrumentos que permitan garantizar efectivamente el derecho a la tierra a la población desplazada”. Corte Constitucional, auto 219 de 2011, MP: Luis Gabriel Vargas Silva, párr. 78.

Frente a la duplicidad de mecanismos en materia de reparación a víctimas del conflicto armado, la Ley 1592 de 2012, reformativa de la Ley de Justicia y Paz, ordenó centralizar todos los esfuerzos de la reparación a víctimas, exclusivamente en los programas de reparación y restitución de la Ley 1448 de 2011. Con ello se intentó armonizar y racionalizar las vías de reparación existentes, para además garantizar el derecho a la igualdad de las víctimas.¹³ Adicionalmente, esta reforma a la Ley de Justicia y Paz actualizó antiguas disposiciones con base en las nuevas exigencias de persecución de bienes y de control estricto al cumplimiento de las condiciones previstas para la concesión de beneficios jurídicos.

De otro lado, producto de las conversaciones exploratorias antes aludidas, desde finales del año pasado el gobierno nacional suscribió un acuerdo general para instaurar una mesa de negociación sobre ciertos puntos específicos con la guerrilla de las FARC, entre ellos, los problemas de desarrollo en el agro y la reparación a víctimas. Para la época de cierre del presente trabajo, era pública la noticia de que el primer punto en la agenda, la cuestión agraria, había sido satisfactoriamente acordada, por lo cual, de producirse un acuerdo definitivo de paz, se generaría un despliegue de efectos a futuro, cuyo objeto está en operar transformaciones significativas en el ámbito rural del país.

Es en este contexto en el que se inserta la presente investigación, que está dispuesta para indagar, a través de una exploración de casos y de unos lineamientos teóricos, las

¹³ Esta redefinición de las rutas procesales para tramitar las reclamaciones de restitución de tierras ha sido entendida, desde un enfoque de las víctimas, como una frustración de las expectativas de los casos que venían siendo conocidos por el sistema de Justicia y Paz, y que por efecto de la entrada en vigencia de la Ley 1592 de 2012, tuvieron que reiniciar el procedimiento, esta vez bajo la Ley 1448 de 2011. Cfr. Juan Felipe García, director del Área de Víctimas, *La reforma al proceso penal de Justicia y Paz y la restitución de tierras desde una perspectiva de las víctimas*, Monográfico del Área de Víctimas, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax-Colombia, Bogotá, 2013, pp.26-29.

implicaciones que tiene el principio transformador en la restitución de tierras que se adelanta en el marco de la justicia transicional en Colombia.

2. Marco teórico: la incorporación del principio transformador en la restitución de tierras en el contexto transicional

En esta segunda sección del presente capítulo se establecerán los fundamentos teóricos de los distintos elementos necesarios para la construcción de un concepto general de *restitución de tierras transformadora* en el contexto transicional colombiano. Para tal fin, se hará una explicación básica del modelo de justicia transicional integral que el país ha buscado implementar, a través del equilibrio de los componentes de verdad, justicia y reparación. Allí se expone el tránsito de la reparación con enfoque clásico a las nuevas exigencias de la reparación integral para contextos transicionales, que tienen lugar además en países en vías de desarrollo. Con esto último se empieza a introducir las paradojas de la reparación cuando en una persona o grupos de personas sucede una coincidencia perversa entre la calidad de víctima y de marginado social, lo cual dará pie a la explicación posterior sobre el principio transformador de las reparaciones. Antes de abordar esta temática, se hace necesario exponer la restitución como medida de reparación integral, la distinción entre el enfoque restitutorio y la restitución de bienes, tierras y propiedades, para con ello resaltar finalmente la centralidad de la restitución de tierras como medida preferente de reparación integral para la población desplazada. Por último, y como principal producto de este marco teórico, se analizarán los fundamentos, dilemas, tensiones, y límites del principio de reparación transformadora, para de allí derivar los principales lineamientos del

concepto de *restitución de tierras transformadora*, que buscará ser analizado posteriormente en la práctica de aplicación judicial del estudio de casos presentado en el segundo capítulo.

2.1 Hacia el paradigma de “justicia transicional integral” en la superación de un presente conflictivo

A lo largo del siglo XX se han presentado numerosos casos de países, que por efecto de la devastación de una confrontación armada (bien sea ocasionada por una guerra internacional, una guerra civil, una dictadura, o un conflicto armado interno), se han visto compelidos a crear distintos mecanismos institucionales para hacerle frente a un pasado de atrocidades y sufrimiento, lo cual tiene como objetivo último la reconstrucción de sociedades en punto a la reconciliación.¹⁴ La *transición* implica, pues, el abandono de un pasado de violento de abusos a gran escala, que permita allanar el camino hacia una nueva realidad, marcada por una multiplicidad de esfuerzos dirigidos a la consecución de una paz estable y duradera. En tal supuesto, los diseños institucionales en Colombia no están orientados por un concepto ortodoxo de justicia transicional, por cuanto en el país subsiste una situación de conflicto armado interno sin cese de hostilidades (en tal sentido es una transición en medio de la guerra), lo cual trae, entre otros, serias dificultades en materia de reparación integral de víctimas;¹⁵ por ello, más que la *superación de un pasado violento*, se

¹⁴ Un recuento de las distintas formas de utilización del término justicia transicional se encuentra en la sentencia C-771 de 2011 de la Corte Constitucional, MP: Nilson Pinilla Pinilla, fundamento 4.1.

¹⁵ Esta es una de las conclusiones que se ha obtenido en ejercicio de observación a los diferentes escenarios de reparación dados en el contexto transicional colombiano. En tal sentido, se puede consultar el informe elaborado por Alejandro Aponte, en tanto director del Área de Justicia del Observatorio Internacional de la

ha afirmado que, para el caso colombiano, la fórmula adoptada de justicia transicional está más bien dispuesta en función de la *superación de un presente conflictivo*.¹⁶

Sin buscar profundizar en torno a los debates sobre las clases y modelos de justicia transicional que se han dado en la experiencia del derecho comparado (lo cual no es objeto del presente escrito), se parte de la premisa según la cual en Colombia se ha buscado implementar hacia futuro un modelo de justicia transicional integral.¹⁷ Este modelo de justicia transicional puede ser definido como el conjunto de esfuerzos desplegados por una sociedad –que puede incluir mecanismo judiciales y no judiciales– encaminados a superar un pasado (o siguiendo a la doctrina autorizada, para el caso colombiano se trataría más bien de la superación de un presente conflicto) de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, a través de la persecución de los responsables de tales crímenes, la búsqueda de la verdad de los hechos atroces, la reparación efectiva a las víctimas, y en cierta medida, el impulso de algunas reformas institucionales;¹⁸ siendo todo lo anterior resultado de un proceso de paz.¹⁹

Ley de Justicia y Paz del CITpax, “Dinámica de la reparación en el proceso penal especial de Justicia y Paz. Elementos para discernir un sistema general de reparaciones en el marco de la justicia transicional en Colombia”, en: Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Cuarto Informe*, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, p. 23.

¹⁶ Cfr. Alejandro Aponte, “Colombia”, en: Kai Ambos (editor), entre otros, *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009, pp. 237 y ss.

¹⁷ En efecto, el artículo 8º de la Ley 1448 de 2011 define la justicia transicional como “los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible”.

¹⁸ Este componente en específico está asociado con el deber de brindar garantías de no repetición, según el cual los Estados han de crear medidas para poner fin a la continuación de las violaciones, como lo es, por ejemplo, la creación de condiciones para prevenir futuras violaciones. Cfr. M. Cherif Bassiouni, *Los principios de Chicago sobre justicia transicional*, documento elaborado conjuntamente con International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affairs, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Association Internationale de Droit Pénal, 2007, p. 28

¹⁹ Esta conceptualización general de justicia transicional ha sido resaltada en el informe del Secretario General presentado al Consejo de Seguridad de la ONU, titulado “El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, en el cual se afirma, además, que “las

Así, el equilibrio entre los componentes de la tríada verdad, justicia, y reparación, está dado por las fórmulas políticas creadas en los órdenes jurídicos domésticos para resolver las complejas tensiones que ello comporta; de este modo, bajo la expedición de distintos instrumentos normativos, se busca la maximización de los componentes, siendo necesario el privilegio en los niveles de realización de unos respecto de otros, pero en todo caso sin desechar los mínimos de satisfacción, que encuentran su fundamento en el derecho internacional.²⁰ Se trata de la tesis de libertad de negociación en la consecución de la paz, dentro de los parámetros establecidos en los estándares internacionales de derechos humanos, derecho humanitario, y derecho penal internacional. Es en este concepto de justicia transicional en el cual se sitúan los debates sobre reparación a víctimas, y específicamente, aquellos que versan sobre el derecho a la restitución de tierras.

2.2 De la noción clásica de reparación a la reparación integral en el contexto transicional colombiano

iniciativas relacionadas con la justicia de transición fomentan la rendición de cuentas, refuerzan el respeto por los derechos humanos y son cruciales para generar los fuertes niveles de confianza cívica que son necesarios para impulsar la reforma del estado de derecho, el desarrollo económico y la gobernanza democrática”. U.N. Doc. S/2011/634, 12 de octubre de 2011, párr. 17.

²⁰ Así lo ha explicado la Corte Constitucional: “la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación”. Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa y otros, fundamento 4.2.5. Un ejemplo actual de lo anterior se encuentra en el proceso de inconstitucionalidad promovido contra el denominado “marco jurídico para la paz”. La discusión allí planteada es de grueso calibre, pues se alega que la falta de investigación y sanción judicial de cierta clase de crímenes, en el marco de un acuerdo de paz, comporta una restricción de tal índole suficiente para entender desbordado el poder de reforma, y por tanto, configurada una *sustitución* de la Carta Política.

La aproximación clásica de la reparación por el daño causado como consecuencia de una conducta punible, estaba apuntalada sobre el supuesto según el cual la víctima podía ser completamente resarcida a través del pago de una compensación económica. De acuerdo con lo anterior, en los procesos penales las víctimas sólo sostenían frente al delito y el victimario un interés económico; de allí la denominación clásica de *parte civil*, en tanto instituto jurídico-procesal dispuesto para ese fin. Desde la sentencia C-228 de 2002 la concepción más tradicional de la reparación sufrió un giro trascendente en el país, por cuanto se reconoció que el deber de reparación tenía fundamento en la dignidad humana, la cual era desconocida gravemente si se continuaba sosteniendo que el interés de la víctima recaía exclusivamente en la realización de un hecho económico.²¹ Además de la compensación económica, en el orden jurídico interno se reconoció que el restablecimiento del derecho sólo se posibilitaba si se le permitía a la víctima participar en las decisiones que le afectaban (v.gr. aquellas que emergían en el curso de un proceso penal), y se le garantizaba el acceso a un recurso judicial efectivo, lo cual se concretaba en el conocimiento de la verdad sobre lo ocurrido y en el juzgamiento de los responsables.²² Así, esta decisión judicial constituyó el primer avance significativo a nivel nacional por entender la reparación integral del daño de las conductas punibles como una tarea compleja que involucra la materialización de los componentes de verdad, justicia, y reparación en sentido estricto.²³

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2002, MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, fundamento 4.1.

²² *Ibidem*, fundamento 4.4.

²³ Además, se ha sostenido, existe una interdependencia entre estos componentes del derecho a la reparación integral, que ha sido explicada de este modo: “la verdad, la justicia y la reparación se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia, de manera tal que: No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia”. Corte Constitucional, sentencia C-775 de 2003, MP: Jaime Araújo Rentería, fundamento 4.

Posteriormente, el derecho a la reparación integral concebido dentro de la triada de verdad, justicia, y reparación, continuó teniendo mayores desarrollos, esta vez referidos exclusivamente al componente de reparación en sentido estricto. Incorporando la tendencia internacional fijada, entre otros, en los ‘Principios de promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra la impunidad’ de la ONU, la Corte Constitucional reconoció que la reparación integral debía involucrar en lo individual un conjunto de medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, y de garantías de no repetición; mientras que en el plano colectivo, ésta se debía obtener a través de “medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas”.²⁴ Cada una de estas modalidades incluidas en la reparación individual y la reparación colectiva, para el caso específico de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, serían más ampliamente desarrollados en los ‘Principios de Reparación’ de la ONU, que están destinados a servir como pautas y directrices para la construcción de programas de reparación masiva en países con pasados (o presentes) conflictivos.²⁵

Además de lo anterior, la reparación integral a víctimas de hechos atroces en países llamados en vías de desarrollo se problematiza aún más, si se considera que en muchas ocasiones las medidas de reparación pueden confundirse con las medidas de asistencia e inversión social propias del Estado social de derecho. Así, por ejemplo para el caso colombiano, comunidades victimizadas han expresado su interés en que parte de su reparación pueda consistir en la construcción de escuelas públicas o de centros de salud,

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006, MP: Jaime Córdoba Triviño, fundamento 34.

²⁵ Cfr. “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobado por la Asamblea General de la ONU a través de la Resolución 60/147, 16 de diciembre de 2005, U.N. Doc. A/Res/60/147.

para los lugares donde tienen asiento y donde, además, se ha constatado que parte de su proceso de victimización estuvo favorecido por la falta de prestación de servicios públicos.²⁶ En medio de las paradojas y dilemas que produce la concurrencia de los fenómenos de victimización, marginalidad y exclusión social, se ubica la propuesta del principio transformador de las reparaciones.

Por ser la restitución uno de las medidas del concepto contemporáneo de reparación integral para víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, a continuación se va a analizar en qué consiste este componente y su aproximación clásica, para luego entrar en la reflexión teórica más detallada sobre el principio transformador de las reparaciones propuesto para sociedades transicionales con altos niveles de desigualdad económica y social. El punto de llegada de este marco teórico será, con base en todo lo anterior, la construcción de un concepto de restitución de tierras transformadora, que servirá para indagar posteriormente por su manifestación y aplicación a los casos de la jurisprudencia previamente seleccionados, lo cual será materia del segundo capítulo.

2.3 ¿Qué es la restitución en tanto medida de reparación integral?

Tal como se anunció con anterioridad, y luego de algunas disputas surgidas en torno a la existencia de diversos regímenes de reparación, la Ley 1592 de 2012 (reformatoria de la

²⁶ Así fue como sucedió con una encuesta realizada a una comunidad a la cual se le preguntó por cómo podía concretarse la reparación del daño colectivo. La respuesta versó sobre la necesidad de levantar una escuela pública, antes que cualquier otra medida que pudiera estar orientada a la satisfacción de necesidades sociales. Cfr. Alejandro Aponte, director del Área de Justicia del Observatorio Internacional de la Ley de Justicia y Paz del CITpax, “Dinámica de la reparación en el proceso penal especial de Justicia y Paz. Elementos para discernir un sistema general de reparaciones en el marco de la justicia transicional en Colombia”, en: Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Cuarto Informe*, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, pp. 34-35.

Ley de Justicia y Paz) finalmente dispuso que las reclamaciones de reparación de las víctimas del conflicto armado en Colombia debían ser tramitadas exclusivamente de conformidad con los programas de reparación y restitución creados por la Ley 1448 de 2011.²⁷ Esta última ley, acogiendo los recientes desarrollos contemporáneos en materia de reparación integral antes expuestos, dispuso que este derecho estaba comprendido por las medidas de “restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica”. A renglón seguido dentro de este artículo, se agrega que “cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante”.²⁸

El Título IV de la Ley 1448 de 2011 denominado “Reparación de las víctimas”, en su Capítulo II sobre “Disposiciones generales sobre la restitución”, trae una definición de esta medida de reparación en particular, para lo cual dispone: “Se entiende por restitución, la realización de medidas para el restablecimiento de la situación anterior a las violaciones” reconocidas por el ámbito de aplicación material de la ley.²⁹ Es relevante que esta definición general de restitución esté por fuera del Capítulo III del mismo título, el cual se denomina “Restitución de tierras. Disposiciones generales”.

2.3.1 La distinción entre la restitución en tanto medida y el enfoque restitutorio en tanto finalidad

²⁷ Véase los artículos 23A y 46 de la Ley 975 de 2005, modificados respectivamente por los artículos 24 y 30 de la Ley 1592 de 2012.

²⁸ Artículo 25 y 69 de la Ley 1448 de 2011. El texto normativo es idéntico en los dos artículos citados.

²⁹ Artículo 71 de la Ley 1448 de 2011.

Uno de los motivos por el cual el concepto de restitución se encuentra por fuera del capítulo específico de restitución de tierras, está en que la restitución en sí misma considerada implica algo más que la devolución de bienes y propiedades perdidas por causa de los hechos delictivos del conflicto armado. La restitución, en tanto medida de reparación integral, tiene una calidad conceptual más amplia, que da sentido a la distinción que aquí se quiere establecer, por cuanto abarca “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”.³⁰ De esta manera, el derecho a la restitución parece ser un derecho más complejo que supera la simple devolución de propiedades; ello supone procurar, a través de los medios pertinentes a disposición del agente reparador, “devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario”,³¹ aludiendo con esta consagración al enfoque tradicional de las reparaciones conocido como *restitutio in integrum*.³² Bajo este enfoque se ha sostenido que las reparaciones “no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento”, dirigiendo todos los esfuerzos posibles a la restauración del *status quo ante*.³³

³⁰ Principio 19 de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobado por la Asamblea General de la ONU a través de la Resolución 60/147, 16 de diciembre de 2005. U.N. Doc. A/Res/60/147.

³¹ *Ibidem*.

³² Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), y de acuerdo con un principio clásico de derecho internacional, “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia del 15 de junio de 2005, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 170.

³³ *Ibidem*, párr. 171.

Ahora bien, aun cuando están estrechamente relacionados, para efectos metodológicos de este trabajo es necesario distinguir entre el enfoque de la *restitutio in integrum* de las reparaciones, y el derecho a la restitución según su acepción comprensiva que hace parte del derecho a la reparación integral.³⁴ Esta diferenciación, si bien es sutil, se requiere para introducir más adelante la propuesta del principio de transformación democrática de las reparaciones. Así, conservando el derecho a la restitución en su definición compleja en tanto reparación integral, el enfoque transformador va a buscar reemplazar el enfoque clásico de las reparaciones en su propuesta de socavar las causas subyacentes al conflicto armado interno.

Siguiendo con el desarrollo del enfoque *restitutio in integrum*, la Ley 1448 dispone que la restitución de tierras necesariamente habrá de estar acompañada por medida pos-restitución, las cuales estén dirigidas, en honor a la definición comprensiva, a restablecer íntegramente los derechos conculcados con ocasión del despojo.³⁵ Hasta allí abarca la concepción clásica de las reparaciones para las víctimas de graves violaciones, incluyendo la restitución como uno de sus componentes, guiado exclusivamente bajo una finalidad reparatoria ideal que tiene por objetivo borrar las huellas de los hechos atroces ocurridos en el pasado.

2.3.2 Restitución de tierras para las víctimas del desplazamiento forzado por la violencia

³⁴ Cfr. Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en: Catalina Díaz (editora), entre otros, *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza, y exclusión*, ICTJ, DeJusticia, Bogotá, 2009, p. 42.

³⁵ Cfr. Artículo 73 de la Ley 1448 de 2011.

El derecho a la restitución de bienes y propiedades en contextos transicionales, en tanto medida de reparación a víctimas de graves violaciones, comenzó a tener fuerza en el orden internacional sólo hasta comienzos de la década de los noventa.³⁶ Este proceso de consolidación del derecho a la restitución de la población víctima de crímenes internacionales dio un avance significativo con la adopción de los ‘Principios de Reparación’ de la ONU antes citados.³⁷ A manera de antecedente, y como un marco regulativo específico para las personas en situación de desplazamiento forzado, se promulgaron los ‘Principios Rectores de los Desplazamientos Internos’,³⁸ que establecieron el derecho al retorno y a la devolución de propiedades abandonadas o desposeídas.³⁹ Para reforzar el derecho a la restitución que venía en desarrollo, en los ‘Principios Pinheiro’ se dispuso que éste constituye “el medio preferente de reparación en los casos de

³⁶ Rhodri Williams hace un recuento de las dificultades para consolidar en el derecho internacional, el derecho a la restitución de propiedades, viviendas y tierras de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario. Para ver los diferentes factores que se influyeron en la consagración explícita de este derecho, en las cuales se cruzan consideraciones para evitar flujos migratorios de refugiados, intentos de repatriación, y la protección del derecho a la vivienda digna, se puede consultar su texto titulado, “El derecho contemporáneo a la restitución de propiedades dentro del contexto de la justicia transicional”, publicado en: Catalina Díaz (editora), *Reparaciones para las víctimas de la violencia política. Estudios de caso y análisis comparado*, Serie Justicia Transicional, ICTJ, Bogotá, 2008, pp. 389-502.

³⁷ *Supra* nota 21.

³⁸ Los Principios Rectores son una recopilación de los estándares de derecho internacional aplicables específicamente a las personas internamente desplazadas. Por tal motivo, las normas que contiene son derivaciones interpretativas de disposiciones de tratados internacionales multilaterales adoptados por el común de países occidentales. Sobre el discutido valor vinculante de estos principios, se recomienda consultar la obra de Roberto Vidal López, *Derecho global y desplazamiento forzado interno. Creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado interno por la violencia en el derecho contemporáneo*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, pp. 61-92. En el orden interno, la fuerza vinculante de los principios ha sido plenamente reconocida en los fallos de la Corte Constitucional, entre ellas, sentencia SU-1150 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; sentencia T-327 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; sentencia T-025 de 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinosa; sentencia T-328 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño; sentencia T-821 de 2007, MP(e): Catalina Botero Marino.

³⁹ El principio 29.2 de los Principios Rectores establece lo siguiente: “Las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron”. U.N. Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998, Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos.

desplazamiento y como elemento fundamental de la justicia restitutiva”.⁴⁰ Finalmente, luego de decisiones constitucionales que ordenaban la vinculatoriedad de estos últimos principios en el orden interno en tanto bloque de constitucionalidad,⁴¹ la Ley 1448 de 2011 siguió de cerca su diseño normativo, al punto de consagrar la restitución de tierras como medida preferente para las víctimas de desplazamiento forzado.⁴²

2.4 Fundamentos para la construcción del concepto de restitución de tierras transformadora

En este subapartado del marco teórico del presente escrito, se explicarán los elementos básicos que contiene la propuesta de una restitución de tierras con enfoque transformador. Para tal fin, se procederá inicialmente a exponer los fundamentos de carácter teórico que encierra el principio transformador de las reparaciones, para de allí derivar las tensiones y dilemas en las que dicho enfoque se encuentra inmerso. Acompañando del principio transformador de las reparaciones, se ha añadido una propuesta significativa de aproximación *desde abajo* o de participación activa de las víctimas en la ejecución de las reparaciones, que coincide además, con la propuesta gubernamental de cómo se han de implementar los acuerdos de paz sobre los territorios, en caso de que se llegase a consolidar una salida negociada al conflicto armado. Posteriormente, se expondrá el modo en que se

⁴⁰ Principio 2.2 de los Principios sobre la Restitución de la Vivienda y el Patrimonio de los Refugiados y Personas Desplazadas, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/17, Informe final del relator especial Paulo Sérgio Pinheiro, Reportero especial para la restitución de la vivienda y el patrimonio de los refugiados y personas desplazadas, 28 de junio de 2005.

⁴¹ Entre otras, se encuentran la sentencia T-821 de 2007, MP(e): Catalina Botero Marino y la sentencia T-068 de 2010, MP: Jorge Pretelt Chaljub.

⁴² El artículo 73 de la Ley 1448 de 2011 establece los principios de la restitución, entre ellos se ordena lo siguiente: “*Preferente*. La restitución de tierras, acompañada de acciones de apoyo postrestitución, constituye la medida preferente de reparación integral para las víctimas”.

ha entendido la reparación, y entre ella, la restitución transformadora en las instancias judiciales y legales, que permitirá comprender los límites a los que necesariamente deberá estar sujeto la aplicación del concepto. Como se verá, el principio transformador de la reparación y la restitución coincide con una serie de postulados de teoría del derecho que provienen de un nuevo paradigma jurídico conocido como el “nuevo constitucionalismo”, para lo cual se hará referencia a algunos desarrollos útiles que se han adelantado en este campo, y que constituyen herramientas relevantes para la comprensión de los debates en torno a la concepción y aplicación de la restitución de tierras transformadora.

No obstante, aún sin adentrarse en el debate sobre la reparación transformadora, se anticipa desde ahora que la restitución de tierras transformadora en particular, como especie de la primera figura general antes anunciada, no ha tenido mayor desarrollo por parte de la doctrina, y las pocas propuestas concretas para aplicar este concepto, están en su mayoría consagradas en la Ley 1448 de 2011. Para establecerlo desde ahora, se ha concebido que una restitución de tierras transformadora debe dar garantías de restitución no sólo a las víctimas que tenían un pleno derecho de propiedad sobre el inmueble, sino que ha de extenderse a las relaciones informales de posesión y ocupación con el mismo. En relación con la cuestión probatoria, se ha abogado por el establecimiento de reglas que flexibilicen los requisitos para demostrar el supuesto del despojo y la relación formal o informal con el inmueble. Respecto de posibles conflictos entre poseedores reclamantes de un mismo predio, la solución transformadora estará en dar prelación a aquellas víctimas que demuestren su necesidad con base en un criterio de vulnerabilidad y necesidad, etc.⁴³

⁴³ Cfr. Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en: Catalina Díaz (editora), entre otros, *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza, y exclusión*, ICTJ, DeJusticia, Bogotá, 2009, p. 66.

Como se puede ver, las propuestas de restitución transformadora no se agotan en lo anterior; de hecho, ellas fueron postuladas antes de la expedición de la Ley 1448, y buena parte de ellas fueron acogidas en la misma. Por ello, como parte central del presente trabajo, se va a indagar por los fundamentos conceptuales de la reparación transformadora, sus tensiones y límites, para con posterioridad a ello, analizar posibles instancias de aplicación de este concepto –en parte difuso y complejo de rastrear– en un estudio de casos que se expone en el siguiente capítulo, para luego concluir sobre cómo éste concepto ha sido entendido y aplicado en la práctica judicial de la restitución.

2.4.1 Planteamiento teórico del enfoque *transformador* de las reparaciones

De acuerdo con los desarrollos que en materia de reparación se han expuesto, frente a la generación de un daño, en un contexto cualquiera y de acuerdo a un principio general de derecho, se impone un deber correlativo en cabeza del responsable de realizar una reparación integral del mismo. No obstante, en contextos de justicia transicional de sociedades desiguales, pobres y excluyentes, que enfrentan un pasado de atrocidades, la vigencia del enfoque tradicional de las reparaciones (*restitutio in integrum*) ha sido objeto de fuertes cuestionamientos, lo cual ha conllevado a una notoria reformulación.

Antes de continuar, es necesario hacer una aclaración semántica que permita disipar las confusiones que se puedan presentar por el fenómeno de homonimia en el término *restitución*, la cual tendrá como fundamento las explicaciones adelantadas hasta ahora. La mención al enfoque tradicional de las reparaciones como restitución difiere de la restitución propiamente dicha, que es el componente o modalidad concreta –y en ciertos casos preferente– del derecho a la reparación integral. En tanto restitución, ambas figuras

suponen la devolución de las cosas al estado anterior a la perpetración del delito; sin embargo, la referencia al enfoque hace hincapié en la finalidad o propósito que guía y orienta los modelos de reparación en general, mientras que el componente específico del derecho a la reparación alude concretamente a la devolución de bienes y propiedades que fueron perdidos o usurpados con ocasión del hecho victimizante. En estos apartes que a continuación se presentan, se estará haciendo referencia al enfoque, sin dejar de lado el componente de la reparación que se asocia con la devolución de las tierras despojadas a la población desplazada.

De conformidad con lo anterior, el dilema en torno a la reparación con enfoque restitutorio se hace patente cuando se considera que una persona o un grupo de personas, víctimas de graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario – constitutivos, en muchas ocasiones, de crímenes internacionales–, conforman a su vez las poblaciones económicas, raciales, o culturales históricamente desfavorecidas y discriminadas.⁴⁴ Se trata de las víctimas típicas y preponderantes de las guerras civiles o de las dictaduras que tienen lugar en los países llamados en vías de desarrollo.⁴⁵ En el caso del

⁴⁴ En relación con la importancia de la finalidad transformadora de las reparaciones en contextos de pobreza y marginalidad, se ha sostenido: “es fundamental que las reparaciones tengan una dimensión transformadora de las relaciones sociales, económicas y políticas que han permitido la exclusión o marginación de la generalidad de las víctimas del acceso a sus derechos y a una ciudadanía plena. Sin embargo, igualmente es importante que las reparaciones tengan una dimensión transformadora de las relaciones de poder que han subordinado o excluido a ciertos tipos de víctimas, tales como las mujeres, los grupos étnicos o los sindicatos, de forma tal que las mismas conduzcan a una reformulación de las situaciones de dominación patriarcal y racial que han alimentado la exclusión y la violencia en Colombia”. Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón, *Plan Nacional de Desarrollo y reparaciones. Propuesta de un programa nacional masivo de reparaciones administrativas para las víctimas de crímenes atroces en el marco del conflicto armado*, Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, DeJusticia, Bogotá, 2007, p. 10.

⁴⁵ La categoría utilizada por la doctrina nacional que ha desarrollado el tema, es el de “sociedades bien desorganizadas”, el cual evoca (y en cierta medida parodia) la negación del célebre concepto de “sociedades bien ordenadas”, acuñado por el teórico de filosofía política liberal Jhon Rawls, para con ello denotar toda formación social considerada viable por estar efectivamente reguladas por principios básicos justicia. Cfr. Jhon Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1973, párr. 69. De otro lado, junto a Colombia, también aparecen dentro del fenómeno de “sociedades bien desorganizadas”, cuyas víctimas en su mayoría provienen de esferas sociales deprimidas, los países latinoamericanos como Perú, Guatemala, y El Salvador. Cfr. Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny, “Propuestas para una restitución de tierras

contexto transicional colombiano, investigaciones cuantitativas han comprobado que el universo de víctimas del desplazamiento forzado, por ejemplo, está compuesto, casi en su totalidad, por personas que pertenecen a los sectores más vulnerables de la sociedad.⁴⁶

En este contexto, la problemática que antes se anticipaba, del cual se deriva el concepto de reparación transformadora, puede ser formulada de la siguiente manera: ¿cómo hacer para que personas que han sido víctimas de las atrocidades de un conflicto armado, viviendo en una situación de precariedad material o subordinación (económica, racial o cultural) antes de los procesos de victimización, por el sólo hecho de procurar ser reparadas, no terminen siendo restituidas al estado de marginación y discriminación social en el que anteriormente se encontraban?

Así, la aplicación del enfoque reparatorio de las reparaciones llevaría al absurdo según el cual, el estado ideal al cual apunta todo el esfuerzo en la materia es volver a la víctima a la situación de exclusión y marginalidad previo a la ocurrencia de los hechos victimizantes, con lo cual se estaría perpetuando los esquemas coloniales de discriminación social contrarios a los ideales de igualdad material del Estado social de derecho. En contraposición con lo anterior, la propuesta de una reparación con fines de *transformación democrática* está diseñada para superar los desequilibrios sociales que se encuentran, además, en la base del conflicto armado, a través de la creación de los elementos y las condiciones que permitan a las víctimas su inclusión y el goce efectivo de sus derechos.

transformadora”, en: Catalina Díaz (editora académica), *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*, ICTJ, Bogotá, 2010, p. 226.

⁴⁶ De acuerdo con un estudio realizado en el año 2009 sobre el impacto económico del desplazamiento forzado en la población víctima de este delito, con posterioridad de los hechos victimizantes, el 96.6% de dicha población quedó en situación de pobreza y el 80.7% en situación de indigencia. Antes del delito, para el conjunto de estas personas estos índices eran del 51% y del 30.5% respectivamente. Cfr. Jorge Luis Garay (director), “Cuantificación y valoración de las tierras y los bienes abandonados o despojados a la población desplazada en Colombia. Bases para el desarrollo del proceso de reparación”, en: *Décimo primer informe*, Comisión de Seguimiento a la Política Pública de Desplazamiento Forzado, Proceso Nacional de Verificación, Bogotá, enero de 2009.

2.4.1.1 Superación de desigualdades estructurales y aporte a las garantías de no repetición

Tal como se venía anunciando, la exigencia de integrar un mandato de transformación democrática en los programas de reparación encuentra su sentido en contextos de pobreza extendida y de marcada desigualdad, exclusión y marginalidad, dado que la mayor parte de las víctimas de las atrocidades suelen ser personas que pertenecen a los sectores económicos, raciales, y culturales más deprimidos y discriminados de la sociedad. Si bien no es posible atribuir únicamente a la pobreza y a la exclusión social de toda índole – económica, racial, o cultural– las causas estructurales del conflicto armado interno, por lo menos es dable aseverar que su existencia y continuidad ha estimulado la activación de factores determinantes para ello, v.gr la falta de una distribución más equitativa de los ingresos y recursos, como es el caso de la tierra en Colombia;⁴⁷ entre tanto, la marginalidad en la cual se ha colocado a estas poblaciones, ha obrado como herramienta de focalización de los hechos victimizantes.⁴⁸

Por tal motivo una reparación que esté dirigida a socavar y eliminar las relaciones de poder y de exclusión que se localizan en la base del conflicto, además de procurar propiciar un

⁴⁷ De acuerdo con Jon Elster, en una gran mayoría de casos de guerra civil “las reclamaciones provienen de una *mayoría económicamente oprimida*, sin importar si la injusticia toma la forma de una distribución inequitativa de la tierra o de grandes disparidades en el ingreso. Colombia ejemplifica este caso (...). Para asegurar una paz estable, la injusticia que causó una guerra ha de ser mitigada a través de medidas de *justicia distributiva*, especialmente de redistribución de la tierra o del ingreso”. Jon Elster, “Land, Justice, and Peace”, en: Morten Bergsmo (editor), entre otros, *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Academic EPublisher and Peace Research Institute Oslo (PRIO), Oslo, 2010, pp. 15-16 (traducción libre).

⁴⁸ Cfr. Rodrigo Uprimny y Diana Esther Guzmán, “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, en: *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, número 17, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2010, pp. 242-243.

orden social justo, incluyente y democrático, tiene como corolario la capacidad de crear auténticas garantías de no repetición de las atrocidades, por lo menos de aquellos conflictos sociales que han tenido en su raíz esta serie de causas.⁴⁹

La idea de la reparación transformadora apunta a superar la simple y rígida concepción resarcitoria de la restitución como propósito de toda reparación; debido a ello, se replantea la finalidad exclusiva de la reparación, para buscar generar, en adición, un conjunto de condiciones más consistentes y óptimas, que posibiliten el goce efectivo de los derechos políticos, económicos, sociales, y culturales de las víctimas y, por esa vía, procurar su activación como ciudadanos participativos de una comunidad política.⁵⁰ Considerando las propias limitaciones de la reparación para la consecución de esta finalidad, se ha argumentado que los programas de reparación con contenido transformador han de estar inscritos y articulados en proyectos políticos más amplios de profundización democrática, cuyo motor de impulso sea el logro de una transformación política y económica, para lo cual deberá estar compuesto por diversas sinergias –entre las que se cuenta la reparación transformadora– que apunten a la consecución de ambiciosos objetivos con gran impacto social.⁵¹

2.4.1.2 Una disputa fundamental: Justicia correctiva vs. Justicia distributiva

⁴⁹ Cfr. Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en: Catalina Díaz (editora), entre otros, *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza, y exclusión*, ICTJ, DeJusticia, Bogotá, 2009, p. 38.

⁵⁰ Cfr. Alejandro Aponte, director del Área de Justicia del Observatorio Internacional de la Ley de Justicia y Paz del CITpax, “Dinámica de la reparación en el proceso penal especial de Justicia y Paz. Elementos para discernir un sistema general de reparaciones en el marco de la justicia transicional en Colombia”, en: Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Cuarto Informe*, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011, pp. 83-84.

⁵¹ Cfr. Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en: Catalina Díaz (editora), entre otros, *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza, y exclusión*, ICTJ, DeJusticia, Bogotá, 2009, p. 51

Si bien la reparación transformadora se postula como un principio integrador a favor de las víctimas dentro la justicia transicional de países con alta desigualdad social, debe tener unos límites para el alcance de su aplicación, por lo cual se hace necesario primero estudiar más de cerca una tensión intrínseca que subyace a su concepción. Con base en lo desarrollado hasta ahora, se puede sostener que la naturaleza de la reparación transformadora es realizar, en un solo acto —es decir, en un solo momento y a través de una sola expresión—, dos obligaciones jurídicas independientes (y más aún, dos modelos de justicia diferentes) que cuentan con diversas fuentes en el derecho nacional e internacional.⁵²

2.4.1.2.1 El ideal de justicia correctiva o conmutativa

Por un lado, se puede ubicar el principio general de responsabilidad civil, según el cual quien causa un daño a otro está obligado a repararlo y, aún con mayor prontitud y eficacia, si el daño sufrido es de tal gravedad que cae bajo la protección del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.⁵³ En este sentido, el Estado está obligado a disponer de los recursos judiciales efectivos para que el afectado reclame

⁵² Como lo propone la doctrina nacional autorizada sobre el tema, la propuesta de la reparación transformadora constituye una “estrategia para reducir las tensiones entre la justicia distributiva y la justicia correctiva en esos contextos”. Rodrigo Uprimny y Diana Esther Guzmán, “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, en: *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, número 17, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2010, p. 248.

⁵³ Así lo establece, por ejemplo, el principio §15 de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución 160/47 del 21 de marzo de 2006. U.N. Doc. A/RES/60/147.

del responsable la reparación del daño, sin desconocer que en casos de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, existe una responsabilidad subsidiaria de parte del Estado de completar y sufragar estas reparaciones, cuando quiera que los miembros de los grupos armados al margen de la ley no cumplan a satisfacción con tal obligación.⁵⁴ Esta es, pues, la manifestación de la justicia correctiva o conmutativa, la cual aboga por borrar el daño a través de una medida de reparación proporcional, para de ese modo hacer lo posible por dejar las cosas en el estado anterior a su producción.⁵⁵

La justicia correctiva en su más pura concepción (dejando de lado los matices en contextos transicionales) ha sido caracterizada por ser (i) *individualista*, en cuanto a los derechos y obligaciones se activan únicamente por una pérdida personal, sea material o moral; en ese sentido, se circunscribe a los intereses de los agentes víctima-victimario, es decir, vincula a personas particulares a causa de eventos específicos; (ii) *se orienta hacia el pasado*, pues busca remediar actos dolorosos previos, por lo cual debe involucrar un ejercicio de investigación histórica; (iv) implica necesariamente una *transferencia de bienes*, así sea en restitución, compensación o equivalencia; (v) *no es justicia retributiva o penal*, pues su objeto es devolver a la víctima al *status quo ante*, y no castigar al causante del daño.⁵⁶

2.4.1.2.2 El ideal de justicia distributiva o justicia social

⁵⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa y otros, fundamento 6.2.4.4.11.

⁵⁵ Esta distinción y conflicto entre los ideales de justicia correctiva y justicia distributiva es un desarrollo de las tesis de Aristóteles plasmadas en el libro V de la *Ética a Nicómaco*, adelantado por Rodrigo Uprimny en los diversos textos sobre reparación transformadora que aquí se han citado.

⁵⁶ Cfr. Pablo Kalmanovitz, “Corrective Justice vs. Social Justice in the Aftermath of War” en: Morten Bergsmo (editor), entre otros, *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Academic EPublisher and Peace Research Institute Oslo (PRIO), Oslo, 2010, pp. 75-76 (traducción libre).

De otro lado, cuando se hace referencia a la creación de las condiciones necesarias para la inclusión social de población vulnerable, dirigidas a superar la pobreza y la marginalidad de grupos sociales tradicionalmente discriminados –en el cual seguramente habrán personas que sean, a su vez, víctimas del conflicto armado–, se hace referencia al cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC), asociadas en el plano constitucional-nacional al significado del Estado social de derecho.⁵⁷ Se trata de un deber general estatal para con toda la ciudadanía, cuya satisfacción debe garantizarse de manera progresiva, permanente, e indiscriminada –por cuanto las personas deben contar con igualdad de oportunidades. No obstante, tratándose de poblaciones vulnerables o en situación de debilidad manifiesta, existe un deber específico de brindar medidas especiales que permitan el acceso a los derechos constitucionales en condiciones de igualdad real o material (en atención a una disparidad o desequilibrio), lo cual se materializa a través de los instrumentos de *acción afirmativa* o la *discriminación inversa*, que genéricamente consisten en “otorgar accesos privilegiados a los DESC a tales poblaciones, que tradicionalmente han sufrido situaciones de marginalidad y desigualdad estructural”.⁵⁸ Esta es, pues, la manifestación de la justicia distributiva, que tiene como

⁵⁷ La prestación aludida ha sido expuesta por la Corte Constitucional del siguiente modo: “Las autoridades están obligadas –por los medios que estimen conducentes– a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad”. Por lo tanto, se deben “adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales, y culturales básicos de la población –en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado *cláusula de erradicación de las injusticias presentes*”. Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento 8.1.

⁵⁸ Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en: Catalina Díaz (editora), entre otros, *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza, y exclusión*, ICTJ, DeJusticia, Bogotá, 2009, p. 45. La Corte Constitucional coincide en que las acciones afirmativas “son acciones positivas del Estado de tipo normativo, cuyo propósito es el de promover a grupos específicos, a fin de que éstos logren la igualdad material real. La acción positiva y la discriminación inversa se diferencian en que la primera es el género mientras que la segunda es una

fundamento una idea de la mejor repartición posible de los bienes y cargas entre ciudadanos para obtener el bienestar de una sociedad en su conjunto.

La justicia distributiva ha sido caracterizada, entonces, por ser (i) *institucional*, en el sentido en que es alentada por intereses de carácter general (así sea sobre un grupo social discriminado) y no en atención a los designios de agentes individualizados; por tal motivo, su función es sostener, mantener, y promocionar instituciones sociales que estén encargadas de definir la asignación de incentivos y recursos destinados a distintos sectores sociales, de acuerdo a las necesidades, capacidades, roles, y carencias. Es un modelo de justicia que centra su atención en el (ii) *presente y futuro*, en cuanto a que su preocupación está en el suministro inmediato y sostenible de bienes sociales básicos (derechos-prestación), sin considerar, en principio, las disminuciones patrimoniales como consecuencia de eventos criminales pasados; y finalmente, (iii) tiene una *vocación de maximizar* la provisión y acceso a los bienes sociales en general dentro de una sociedad.⁵⁹

De esta manera se obtiene la fórmula que comprende el concepto de reparación transformadora, en la tensión entre los modelos de justicia correctiva y justicia distributiva —o justicia social, como también ha sido denominado en los trabajos de teoría liberal. Estos modelos de justicia responden a la distinción entre reparación integral, de un lado, y política social y estrategias de desarrollo del Estado, por el otro. En este sentido, si bien la

variante de las acciones positivas. Las discriminaciones inversas son actuaciones normativas temporales o transitorias a favor de grupos tradicionalmente discriminados y, por tanto, destinadas a remover los obstáculos que impiden la presencia y la participación de dichos grupos en distintos ámbitos sociales o en la obtención de beneficios materiales dispuestos en principio para todos”. En este caso, la Corte ordenó que como consecuencia del reasentamiento involuntario de población desplazada, la respuesta estatal debía constar de acciones afirmativas que garantizaran el acceso a bienes y servicios básicos, la promoción de la igualdad, y la atención a minorías étnicas y grupos tradicionalmente marginados. Corte Constitucional, sentencia T-602 de 2003, MP: Jaime Araújo Rentería, fundamento 11.

⁵⁹ Cfr. Pablo Kalmanovitz, “Corrective Justice vs. Social Justice in the Aftermath of War”, en: Morten Bergsmo (editor), entre otros, *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Academic EPublisher and Peace Research Institute Oslo (PRIO), Oslo, 2010, p. 77 (traducción libre).

reparación transformadora busca articular los esfuerzos de política social en punto de la reparación integral, la separación conceptual de estas figuras es necesaria, para evitar que uno u otro se pierda o reemplace en medio de una confusión artificiosa que opera en desmedro de las víctimas, pobres y excluidas, del conflicto armado.⁶⁰

Ambos tipos de justicia, aun cuando deben ser claramente diferenciados, por cuanto cada uno tiene su propia razón de ser y su correlativo origen en distintas fuentes del derecho internacional, pueden ser impulsados por sinergias que hacen difícil la distinción entre uno y otro. Precisamente, partiendo de una situación real de escasos recursos, el concepto de reparación transformadora busca establecer los puentes pertinentes para maximizar el alcance de los dos tipos ideales de justicia, que pretenden ser materializados a través de una acción coordinada por parte del Estado, permitiendo la plena participación de las víctimas en la consecución de su interés particular.⁶¹

⁶⁰ Como un ejemplo de lo anterior, el artículo 47, inciso 2º, de la Ley 975 de 2005, declarado inexecutable por la Corte Constitucional, disponía lo siguiente: “Los servicios sociales brindados por el gobierno a las víctimas, de conformidad con las normas y leyes vigentes, hacen parte de la reparación y de la rehabilitación”. Esta norma fue demandada por establecer una confusión inadmisiblemente entre figuras con naturaleza, fuentes, y fines constitucionales diferentes; a saber, el derecho a la reparación integral con los deberes estatales en materia de política social. Según la Corte, “resulta inadecuado plantear que la acción gubernamental, en desarrollo de deberes de carácter general que al Estado atañen, pueda suplir la acción reparatoria que recae de manera general en los perpetradores de los delitos, y que aun cuando en últimas pueda ser cumplida por el Estado desde su posición de garante, tiene una naturaleza ostensiblemente diferente”. Corte Constitucional, sentencia C-1199 de 2008, MP: Nilson Pinilla Pinilla, fundamento 10.4. En igual sentido, en un fallo reciente que confirma el precedente antes citado, la Corte sostuvo que “la especialidad que respecto de la población desplazada adquieren los mecanismos (...) que se manifiestan en el otorgamiento por un valor superior a aquel en que son ofrecidos a la población en general, es una manifestación del cumplimiento de obligaciones sociales acentuadas a cargo del Estado en tanto se trata de un grupo especialmente protegido” y no en desarrollo del deber de reparación integral. Así, existe una prohibición para legislador de no distinguir entre reparación y servicios sociales del Estado. Corte Constitucional, sentencia C-462 de 2013, MP: Mauricio González Cuervo, fundamento 3.6.2.2.

⁶¹ Para lograr los ambiciosos objetivos que se propone la reparación transformadora, se ha llamado la atención sobre el vínculo necesario, coordinado y coherente que debe existir entre las políticas y estrategias de desarrollo del Estado con los programas de reparación a víctimas de la violencia. Se requiere que los esfuerzos desde los distintos ámbitos estatales estén encaminados en un mismo sentido y, para el caso de la restitución de tierras en Colombia, junto con la Ley 1448 de 2011, se ha de impulsar con vocación complementaria, la Ley de Desarrollo Rural, como bien lo ordena el artículo 206 de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Para profundizar en la reflexión sobre las relaciones que han de ser establecidas entre las estrategias de desarrollo y los programas de reparación para la creación de la política de restitución de tierras, se recomienda revisar el texto de Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny, “Propuestas para una

2.4.1.3 La propuesta de reparación transformadora *desde abajo* o cómo lograr una participación efectiva de víctimas en toda decisión transformadora

Adicional a todo lo anterior, y para complementar las visiones de los modelos de justicia transicional acogidos en un país determinado, expertos que han hecho seguimiento a distintos procesos de este tipo en el mundo, recientemente han planteado, a la manera de indicador de éxito de los mismos, la necesidad de consultar e incorporar las aproximaciones de las víctimas a los componentes de verdad, justicia, y reparación.⁶² En efecto, se discute la importancia de que la reparación en general, además de tener un decisivo carácter transformador, ha de estar establecida en función de las necesidades que un grupo de víctimas o una comunidad tengan sobre su situación concreta en un momento dado. Así, bajo la idea de que no es posible implementar de manera inmediata todos los componentes y beneficios del derecho a la reparación integral, son las víctimas las que deciden qué aspectos priorizar y cómo hacerlo, lo cual a su vez permite una articulación con los requerimientos dirigidos al Estado en materia de política social.⁶³

restitución de tierras transformadora”, en: Catalina Díaz (editora académica), *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*, ICTJ, Bogotá, 2010, pp. 193-268.

⁶² Sobre ello es muy relevante la entrevista al profesor de sociología jurídica Harry Mika, experto en justicia transicional comparada, para quien “las orientaciones tradicionales [de justicia transicional] siempre padecen de lo que llamo una visión vertical del conflicto *de arriba hacia abajo*, visión que es muy diferente de la orientación de las víctimas, de los combatientes, de la justicia, de la reconciliación, y la reconciliación desde lo institucional”. Cfr. Harry Mika, “Sobre el concepto de justicia transicional desde abajo”, en: Catalina Díaz (editora), entre otros, *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza, y exclusión*, ICTJ, DeJusticia, Bogotá, 2009, pp. 228.

⁶³ La utilidad del enfoque transformador de las reparaciones desde abajo ha sido argumentada en cuanto a que permite realizar, en los procesos transicionales, (i) una selección de los beneficiarios de la reparación, (ii) una escogencia de los beneficios, (iii) el diseño de los procedimientos, y (iv) la articulación entre la reparación y la política social. Cfr. Rodrigo Uprimny y Diana Esther Guzmán, “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, en: *International Law*, Revista Colombiana

De este modo, las organizaciones sociales de base han de constituirse en los protagonistas predilectos de la formulación, implementación y desarrollo de los programas de los cuales son ellos mismos sus beneficiarios, cuyo objetivo es recuperar, reconstruir o –aún de manera más crítica y no alejado de la realidad– construir por primera vez y de forma auténtica, los territorios donde se han de afianzar las nuevas relaciones sociales que emerjan como resultado de la justicia transicional y del enfoque transformador y participativo de las reparaciones.⁶⁴ Se trata, en todo caso, de dar voz a las víctimas, y aún a las comunidades oprimidas, pobres, y olvidadas, en la definición de los aspectos esenciales que reclama un territorio determinado, con el objetivo de allanar el camino hacia una reconciliación efectiva y la obtención de paz estable y duradera.

2.4.2. El reconocimiento legal y jurisprudencial del principio transformador de las reparaciones

En el escenario de justicia transicional colombiano, el primer acto institucional de reconocimiento de la finalidad transformadora de las reparaciones estuvo en la sentencia de

de Derecho Internacional, número 17, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2010, pp. 271-272.

⁶⁴ Es por demás la posición oficial del gobierno nacional, expresada a través de su alto comisionado para la paz Sergio Jaramillo, según la cual, si se lograre firmar un eventual acuerdo de paz con las FARC, será la ciudadanía de los territorios la que decida la forma concreta en que tales acuerdos han de ser ejecutados. Para ello pone el siguiente ejemplo: “si se va a desarrollar un nuevo programa de vías, o de distritos de riego, o de pequeños acueductos para llevar agua potable, perfectamente pueden ser las comunidades las que se organicen para priorizar, construir, administrar y mantener esas obras, bajo la supervisión de las autoridades municipales (...). La construcción conjunta de la paz requiere que abramos en las regiones nuevos espacios de participación, de debate, de sana deliberación democrática entre personas que se tratan como iguales en sus derechos y libertades –entre autoridades, comunidades, víctimas, agricultores, ganaderos, empresarios, comerciantes y también excombatientes reincorporados– para discutir cómo vamos a implementar esas cosas que se acuerden.”. Ponencia del alto comisionado para la paz Sergio Jaramillo en el foro *Dilemas jurídicos del proceso de paz*, organizado por la Universidad Externado de Colombia, Ámbito Jurídico, y el CITpax-Colombia, que tuvo lugar el día 9 de julio de 2013, publicada por el periódico El Tiempo y disponible en: http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12796874.html

segunda instancia del caso ‘Mampuján’ en Justicia y Paz, a través del cual se condenó a los postulados alias “Diego Vecino” y “Juancho Dique”. En la mencionada decisión –que constituyó la primera sentencia de segunda instancia en firme del proceso penal de Justicia y Paz–, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estimó las inquietudes de varios de los intervinientes, los cuales sostuvieron que las reparaciones, establecidas por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, carecían de una necesaria vocación transformadora.⁶⁵

Al evaluar la objeción, la Corte reconoció que el derecho de las víctimas a la reparación integral del daño sufrido “no debía limitarse a restituir a las comunidades victimizadas al estado y condiciones de pobreza, olvido y desamparo en que se encontraban antes de la perpetración de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que padecieron, sino a unas mejores que rescataran plenamente su dignidad lacerada y su estatus democrático en la sociedad”.⁶⁶ De hecho, la Sala Penal incorporó dentro de su sentencia la opinión de la doctrina que mayormente ha desarrollado el concepto en Colombia.⁶⁷ A partir de este precedente, las decisiones judiciales en materia de reparación en Justicia y Paz empezaron a tener enfoques transformadores, como en los casos reclamaciones de restitución de tierras que fueron resueltas a través de este proceso penal especial, lo cual será objeto de estudio del presente trabajo en el capítulo siguiente.

⁶⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de abril de 2011, radicado n° 34547, MP: María del Rosario González de Lemos, pp. 350-354.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 350-351.

⁶⁷ De este modo, en línea con lo que ya se ha mencionado en este trabajo sobre el enfoque transformador de las reparaciones, la Corte sostuvo “La vocación transformadora de las estrategias de reparación tiene entonces el propósito de modificar las relaciones de subordinación, marginación y exclusión social que se encuentran al origen del conflicto que busca ser superado y que impiden la construcción de un orden social verdaderamente democrático e incluyente. Como tal, las políticas de reparación deben incluir distintas dimensiones transformativas, en el entendido de que las relaciones de poder que buscan ser superadas son múltiples y heterogéneas”. Rodrigo Uprimny, *Plan Nacional de Reparaciones*, op. cit., citado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de abril de 2011, radicado n° 34547, MP: María del Rosario González de Lemos, pp. 353-354.

Baste por ahora hacer notorio este precedente judicial conceptual en materia de reparación transformadora en el contexto transicional colombiano, el cual va a ser posteriormente acogido en su integridad por la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.⁶⁸ Siguiendo de cerca la prohibición constitucional de confusión entre figuras antes expuesta, la mencionada ley, distinguiendo entre la reparación integral a víctimas y los deberes de política social del Estado dirigidos a población vulnerable, estableció una norma que dispone que, en relación con las medidas de asistencia creadas, éstas propenden por – pero no suponen– la reparación integral de las víctimas y se consideran, además, complementarias a las medidas de reparación, al aumentar su impacto en la población beneficiaria.

Las medidas de asistencia –aclara esta norma antes citada– tienen un carácter estrictamente complementario y están establecidas para alcanzar el fin último de restauración de la víctima; no obstante, es categórica la disposición al afirmar que las medidas de asistencia no pueden ser consideradas como una forma o modalidad propia y específica de la reparación integral. Si bien la asistencia contribuye a rehabilitar y recuperar a la víctima en su funcionalidad social, se entiende, por expreso señalamiento legal, que las medidas asistenciales se desarrollan en el marco de la política social del gobierno nacional dirigida a la población vulnerable. Así, el derecho a la reparación no se ve entorpecido, limitado o disminuido por la asistencia humanitaria del Estado a víctimas de catástrofes naturales o de hechos atroces.

En relación con el concepto de reparación transformadora, el Decreto n° 4800 de 2011 mediante el cual se reglamenta el componente de ayuda humanitaria, asistencia y la

⁶⁸ De entrada el artículo 25 de la Ley 1448 de 2011, que define el derecho a la reparación integral de las víctimas, dispone que la reparación ha de ser “adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño sufrido”.

reparación integral de la ley, desarrolla el contenido de dicho principio. En tal sentido, el decreto dispone que las medidas de reparación consagradas en la Ley 1448,

“buscan contribuir a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que contribuyeron a la victimización, bajo el entendido que transformando dichas condiciones se evita la repetición de los hechos y se sientan las bases para la reconciliación en el país (...). El enfoque transformador orienta las acciones y medidas contenidas en el presente decreto hacia la profundización de la democracia y el fortalecimiento de las capacidades de las personas, comunidades e instituciones para su interrelación en el marco de la recuperación de la confianza ciudadana en las instituciones. Así mismo las orienta a la recuperación o reconstrucción de un proyecto de vida digno y estable de las víctimas” (subrayas por fuera del texto original).⁶⁹

2.4.2.1. El mayor impacto del principio transformador en la reparación colectiva

Ahora bien, es necesario aclarar que la vocación transformadora de las reparaciones está estipulada tanto para los daños individuales como para los daños colectivos.⁷⁰ En el campo de las reparaciones colectivas, es donde más fácilmente se pueden discernir las aplicaciones concretas de una reparación transformadora sobre ciertos grupos poblacionales habitantes de una misma región: la utilidad del enfoque en esta clase de programas, se da por causa de

⁶⁹ Artículo 5° del Decreto n° 4800 de 2011.

⁷⁰ El daño colectivo se refiere a afectaciones negativas en el contexto social, comunitario o cultural que, a causa del conflicto armado, sufren las comunidades, grupos, u organizaciones, y que tienen formas vigentes de sufrimiento o afectación. Estas transformaciones están asociadas a la percepción del sufrimiento, la pérdida, la transformación negativa de sus vidas, el menoscabo de los recursos para afrontar el futuro o para construir el proyecto que se tenía antes de los hechos violentos. No se refiere, en todo caso, a la sumatoria de daños individuales. Cfr. Ana Daza, *Guía sobre herramientas para la reparación colectiva*, Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, USAID, y OIM, Bogotá, 2013.

su repercusión en conjuntos extensos de víctimas, facilitando, por ejemplo para el caso de la restitución de tierras, la *macrorestitución* o acumulación procesal de casos para ser decididos en una misma instancia judicial. En este sentido, existen disposiciones reglamentarias que ordenan la inclusión de la noción transformadora en la adopción de los programas administrativos de reparación colectiva, como criterio para su implementación, objetivo a seguir y elemento estructural del mismo.⁷¹

Los programas implementados a través de planes de reparación colectiva contienen un conjunto de acciones que buscan tender los puentes entre las políticas de fortalecimiento del Estado social de derecho y de participación ciudadana, con las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, así como de construcción de verdad y memoria histórica, cuya finalidad global está en alcanzar el goce efectivo de derechos.

Para ejemplificar el funcionamiento de estos programas, éstos se hacen partiendo de una ruta de ejecución que contiene los planes que son elaborados de acuerdo a cada uno de los sujetos de reparación colectiva, a partir de un diálogo participativo de la comunidad con la institucionalidad.⁷² En este diálogo se concretan acuerdos democráticos que dan lugar a la

⁷¹ Se trata de los artículos 222, 224, 225 y 226 del Decreto n° 4800 de 2011. En particular, merece ser citado para fines ilustrativos, la descripción del objetivo de los programas de reparación colectiva. El numeral 4° del artículo 225 del Decreto n° 4800 de 2011 dispone: “Artículo 225. *Objetivos del Programa de Reparación Colectiva*. Los objetivos específicos del Programa de Reparación colectiva son: (...) 4. Recuperación de la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho, pluriétnico y multicultural: el Programa propenderá por la recuperación de la institucionalidad garante de derechos humanos a través de acciones y medidas tendientes a fortalecer la presencia permanente de las instituciones, con fundamento en el respeto y promoción de los derechos humanos, la capacidad de respuesta local para la garantía de derechos, la transformación de la cultura institucional, así como los mecanismos ciudadanos e institucionales de control y participación. También buscará la depuración de aquellos funcionarios que cohonestaron con prácticas violatorias de derechos humanos”.

⁷² De acuerdo con los artículos 151 y 152 de la Ley 1448 de 2011, la titularidad de los sujetos de reparación colectiva está en los grupos, organizaciones sociales y políticas, y comunidades que sufrieron un daño colectivo ocasionado por la violación de los derechos colectivos, o por la violación grave y manifiesta de los derechos individuales de los miembros de los colectivos, o por un impacto colectivo generado por la violación de derechos individuales.

selección de las medidas de reparación, las cuales pueden referirse, entre otras, a acciones simbólicas, transformaciones institucionales, proyectos productivos, reconstrucción y dotación de bienes públicos, acciones para la recuperación del tejido social, y acciones afirmativas asociadas a la condición de víctima con un enfoque diferencial.

Una fase de la ruta de reparación colectiva que ilustra lo anterior está en el *alistamiento*, el cual consiste en la implementación de mecanismos que garanticen la participación de los sujetos de reparación colectiva en la identificación del daño colectivo, de las medidas de reparación y del diseño, seguimiento, y evaluación del plan de reparación. En esta etapa la ley ordena establecer espacios en donde se designen pública y democráticamente, por parte de los miembros de la comunidad, los representantes del sujeto colectivo víctima.⁷³ Estos representantes harán parte posteriormente de un comité de impulso, el cual está encargado de servir de interlocutor con la institucionalidad y estimular el proceso, atendiendo tanto a las diferencias poblacionales como territoriales propias del sujeto, así como también a las diversas formas de expresión en su interior.⁷⁴

De esta manera, la vocación transformadora de la reparación colectiva permite la construcción colectiva de ciudadanía política a través de la promoción de la participación y fortalecimiento de los sujetos de reparación colectiva en los aspectos públicos de decisión e incidencia, con miras a la transformación de la cultura política ciudadana, la cualificación de liderazgos, las vocerías legítimas y no discriminatorias. Asimismo, se pretende a través de ello la articulación de medidas materiales de reparación colectiva con otras que hacen parte de la política pública en materia de derechos civiles y políticos, así como también de derechos sociales, económicos, y culturales.

⁷³ Cfr. Artículo 228 del Decreto n° 4800 de 2011.

⁷⁴ Cfr. Ana Daza, *Guía sobre herramientas para la reparación colectiva*, Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, USAID, y OIM, Bogotá, 2013.

2.4.3 El límite de la aplicación del principio transformador en los lineamientos constitucionales de la separación de poderes

El conflicto entre Justicia correctiva vs. Justicia distributiva en el que está inmerso el concepto de reparación transformadora, permite identificar algunas limitaciones institucionales a las que necesariamente está sujeto la aplicación del principio. Tales limitaciones están relacionadas con la restricción constitucional de los poderes de los jueces en asuntos que son de competencia –se pensaría en principio exclusiva– de las ramas legislativa y ejecutiva del poder público. En este amplio debate sobre activismo judicial (del cual solamente se hace una referencia sucinta y parcial, pues no es el objeto central de este escrito), se ha discutido la ilegitimidad democrática de los jueces, especialmente del juez constitucional, en la creación o fijación de políticas públicas destinadas a la satisfacción de demandas sociales, especialmente luego de que se constata la existencia de un déficit estructural a través de la figura del estado de cosas inconstitucional.⁷⁵ Esto último se inserta dentro de un fenómeno más amplio conocido como la justiciabilidad de los derechos sociales, económicos, y culturales, que encuentra su fundamento en la fuerza normativa o juridización de la Constitución Política (el cual supone un tránsito de una

⁷⁵ Para los efectos de este trabajo, se ha delimitado el concepto de activismo judicial, aun cuando en sí mismo incluye otros supuestos, a aquellos casos denominados de “litigio estructural”, caracterizados por: (i) tener un número amplio de ciudadanos que alegan la violación de sus derechos, (ii) por lo cual en las demandas se vincula a una serie de entidades públicas relacionadas con fallas sistemáticas en la prestación de servicios, y que tiene como consecuencia (iii) la emisión de órdenes de ejecución compleja dirigidas a las entidades vinculadas, con la finalidad de generar acciones coordinadas cuyo objetivo sea la protección de la población afectada. Cfr. Cesar Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, DeJusticia, Bogotá, 2010, p. 16.

naturaleza programática a una naturaleza vinculante),⁷⁶ y en la ineficacia de los órganos correspondientes de garantizar la realización de tales derechos.⁷⁷

En el debate sobre activismo judicial, además, confluye una fuerte disputa teórica en torno a la ruptura, auspiciada por la entrada en vigencia de una nueva Carta Política, hacia un paradigma jurídico revolucionario conocido como el “nuevo constitucionalismo”.⁷⁸ Aquí se acentúan nuevas corrientes de teoría legal que abogan, entre otros asuntos, por un abandono del textualismo como hermenéutica predilecta de los textos legales, para en su lugar proponer perspectivas de interpretación contextual que encuentran su fundamento en el uso del lenguaje ordinario,⁷⁹ que permita entender que la función adjudicativa del juez se centra en la resolución de las necesidades sociales específicas que en los casos particulares se presenten a su consideración.⁸⁰

⁷⁶ Cfr. Javier Franco Mongua, *Análisis crítico del impacto económico de la justicia constitucional en Colombia*, Fundación Konrad-Adenauer, Bogotá, 2011, p. 24.

⁷⁷ Así lo expresa en un artículo científico un exmagistrado de la Corte Constitucional: “Si el Legislador no cumple esos mandatos específicos, podría configurarse una violación de la Carta (...). Esto deriva de la propia naturaleza normativa de la Constitución y de la definición de Colombia como un Estado social de derecho, pues en un ordenamiento de esta naturaleza, las autoridades no sólo tienen deberes negativos o de abstención, como en el Estado liberal, sino que tienen obligaciones positivas o de hacer, las cuales son, en muchas ocasiones, la contrapartida de los derechos prestacionales o sociales de las personas (...). Sin embargo, si se asume con todas sus consecuencias [lo anterior], es necesario concluir que el juez constitucional puede ser, excepcionalmente, un garante del propio desarrollo de la Carta”. Alejandro Martínez Caballero, “Tipos de sentencias en el control de constitucionalidad de las leyes: la experiencia colombiana”, en: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, número 1, volumen 2, Bogotá, 2000, p. 30.

⁷⁸ Las líneas básicas de este nuevo paradigma quedaron planteadas en la emblemática sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón. Para un estudio más extenso y detallado que aborda las diferencias entre el “nuevo derecho” y el “derecho tradicional” en diversos aspectos, se puede consultar la obra de Diego López Medina, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias, líneas jurisprudenciales, y teoría del derecho judicial*, Legis, Bogotá, 2008, pp. 323-324.

⁷⁹ Un esfuerzo notable por dilucidar y ubicar distintas corrientes teóricas que justifican, en contra de las expectativas de los hablantes ordinarios que componen una comunidad política, una interpretación textualista (en contraposición de una interpretación de contexto) arraigada en la falsa creencia de tecnificación y alto grado de sofisticación del lenguaje jurídico, se encuentra en la obra de Diego López Medina, *La letra y el espíritu de la ley*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, entre otros, Bogotá, 2010.

⁸⁰ Se trata del conflicto entre la “forma prestablecida” y lo que William Twining llama la “justicia sentida”, por la cual entiende “el conjunto de necesidades reales a las que una sociedad debe responder mediante la realización de ciertos trabajos si quiere sobrevivir (...). Para sobrevivir, todo grupo humano debe satisfacer ciertas necesidades o asegurarse de que ciertos trabajos sean realizados: ello sólo se logra a través de la coordinación de acciones sociales por medio de reglas que, la más de las veces, no se encuentran formalmente

El cambio de paradigma jurídico supone, a su vez, un replanteamiento de la teoría clásica liberal de la separación de poderes, que está alentada por nuevas concepciones de la doctrina de pesos y contrapesos (*check and balances*) en la gestión de los diversos asuntos a cargo del Estado, en particular, por la introducción de los mecanismos de revisión judicial de toda la actividad ejecutiva y legislativa dada en los diversos órdenes y niveles.⁸¹ En tal sentido, más allá de las virtudes del juez pasivo, la judicatura (y en particular su juez constitucional) ha venido asumiendo labores de “co-administrador” y “co-legislador”, amparada en la idea de un control activo justificado por las responsabilidades constitucionales incumplidas.⁸²

De este modo, la ineficacia o ineficiencia de los órganos competentes habilita una intervención de la rama jurisdiccional en la protección de derechos fundamentales. La supuesta responsabilidad frente al electorado a la cual están sujetos el legislativo y el

establecidas”. Óscar Guardiola-Rivera y Clara Sandoval Villalba, en el estudio preliminar titulado “Un caballero inglés en la corte del gran Kanh. En torno a los estudios de globalización y derecho de William Twining”, en: William Twining, *Derecho y globalización*, Siglo de Hombre Editores, Instituto Pensar, entre otros, Bogotá, 2005, p. 97.

⁸¹ Óscar Guardiola rastrea que los inicios del rol activo del juez constitucional, cuyo comienzo se remonta a comienzos de siglo XX en Colombia por la temprana introducción al país del mecanismo de control de constitucionalidad abstracto, está asociado con la expedición de medidas judiciales desordenadas e irregulares (en tanto no son producto deliberado de los órganos oficiales de gobierno) de protección del sujeto productivo, afincadas en la creación judicial de la teoría del constituyente primario y de la materialidad sustancial de la Constitución. Cfr. Óscar Guardiola-Rivera, “La transformación actual de las ciencias jurídicas: crítica interna radical o, ¿Quién le teme al gobierno de los jueces?”, en: *Revista Universitas*, número 95, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, diciembre 1998, p. 308.

⁸² Esta nueva concepción de la idea de separación de poderes ha sido descrita por la Corte Constitucional, en una providencia memorable que anticipa, de manera general, los postulados básicos de aquello que hemos enunciado, de la mano de prominentes doctrinantes de teoría legal, como “nuevo constitucionalismo” o “nuevo derecho”: “la doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados” (subrayado por fuera del texto original). Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón, fundamento 18.

ejecutivo, y por lo cual –se argumenta– gozan de legitimidad democrática, en varias ocasiones ha sido burlada por escándalos graves de corrupción y prácticas deleznable de desviación de poder. En ese sentido, la legitimidad de la democracia reside en un control del ejercicio de la función pública adelantada por las ramas del poder público, de manera que de constatarse situaciones de “bloqueo institucional” de carácter estructural,⁸³ la procedencia del activismo judicial reclama para sí su protagonismo o rol en desarrollo del principio constitucional de colaboración armónica.⁸⁴

Para concretar este debate en el problema de la aplicación del principio transformador de las reparaciones, la controversia surge cuando los jueces, al ordenar las medidas y acciones concretas de reparación en favor de las víctimas, invaden órbitas competenciales ajenas a su función estrictamente jurisdiccional, por lo cual se estaría en presencia de un activismo judicial que produce un supuesto desequilibrio entre autoridades en materia de desplazamiento forzado.

De conformidad con los lineamientos conceptuales expuestos hasta ahora, separar resarcimiento del daño, de un lado, y política social del Estado, por el otro, en una instancia

⁸³ Esta situación acontece cuando “las burocracias y los sistemas políticos de las democracias contemporáneas entran en situaciones de estancamiento estructural que frustran la realización de los derechos constitucionales. En esas circunstancias de “bloqueo” institucional –que derivan en profundas deficiencias o, incluso, en la inexistencia de políticas públicas para atender problemas sociales urgentes–, afirmamos que las cortes son la instancia adecuada para desestancar el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos”. Cesar Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, DeJusticia, Bogotá, p. 17.

⁸⁴ Así ha sido reconocido por Clara Elena Reales, en ese entonces magistrada auxiliar de la Corte Constitucional, para quien “la sentencia T-025 y sus autos de seguimiento han marcado un hito en la aproximación judicial al problema y en la aplicación del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público a favor de la población desplazada, que ha demostrado ser respetuosa de los roles y funciones de que incumben a cada rama del poder (...). Y aunque para economistas, abogados, y políticos, los jueces constitucionales no deben intervenir en la ejecución y seguimiento de las políticas públicas, la crisis humanitaria que enfrentan millones de colombianos, hizo necesaria una intervención profunda y un proceso de seguimiento permanente de la Corte Constitucional para garantizar los derechos de las víctimas del desplazamiento forzado”. Véase la introducción al texto editado por Clara Elena Reales y Juan Torres Mantilla, *Los caminantes invisibles. La experiencia de la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento. Herramientas para el diseño, la implementación, y el seguimiento de políticas públicas con enfoque de goce efectivo de derechos*, Consejo Noruego para los Refugiados, Bogotá, 2010, p. 16.

concreta del concepto –a través de un solo acto– no siempre será clara o discernible. Por su misma naturaleza, la realización de la noción transformadora exige la adopción de una serie de órdenes judiciales que pueden traducirse en actos de disposición del erario público o en imposiciones coactivas a servidores públicos de los diversos órganos estatales, amén de una intervención aún mayor (v.gr fijación o creación de política pública), lo cual puede constituir una indebida injerencia en la función que le corresponde adelantar a las diferentes ramas del poder público y que, en principio, le es ajena a los jueces transicionales en tanto cumplen su labor adjudicativa en relación con derechos fundamentales,⁸⁵ como lo es el derecho a la restitución de la tierra.⁸⁶

En el antecedente jurisprudencial antes reseñado que ha orientado la formulación de este marco conceptual, la Sala de Casación Penal revocó unos apartes de la decisión del tribunal de primera instancia relacionados con la aplicación de la noción transformadora, por cuanto allí se disponía de órdenes concretas con plazos específicos para su cumplimiento, dirigidas a distintas entidades públicas comprometidas en asuntos de reparación, tanto a nivel nacional como a nivel departamental.

En su lugar, consideró adecuado remplazar las *órdenes* por meras *exhortaciones* o *conminaciones*, eliminando el plazo perentorio para que los órganos del Estado cumplan debidamente su función. Bien se puede advertir que la Sala Penal, con el precedente

⁸⁵ El tema ciertamente es complejo y, como se ha visto, no deja de atravesar las fuertes discusiones que en teoría jurídica se han dado en los últimos tiempos sobre el rol del juez frente al derecho. Sin embargo, la delimitación en principio estricta de la función judicial, se flexibiliza cuando se constata la vulneración de derechos constitucionales, lo que permite “con la salvedad indispensable referida a la competencia que asiste a los jueces en materia de acción de tutela para la protección de derechos fundamentales, en cuyo caso la misma Carta Política les otorga el carácter de jueces constitucionales, estando facultados, por ellos mismo, para dar órdenes a las diferentes autoridades estatales –y en determinados casos a los particulares– orientadas, por lo general, a la realización de actos extraños a la función de administrar justicia”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de abril de 2011, radicado n° 34547, MP: María del Rosario González de Lemos, p. 60.

⁸⁶ El carácter de derecho fundamental al derecho a la restitución de la tierra de la población desplazada fue inicialmente reconocido por la sentencia T-821 de 2007 de la Corte Constitucional, MP(e): Catalina Botero Marino, fundamento 60.

jurisprudencial en referencia, quiso poner límites, a manera de precedente, a la labor adelantada por los jueces de Justicia y Paz en el presente (y quizá a todo juez transicional en el futuro, incluidos los jueces civiles de restitución de la Ley 1448 de 2011), entre otras materias, en lo relativo a la disposición para ordenar medidas de reparación transformadora en favor de las víctimas. Se trata de un auténtico ejemplo de auto-restricción en la decisión judicial, dejando a un lado la inclinación ideológica del juez por operar una profundización democrática –conforme se evidencia en la parte motiva del fallo–, a través de, por ejemplo, la instancia de reparación, en la cual el juez de cierre acepta su limitación en el diseño constitucional de su función.⁸⁷

3. Hacia la reconstrucción de una política judicial de restitución de tierras transformadora

A partir de lo expuesto es posible evidenciar que la discusión sobre la aplicación del principio transformador en la restitución de tierras encierra grandes paradojas y límites, y como se había tenido la oportunidad de anunciar, la mayor cantidad de propuestas surgidas desde la doctrina sobre este enfoque, fueron debidamente incorporadas en las disposiciones de la Ley 1448 de 2011. Así, la protección de la relación de posesión y ocupación con el predio, para de allí declarar la propiedad en los casos en que se acrediten los requisitos de la ley agraria; la participación activa de las comunidades en la elaboración de los planes de

⁸⁷ Un desarrollo teórico de la escuela del realismo jurídico norteamericano contemporáneo sobre el tema, pone de presente la existencia de una serie de tensiones, angustias, paradojas, y frustraciones que atraviesa un juez, en la medida en que en un caso concreto su concepción de justicia material lo lleva a intentar reformular o a manipular, para cumplir sus expectativas, el campo jurídico que rige una determinada cuestión. Sobre el particular, se puede consultar el ensayo de Duncan Kennedy, “Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica”, en: Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, entre otros, Bogotá, 1999, pp. 89-221.

reparación colectiva que van dirigidos a la satisfacción de las necesidades sociales preexistentes y posteriores a los hechos victimizantes; la necesidad de distinguir y no confundir entre política social (o deber de ayuda humanitaria) y reparación a víctimas; la posibilidad de resolver conflictos entre víctimas de un mismo predio; y la necesidad de acompañar la restitución con medidas adicionales de generación de ingresos (lo cual pertenece más al ámbito de la regulación sobre desarrollo rural), constituyen medidas incluidas en la Ley 1448 que responden a no dudar al principio transformador de las reparaciones y de la restitución de tierras en particular.

Tal como se verá en el siguiente capítulo, estas medidas antes anunciadas de restitución de tierras transformadora fueron inicialmente moldeadas por la jurisprudencia que tuvo lugar en el contexto transicional, con anterioridad a la promulgación de la Ley 1448 de 2011; en tal sentido, se afirma que los jueces a través de sus decisiones tuvieron una incidencia directa en la creación y fijación de la política pública de restitución transformadora que viene ahora ejecutándose bajo este marco normativo actualmente aplicable sobre la materia. Más que una relación detallada de medidas que responden exhaustivamente al concepto de reparación transformadora, en este escrito se sostiene que éste es ante todo un principio orientador que nutre materialmente a toda las decisiones de reparación de víctimas vulnerables. Si bien existen propuestas doctrinales formuladas para ejemplificar las instancias y medidas concretas de restitución de tierras transformadora, se considera que ellas hacen parte de un bagaje conceptual que se aplica y encuentra sentido en un contexto más amplio de justicia transicional, como el antes descrito para el caso colombiano. Con ello se afirma que el principio transformador no se reconduce únicamente a las decisiones de los jueces de restitución de la Ley 1448; por supuesto que en la resolución de casos que

esta jurisdicción adelanta, se reflejan marcados contenidos de este principio, lo cual será también objeto de estudio.

Sin embargo, como se decía, la historia de creación y concepción de una restitución de tierras transformadora se remonta a providencias judiciales anteriores que empezaron a lidiar, explícita o implícitamente, con la necesidad de avanzar hacia el reconocimiento institucional de este principio. Es bajo esta orientación que a continuación se analizarán distintos grupos de casos en los cuales se explora e identifica los contenidos transformadores de la restitución de tierras en Colombia, que tienen en común el haber sido producidos en diferentes jurisdicciones relacionadas con los esfuerzos institucionales por resolver los efectos devastadores del conflicto armado sobre la población desplazada.

CAPÍTULO III. LA PRÁCTICA JUDICIAL EN TORNO A LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS

TRANSFORMADORA

Este tercer capítulo de la presente tesis de grado tiene por objeto hacer una presentación de las decisiones judiciales de restitución de tierras con marcados contenidos de transformación democrática, producidas en el contexto de la justicia transicional colombiana. Para lograr este propósito, se exponen en su orden diversas providencias judiciales proferidas en distintas jurisdicciones, a saber, la jurisdicción constitucional en seguimiento al estado de cosas inconstitucional de la población desplazada, la jurisdicción especial de Justicia y Paz que conoció inicialmente de las reclamaciones de restitución y finalmente, la jurisdicción transicional civil de restitución de tierras creada por la Ley 1448 de 2011. En cada una de estas jurisdicciones se analizan los casos más relevantes que refieren al principio transformador en la restitución de tierras, de acuerdo a la reconstrucción de los elementos desarrollados en el marco teórico de este trabajo. Por tanto, en cada uno de los análisis que a continuación se presentan, habrá una presentación de casos junto con la explicación de los elementos o características teóricas que hacen parte del concepto que aquí se busca explorar en la práctica judicial.

1. El inicio de una política judicial de restitución transformadora previo a la entrada en vigencia de la Ley 1448 de 2011

1.1 Primeros parámetros de la política judicial: el seguimiento al estado de cosas inconstitucional

La declaratoria del *estado de cosas inconstitucional* mediante la sentencia T-025 de 2004 tuvo como efecto principal la emisión de una serie de órdenes, con plazos para la presentación de avances y resultados, que estuvieron dirigidas a las distintas autoridades nacionales encargadas de suministrar atención integral a las víctimas del desplazamiento forzado, intentando con ello solucionar un número significativo de problemas identificados.⁸⁸ Con una decisión judicial ciertamente ambiciosa y de gran alcance, la Corte no culminó su labor a través de la promulgación de esta sentencia y antes continuó ejerciendo competencia para conocer de todo lo relativo a los obstáculos y defectos de la política pública existente en esta materia.

El objetivo último de estos esfuerzos fue asegurar que las entidades públicas brindaran las condiciones idóneas, a través de la corrección de las falencias de política pública reconocidas, que permitieran alcanzar el goce efectivo de los derechos de la población desplazada, concepto éste último que se erigió en el primer criterio para declarar la superación del estado de cosas inconstitucional.⁸⁹ De este modo, a partir del año 2004 y durante los años siguientes, la Corte Constitucional –a través su sala especial de seguimiento a la sentencia T-025– expidió diversos autos de monitoreo al cumplimiento del

⁸⁸ La Corte Constitucional detectó alrededor de 20 falencias sobre la política pública de atención a la población desplazada, que abarcó “todos los niveles y componentes de atención e impedían de manera sistemática la protección integral de los derechos” de esta población. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento 6.3.

⁸⁹ Cfr. Corte Constitucional, auto 008 de 2009, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, párr. 18.

fallo,⁹⁰ para constatar la existencia de acciones emprendidas por el gobierno nacional que pudiesen dar cuenta de los avances progresivos y efectivos hacia la eliminación de las causas estructurales del estado de cosas inconstitucional.⁹¹

En este contexto de seguimiento a la sentencia T-025, se pudo identificar líneas argumentativas contenidas en diversas providencias judiciales que reflejan los inicios del uso y las manifestaciones del concepto aquí explorado de restitución de tierras transformadora en la jurisprudencia constitucional, que se inserta o tiene lugar en un contexto más amplio de justicia transicional en Colombia. Se aclara que la promulgación de la sentencia T-025 de 2004 no está estrictamente situada en una jurisdicción transicional, más que en una jurisdicción constitucional que versa sobre la protección de derechos fundamentales de la población desplazada, situación que a su vez se agrava con ocasión de la persistencia de los hechos de violencia sobre el territorio; si bien ello es cierto –y es además una coincidencia que es preciso resaltar–, aquí se pretende evidenciar los impactos de estas decisiones judiciales de carácter constitucional en el diseño y elaboración de la política de restitución de tierras para las víctimas desplazadas del conflicto armado.

Para efectos de este estudio que se pretende adelantar en esta primera sección del capítulo, se han seleccionado tres autos especialmente emblemáticos que ejemplifican la forma en la cual se han dado los lineamientos para (i) la construcción –ante la constatación de un déficit protuberante– de una nueva política de tierras, orientada por (ii) los enfoques diferenciales (en esta ocasión, de género), que en su proceso de elaboración e implementación cuente con (iii) una aproximación *desde abajo*, y esté en general destinada a (iv) mejorar las condiciones materiales de los desplazados antes del despojo (v.gr, la protección de

⁹⁰ Otro mecanismo escogido por la Corte para hacerle seguimiento a la sentencia fue la celebración de audiencias públicas con participación de comunidades víctimas del desplazamiento forzado.

⁹¹ Cfr. Corte Constitucional, auto 008 de 2009, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, párr. 8.

relaciones informales con la tierra y generación de ingresos), todo lo cual hace parte del concepto de restitución de tierras transformadora. En este orden de ideas, para el estudio de casos de la jurisprudencia constitucional serán analizados a continuación estos aspectos antes enunciados en los autos 092 de 2008, 008 de 2009 y 219 de 2011.⁹²

1.1.1 Auto 092 de 2008: protección al enfoque de género en la restitución de tierras

Con anterioridad a la expedición de este auto de seguimiento, la Corte Constitucional se había pronunciado en diversas oportunidades sobre la falta de un enfoque diferencial de género en la regulación de Ley 387 de 1997, considerándola como una de sus grandes falencias e insistiendo de manera reiterada en la necesidad de incorporar este enfoque en la política de atención integral de la población desplazada.⁹³ Sin embargo, para aquel entonces no se había visibilizado, caracterizado, y categorizado los efectos del desplazamiento forzado y del conflicto armado interno sobre los derechos de la población femenina.

En el auto 092 de 2008 la Corte Constitucional se detuvo a analizar la situación vulnerable de las mujeres desplazadas en el país, afirmando que este fenómeno constituye una de las demostraciones más críticas y alarmantes del estado de cosas inconstitucional. En su estudio la Corte partió, por un lado, del análisis del impacto desproporcionado en términos

⁹² Si bien los autos 004 de 2009, 005 de 2009, y 006 de 2009 son relevantes por referirse a la situación de poblaciones étnicas y raizales vulnerables, no serán objeto de estudio del presente escrito, por cuanto no profundizan del mismo modo que los autos analizados en la exploración de los elementos de la restitución de tierras transformadora. En todo caso se aclara que ellos son relevantes en tanto exigen la adopción del enfoque diferencial para poblaciones marginales, y con ello se avanza hacia la eliminación de las relaciones de subordinación social con base en la cultura y la raza.

⁹³ Para brindar un ejemplo de lo anterior, antes de la expedición del auto 092 de 2008 que se considera hito en este sentido, la Corte Constitucional sostuvo que “la atención a la población desplazada debe basarse en acciones afirmativas y en enfoques diferenciales sensibles al género, la generación, la etnia, la discapacidad y la opción sexual”. Corte Constitucional, sentencia T-602 de 2003, MP: Jaime Araújo Rentería, párr. 11.

cuantitativos y cualitativos del conflicto armado interno sobre el género femenino, y por el otro, del carácter de *sujetos de especial protección constitucional* que tienen las mujeres desplazadas, lo cual tiene asidero en el régimen constitucional y en las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano en materia de derechos humanos y de derecho humanitario.

En desarrollo del primer aspecto antes expuesto, la Corte Constitucional identificó factores de riesgo específicos a los que están expuestas las mujeres, entre los cuales se encuentra la mayor facilidad para ser víctimas de despojo de tierras y de patrimonio por los actores armados ilegales, dada su posición histórica desfavorable ante el acceso a la propiedad de inmuebles rurales.⁹⁴ Del mismo modo la corporación evidenció varios aspectos del desplazamiento que por su condición de género, en el marco del conflicto armado interno, impactan a las mujeres de manera diferencial, específica, y agudizada, lo cual las afecta en la realización efectiva de su derecho al acceso a la propiedad de la tierra y a la protección de su patrimonio hacia el futuro.

Así, en su providencia la Corte reconoció que históricamente las mujeres han accedido a la propiedad de la tierra en una gran mayoría de casos a través de sus compañeros; esta intermediación las coloca en una posición de desventaja y asimetría a la hora de acreditar la propiedad, incrementando de este modo el riesgo de ser despojadas de su patrimonio con mayor facilidad por parte de los grupos armados. En consecuencia, la Corte afirmó que la

⁹⁴ Otros factores de riesgo son: (i) el riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual; (ii) el riesgo de explotación o esclavización para ejercer labores domésticas; (iii) el riesgo de reclutamiento forzado de sus hijos e hijas (iv) los riesgos derivados del contacto con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales o con miembros de la Fuerza Pública, (v) los riesgos derivados de su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres, (vi) el riesgo de persecución y asesinato por las estrategias de control coercitivo (vii) el riesgo por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o por la desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social; (viii) los riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres indígenas y afrodescendientes; y (ix) el riesgo por la pérdida o ausencia de su compañero o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento. Cfr. Corte Constitucional, auto 092 de 2008, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

precariedad de la posición de la mujer colombiana frente al acceso y conservación de la propiedad ha constituido un elemento causal primario en el impacto manifiestamente desproporcionado sobre la población desplazada femenina en el país.⁹⁵

En razón de lo anterior, la Corte ordenó el diseño e implementación de políticas públicas con perspectiva de género y de programas que conduzcan a la satisfacción de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas, que deben además incluir herramientas dirigidas a la prevención del impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre esta población en particular. Aquí se evidencian los esfuerzos desplegados por la corporación para eliminar y socavar las relaciones de poder y subordinación de carácter cultural que han definido diversos aspectos de la vida de la mujer, desplazada, pobre y vulnerable, con el entorno social, y particularmente, con el acceso y protección de los derechos sobre la tierra. A través de esta identificación se materializa, precisamente, uno de los propósitos elementales del planteamiento de la restitución transformadora de tierras: derribar barreras culturales de marginación y exclusión de un grupo social en específico que obstaculizan la inclusión y el acceso al goce efectivo de derechos, entre ellos, el de la propiedad sobre la tierra.

1.1.2 Auto 008 de 2009: el direccionamiento hacia la creación de una política pública de restitución *desde abajo*

Mediante este auto, la Corte Constitucional analizó diversas cuestiones relativas a las condiciones y elementos de juicio para declarar la superación del estado de cosas inconstitucional y fijó algunos ejes básicos a manera de índices de evaluación para

⁹⁵ Cfr. Corte Constitucional, auto 092 de 2008, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

determinar si las entidades públicas involucradas, del orden nacional y territorial, habían logrado superarlo con soluciones duraderas.⁹⁶

Entre los índices de evaluación de la superación del estado de cosas inconstitucional, se encuentran: (i) el goce efectivo de derechos –a primer renglón, como se dijo con anterioridad– por parte de un alto porcentaje de la población desplazada junto con las condiciones para mantener este resultado y avanzar sosteniblemente para que todos los desplazados gocen de sus derechos constitucionales; (ii) la corrección de las causas estructurales del estado de cosas inconstitucional, en especial la insuficiencia de recursos y la precariedad de la capacidad institucional; (iii) la demostración de la efectividad de las políticas públicas propuestas para lograr el goce efectivo de los derechos de la población desplazada –políticas que deben contener un enfoque diferencial, en especial respecto de mujeres, niños, niñas, jóvenes, adultos mayores, indígenas, afrocolombianos y personas con discapacidad–, (iv) la demostración de la participación oportuna, significativa y efectiva de la población desplazada, y de las organizaciones de la sociedad civil que apoyan el proceso en la adopción de las decisiones estatales que les interesan y los afectan; y (v) la contribución suficiente de las entidades territoriales a la superación del estado de cosas inconstitucional.⁹⁷

Es importante enfatizar en dos ejes que están relacionados con el concepto de restitución de tierras transformadora que se viene explorando hasta ahora: por una parte se trata de la participación oportuna, significativa, y efectiva de la población desplazada en la adopción de las decisiones estatales que les interesan y afectan y, por otra, de la idoneidad de las

⁹⁶ Cfr. Corte Constitucional, auto 008 de 2009, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, párr. 3.

⁹⁷ Cfr. Corte Constitucional, auto 008 de 2009, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, aparte III.

políticas públicas para lograr el goce efectivo de sus derechos sociales, económicos, y culturales, entre ellos el acceso al derecho sobre la tierra a través de la restitución.

Respecto del primero, pese a que no lo desarrolla de modo suficiente ni imparte pautas para su concreción, la Corte señaló la necesidad de abrir espacios amplios y democráticos en los cuales las víctimas puedan participar de manera activa en la formulación y consecución de aquellas medidas que están dirigidas a la atención de sus necesidades. Este hecho se identifica claramente con una aproximación *desde abajo* que se incorpora a la elaboración de las medidas demandadas para la satisfacción de las necesidades sociales de las víctimas del conflicto armado, que es precisamente uno de los elementos de la restitución transformadora propuesto desde el marco teórico.

Frente al segundo, la Corte determinó que existen componentes de la política pública de atención y prevención al desplazamiento forzado que deben ser replanteados en su totalidad, tanto por su desactualización como por su diseño precario y limitación de recursos, lo cual amenaza con perpetuar el estado de cosas inconstitucional. Uno de ellos es precisamente el componente de tierras que involucra (i) la protección y restitución de las tierras despojadas y abandonadas forzosamente, y (ii) la entrega de tierras para la reubicación y desarrollo de proyectos productivos para la población desplazada.⁹⁸ Nótese aquí la mezcla y confusión entre goce efectivo de derechos, que se identifica con la obligaciones de carácter social y económico del Estado colombiano, y el derecho a la reparación integral a través de la restitución de tierras, lo cual constituye una manifestación de las tensiones involucradas en el concepto teórico de la restitución de tierras transformadora.

⁹⁸ Cfr. Corte Constitucional, auto 008 de 2009, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, párr. 58.

En el marco de esta discusión, la corporación ordenó al gobierno la reformulación y diseño de una verdadera política de tierras tendiente a lograr, al menos, los siguientes objetivos:⁹⁹

(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 interno; (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 forzados o despojos, teniendo en cuenta las distintas formas de relación jurídica (incluidas la posesión y ocupación) de la población desplazada con los predios abandonados.¹⁰⁰

Identificados ciertos inconvenientes que podrían tener la implementación de una política de tierras, la Corte ordenó que la nueva formulación debía incluir un sistema de actualización de información catastral sobre la identificación de la titularidad de los inmuebles rurales, un mecanismo de reclamación expedito y excepcional, que dispusiese de presunciones e inversión de la carga probatoria, destinado a flexibilizar los estándares de acreditación del derecho común para demostrar los derechos y relaciones sobre los inmuebles despojados, entre otras medidas.¹⁰¹

Véase cómo, respecto de este punto, la Corte Constitucional asume un rol activo en el ejercicio de control a los poderes constituidos encargados de diseñar y expedir en particular los programas de restitución, y de cómo ello se entiende bajo nueva formulación del

⁹⁹ La misma Corte Constitucional, en una decisión anterior en sede de tutela solicitada por una familia desplazada, sostuvo: “no puede la Corte dejar de advertir que la protección de la tierra de las personas desplazadas por grupos paramilitares o guerrilleros es probablemente uno de los asuntos en los cuales las autoridades han dejado de hacer todo aquello que el derecho constitucional les obliga”. Corte Constitucional, sentencia T-821 de 2007, MP(e): Catalina Botero Marino, párr. 68.

¹⁰⁰ Cfr. Corte Constitucional, auto 008 de 2009, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, párr. 82.

¹⁰¹ Cfr. *Ibidem*, párr. 83.

principio constitucional de colaboración armónica entre las ramas del poder público. Además, se establecen pautas específicas que deben contener tales programas, basándose en los resultados de investigación empírica sobre la situación de la población desplazada, lo cual le permite a la corporación adoptar decisiones en contexto de acuerdo a los hallazgos obtenidos, entre ellos, los altos índices de informalidad en la tenencia de la tierra. De otro lado, como se anticipaba desde los avances doctrinales, la inclusión de una regulación protectora de las relaciones jurídicas informales con la tierra y de reglas probatorias ventajosas para las víctimas de desplazamiento forzado, hacen parte de una serie de medidas adoptadas en aplicación del concepto de restitución de tierras transformadora.

Retomando los hallazgos de la Corte en esta materia, también se identificó aquellos componentes de la política pública de atención a la población desplazada que no han sido realmente articulados y cuyos vacíos retrasan la superación del estado de cosas inconstitucional, por lo cual debían ser decisivamente complementados. Se trata de los componentes del derecho a la reparación integral, esto es, los derechos a la verdad, justicia, reparación, y garantías de no repetición. Por todo esto la Corte ordenó al gobierno nacional realizar los ajustes necesarios para superar estos vacíos, cumpliendo con los requisitos mínimos de racionalidad de las políticas públicas, de realización de derechos como criterio orientador y de integración del enfoque diferencial.¹⁰² Aquí se evidencian los exhortos para la creación de una política de reparación integral a víctimas más consistente, dentro de lo que está incluido el programa de restitución más específico con las características antes enunciadas, que sea coherente con las obligaciones del Estado colombiano en esta materia.

¹⁰² Cfr. Corte Constitucional, auto 008 de 2009, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, párr. 116.

1.1.3 Auto 219 de 2011: la restitución de tierras dentro del (re)establecimiento del derecho

En seguimiento a las acciones adelantadas por el gobierno nacional y aun antes de la expedición de la Ley 1448 de 2011, la Corte Constitucional profirió el auto 219 de 2011 en el cual se constató la subsistencia del estado de cosas inconstitucional respecto de la atención y prevención del desplazamiento forzado en el país. En esta decisión la Corte evaluó el “estado actual de las principales problemáticas que afronta la población desplazada en el país, asó como los avances, obstáculos y retrocesos que han surgido en la reformulación, ajuste e implementación de cada uno de los componentes de la política pública en materia de atención integral a las víctimas del desplazamiento forzado, con el fin de adoptar medidas correctivas y eficaces para avanzar de manera acelerada en la superación del *estado de cosas inconstitucional* y en el goce efectivo de los derechos” de esta población.¹⁰³

Según esta providencia, la falta de formulación de una verdadera política de tierras, sumado a los vacíos en la política hasta ese entonces existente en materia de garantía a los derechos de verdad, justicia, reparación, y no repetición, y junto con la falta de adopción de mecanismos de participación amplios y democráticos para las organizaciones civiles de víctimas desplazadas, constituyen una imposibilidad en el goce efectivo de los derechos de esta población, por lo cual se demandaron acciones adicionales tendientes a la corrección de estas fallas.¹⁰⁴

¹⁰³ Cfr. Corte Constitucional, auto 219 de 2011, MP: Luis Ernesto Vargas Silva, párr. 3.

¹⁰⁴ Otras acciones ordenadas en la providencia fueron las siguientes: (i) fortalecimiento de la capacidad institucional; (ii) esfuerzo presupuestal; (iii) reformulación de la política de vivienda; (v) reformulación de la política de generación de ingresos; (vii) corrección de los vacíos protuberantes de la política de prevención

Por su parte, la Comisión de Seguimiento a la T-025 (organismo de la sociedad civil que acompaña el proceso de seguimiento jurisdiccional al estado de cosas inconstitucional) resaltó que, frente a la débil formulación de una política de tierras, existe la necesidad de implantar una articulación entre los procesos de restitución y las medidas de generación de ingresos, con el fin de garantizar la sostenibilidad de estos procesos en el tiempo y los avances en el goce efectivo de los derechos de la población desplazada.¹⁰⁵

De acuerdo a lo anterior, la Corte advirtió que la nueva política de restitución de tierras debía contar con mayor información sobre las falencias identificadas por el mismo gobierno desde el año 2004, y precisar la manera en que se iban a prevenir y corregir algunos de los aprendizajes negativos evidenciados a lo largo del proceso de seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004; entre estas lecciones se encuentra lo relacionado con la sola entrega de predios como resultado de la restitución o de la entrega para la estabilización socioeconómica, sin garantizar un pleno uso o la permanencia en ellos. Entrega que debe estar acompañada de asistencia técnica, de acceso a crédito y a otros bienes que garanticen la generación de ingresos y la sostenibilidad del retorno o la reubicación.¹⁰⁶

Respecto de la adopción de un mecanismo de participación amplio y democrático para las organizaciones de población desplazada, la Corte insistió en la importancia de garantizar la participación efectiva de estas organizaciones tanto a nivel nacional como territorial, en las

del desplazamiento; (viii) protección de los derechos a la vida y seguridad de líderes y personas víctimas de desplazamiento forzado interno; (ix) ajustes a las políticas o componentes de ayuda humanitaria de emergencia; (x) ajustes a las políticas o componentes de retorno y reubicación de la política integral de atención a la población desplazada; (xi) superación de los problemas de subregistro y de las falencias de los sistemas de información sobre población desplazada; (xiii) avance en el goce efectivo de los derechos; y (xiv) en la garantía de los derechos a la salud y a la educación de la población desplazada. Cfr. Corte Constitucional, auto 219 de 2011, MP: Luis Ernesto Vargas Silva, párr. 25.

¹⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, párr. 85.

¹⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, párr. 93.

distintas instancias de coordinación, así como en el proceso de diseño, ajuste, corrección, implementación, y seguimiento de las estrategias, programas, y acciones que se deben desarrollar.¹⁰⁷

Valga la pena resaltar los esfuerzos de la corporación por concebir la restitución de tierras como una oportunidad para ir más allá de la devolución de propiedades, procurando colocar a la víctima en una situación económicamente más ventajosa de aquella en la que se encontraba antes de la victimización. Las medidas sobre generación de ingresos y acceso al crédito corresponden a políticas *posrestitución* que de ninguna manera se limitan a la entrega de tierra (por cierto, ¿a qué título: reparación-restitución o simple impulso de reforma agraria? En la providencia esto no se aclara, sólo se menciona la necesidad de instaurar un auténtica *política de tierras*) y apuntan a remediar la situación histórica de abandono institucional al cual han estado sometidos estos grupos de personas.¹⁰⁸

Nuevamente, no se hace claro a qué fuente jurídica en particular se refiere la corporación para adoptar estas medidas a favor de la población desplazada, pobre y vulnerable. Por lo tanto, el dilema de la reparación transformadora, en su modalidad de restitución de tierras, aquí estaría evidenciado con el siguiente interrogante: ¿se va a propugnar por restablecer una situación indeseable antes existente o, dejando de lado los rigores de identificar el título

¹⁰⁷ Cfr. Corte Constitucional, auto 219 de 2011, MP: Luis Ernesto Vargas Silva, párr. 246.

¹⁰⁸ Como un ejemplo de esta confusión, si bien la Corte Constitucional dice estar refiriéndose al tema de restitución en particular, menciona que la nueva política de tierras ha de basarse en los “aprendizajes negativos evidenciados a lo largo del proceso de seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004, tales como el hecho de que la mera entrega de predios como resultado de la restitución o de la entrega para la estabilización socioeconómica no garantiza su pleno uso, o la permanencia en ellos si no se acompaña de asistencia técnica y acceso a crédito y otros bienes que garanticen la generación de ingresos y la sostenibilidad del retorno o la reubicación, o las experiencias negativas en materia de adquisición de predios y predios objeto de extinción de dominio para la dotación de tierras a la población desplazada”. Aquí se hace patente la tradicional confusión entre restitución y reforma agraria que está en el centro de las soluciones planteadas para las víctimas del desplazamiento forzado. *Ibidem*, párr. 93.

jurídico de actuación, se aprovechan las sinergias para la construcción de un futuro democrático e incluyente?

1.2 Las respuestas desde el sistema de Justicia y Paz a los lineamientos de la restitución de tierras transformadora

Una vez se han reseñado los logros en materia de restitución de tierras transformadora en la jurisprudencia constitucional producida con ocasión del seguimiento al estado de cosas inconstitucional de la población desplazada, ahora se analizan algunos avances realizados en esta materia en las decisiones judiciales de restitución que tuvieron lugar a través del proceso penal especial de Justicia y Paz. El estudio de casos de esta jurisdicción es relevante por cuanto ello constituyó otra de las reacciones ante la ausencia de mecanismos de solución al problema del desplazamiento forzado en el país, que incluyó una elaboración jurisprudencial para dar consistencia al trámite mismo de restitución, así como pronunciamientos sobre una variedad de cuestiones que acompañan al derecho a la restitución de tierras.

Como se anunció con anterioridad, el proceso de Justicia y Paz –instaurado a través de la Ley 975 de 2005, modificada parcialmente por la Ley 1592 de 2012– constituye un mecanismo de justicia transicional dispuesto para juzgar a los desmovilizados excombatientes de grupos armados ilegales, a través de un procedimiento penal especial que tiene por aliciente la concesión de una pena alternativa, la cual está condicionada a la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los desmovilizados en materia de verdad, justicia, y reparación a víctimas. Esta ley originalmente incorporó la

restitución como modalidad de la reparación integral, que para entonces estaba definida como “la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades”.¹⁰⁹ Sin embargo, se aclara que en la actualidad, tal como se sostuvo en el primer capítulo de este escrito, la reparación integral y sus modalidades están definidas con todos sus efectos y beneficios en la Ley 1448 de 2011.

Es relevante la consagración de la restitución como modalidad de reparación integral en el diseño original de la Ley de Justicia y Paz, pues fue a través de ella, entre otros argumentos utilizados, que se motivó la posibilidad de decretar restituciones de inmuebles a víctimas desde una etapa temprana de este proceso penal, sin necesidad de esperar hasta la emisión de la sentencia condenatoria.¹¹⁰ En efecto, hubo un gran giro fundamental operado por la jurisprudencia, que por su importancia para la restitución de tierras en el contexto transicional colombiano, será analizado en su parte motiva más adelante en esta sección del capítulo. Como se anunciaba, por ahora basta mencionar que a partir de esta decisión judicial antes citada, el proceso de Justicia y Paz comenzaría a conocer y a decidir de las reclamaciones de restitución de tierras elevadas por las víctimas, en respuesta en parte al déficit de implementación de una política pública sobre este componente de reparación para aquel entonces constatado, lo cual trajo consigo sucesivos problemas de regulación que

¹⁰⁹ Cfr. Artículo 46 de la Ley 975 de 2005, antes de la modificación introducida por el artículo 30 de la Ley 1592 de 2012.

¹¹⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 15 de septiembre de 2010, radicado n° 34740, MP: José Leonidas Bustos Martínez.

provocarían una serie de decisiones judiciales dirigidas a dar racionalidad a esta vía institucional creada en esta jurisdicción transicional especial.¹¹¹

Sin pretender abarcar el desarrollo de los problemas específicos generados con ocasión de la apertura de esta ruta institucional para la restitución de tierras, en esta sección se ofrecerá un estudio de casos de la jurisprudencia más relevante relacionada con el concepto de restitución de tierras con finalidad de transformación democrática. Por tal motivo, se hará una presentación de la fundamentación de las decisiones judiciales proferidas en esta jurisdicción especial, que abordaron explícita o implícitamente, el principio transformador de la restitución de tierras.

1.2.1 La restitución se inaugura en Justicia y Paz: el esfuerzo por buscar soluciones urgentes al desplazamiento forzado

Anterior a la jurisprudencia que en seguida será analizada, la restitución de bienes y propiedades era un asunto que se resolvía en el incidente de reparación, de la misma forma que lo era toda medida relacionada con el derecho a la reparación integral de las víctimas reconocidas al interior del trámite, en decisión que se incorporaba a la sentencia condenatoria proferida en contra de los postulados al proceso de Justicia y Paz.¹¹² Si bien

¹¹¹ Una reconstrucción de las líneas jurisprudenciales posteriores a la decisión antes citada, destinadas a resolver diversas problemáticas suscitadas en relación con las reclamaciones de restitución de tierras ventiladas en el proceso de Justicia y Paz, se encuentra en la consultoría adelantada por Alejandro Aponte, *Protocolo para una posible armonización de la restitución de tierras en la Ley de Justicia y Paz y la nueva Ley de Víctimas*, Programa de Políticas Públicas, USAID-ARD, Bogotá, abril de 2008.

¹¹² El artículo 24 de la Ley 975 de 2005, previo a la modificación introducida por el artículo 25 de la Ley 1592 de 2012, disponía en su parte relevante: “*Contenido de la sentencia.* (...) en la sentencia condenatoria se fijarán (...) las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas”. Estas obligaciones de reparación nacían a la vida jurídica, una vez los postulados al proceso de Justicia y Paz fueren “declarados penalmente responsables mediante sentencia judicial por las conductas punibles cometidas durante y con

existía una medida cautelar de restitución provisional de bienes, la práctica demostró que esta figura nunca fue aplicada, por lo cual, ante la falta de emisión de condenas que cobijasen amplios grupos de víctimas, se habilitó una vía institucional que pudiese resolver de modo definitivo las reclamaciones de restitución en las etapas iniciales del proceso de Justicia y Paz.¹¹³

El debate judicial que dio lugar a esta determinación que aquí se comenta, estuvo en la solicitud elevada por la fiscalía de dar aplicación a la figura procesal, consagrada en los códigos de procedimiento penal, conocida como *cancelación de títulos fraudulentos*, la cual tendría por efecto inmediato la restitución del inmueble despojado a una víctima reconocida por su victimario, quien era postulado y además había confesado el delito de desplazamiento forzado sobre la misma. En segunda instancia la Sala de Casación Penal concedió tal pretensión y para ello esgrimió como fundamento la necesidad de apoyarse en la equidad, que según su postura, constituye la base misma de todo proceso de justicia transicional.¹¹⁴ En su opinión, no existía disposición específica que regulase el momento procesal de la restitución en particular, y desechando la analogía antes expuesta según la cual por ser medida de reparación, la restitución debía decidirse en el incidente que tiene lugar después de la emisión de la sentencia condenatoria, la Sala argumentó su posición sosteniendo:

ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley”. Artículo 15, inciso 1º, del Decreto 3391 de 2006.

¹¹³ Cfr. Alejandro Aponte, *Protocolo para una posible armonización de la restitución de tierras en la Ley de Justicia y Paz y la nueva Ley de Víctimas*, Programa de Políticas Públicas, USAID-ARD, Bogotá, abril de 2008, p. 111.

¹¹⁴ Así lo sostuvo la Sala de Casación Penal al considerar la naturaleza del problema jurídico que debía resolver: “El marco en el que debe desenvolverse la solución del problema es sin duda la equidad, y la condición transicional del proceso judicial contenido en la Ley 975 de 2005”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 15 de septiembre de 2010, radicado n° 34740, MP: José Leonidas Bustos Martínez, p. 5.

“Esto porque lo justo en estos casos es que desde el inicio del proceso (...) se ordene la restitución (...). La justicia transicional no puede ser indiferente a la tragedia humanitaria que vive nuestro país de cuenta de los millones de desplazados que deambulan con rumbo a ninguna parte por los cinturones de miseria y mendigan en los semáforos de las grandes ciudades, invisibles de cuenta de la técnica y la inflexibilidad jurídica. Y la forma en que la administración de justicia se puede vincular con la superación, o por lo menos con la mitigación de este drama, es facilitando la restitución de tierras en la fase temprana del proceso transicional”.¹¹⁵

Valga la pena resaltar que esta decisión judicial en Justicia y Paz constituyó la oportunidad para iniciar los trámites de restitución de tierras en un esquema procesal no previsto explícitamente por la ley, con lo cual se intentó proveer una solución a uno de los problemas centrales del desplazamiento, como lo era para aquella época la ausencia de mecanismos para resolver las reclamaciones de restitución solicitadas por las víctimas. Además, como se pudo constatar, rechazando argumentos formalistas, y apoyado en razones de contexto (“deambulan con rumbo a ninguna parte por los cinturones de miseria y mendigan en los semáforos de grandes ciudades”) y de equidad o de justicia distributiva, más que de justicia correctiva, el juez transicional reconoció la existencia de una situación crítica para la población desplazada, por lo cual adoptó abrió la posibilidad de la restitución en una regulación que no la preveía desde el punto de vista legal-positivo.

1.2.2 Los problemas de los bienes para la reparación de víctimas: una anticipación a las respuestas consagradas en la Ley de Víctimas

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 15 de septiembre de 2010, radicado n° 34740, MP: José Leonidas Bustos Martínez, p. 6.

A manera de antecedente y aun antes de la decisión que acaba de reseñarse, dentro de una discusión más amplia de asuntos relacionados con la reparación –pero con fuertes repercusiones para la devolución de bienes y la restitución de tierras en el país–, la Sala de Casación Penal analizó en otra providencia distintas problemáticas que se venían presentado con ocasión de la denuncia y entrega de bienes de los desmovilizados, con destino a la reparación y restitución de víctimas. Con anterioridad al reconocimiento de la restitución de inmuebles en los inicios del proceso de Justicia y Paz, la Sala Penal adelantó una recopilación de los problemas que aquejaban a los bienes que estaban siendo perseguidos, denunciados, entregados y que estaban destinados a ingresar al Fondo de Reparación.

Con ocasión a un debate suscitado en torno al levantamiento de medidas cautelares impuestas sobre un inmueble despojado –que además tenía naturaleza de baldío antes de la comisión del hecho punible–, en este fallo se expuso una serie de problemas identificados sobre los bienes, que de manera resumida, se sintetizaron en lo siguiente: en cuanto al aspecto relativo a la titulación, se denunció que los bienes en muchos casos (i) carecían de títulos de propiedad oficialmente reconocidos (documentación informal, aunque reconocida por costumbre regional), o respecto de los cuales había (ii) una ausencia total de titulación y registro. Además, se dio cuenta de casos en los que (iii) los gravámenes por concepto de impuestos y demás deudas superaban el valor comercial del bien; (iv) casos en los que aparecían otros poseedores con derecho a la prescripción adquisitiva; (v) casos en que los bienes figuraban en cabeza de testaferros que no hacen entrega del bien; y (vi) casos respecto de bienes que se encontraban en procesos de extinción de dominio.¹¹⁶

¹¹⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 13 de diciembre del 2010, radicado n° 34571, MP: Alfredo Gómez Quintero, pp.15-17.

Todos estos problemas relacionados con los bienes fueron tenidos en cuenta por los distintos funcionarios públicos encargados de impulsar la reforma a la Ley de Justicia y Paz (introducida por la Ley 1592 de 2012), y que además sirvieron fundamentalmente para el diseño de las competencias del juez civil de restitución de la Ley 1448 de 2011.¹¹⁷ Lo relevante de esta decisión judicial, que hace que se perfile como una jurisprudencia que allana el camino hacia los logros en materia de restitución de tierras transformadora, está en los esfuerzos por desentrañar la complejidad de diversas problemáticas sobre este asunto, al tiempo que resalta el inicio de los esfuerzos de parte del gobierno y del legislativo por impulsar reformas institucionales integrales capaces de promover la restitución de tierras, junto con el desarrollo rural que la debe acompañar, para así lograr elevados índices de “democratización” de la propiedad de la tierra. Esto constituye también una muestra de los matices que adquiere bajo el “nuevo constitucionalismo” el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público. Así lo sostuvo la corporación:

“Por ello, encuentra plausible que el Gobierno Nacional en asocio con el Honorable Congreso de la República diseñe un modo específico que facilite la devolución de bienes, que examine la viabilidad de autorizar la venta de bienes o la transferencia a entidades oficiales como el Fondo de Reparación (...). Una reforma agraria no se ha hecho en el marco del proceso de Justicia y Paz, no obstante conocer que ante el Congreso de la República cursa un proyecto de Ley radicado por el Gobierno Nacional: la ley de tierras

¹¹⁷ Recuérdesse que unos de los asuntos transversales de la Ley 1592 de 2012 estuvo en resolver los problemas relativos a la reparación de víctimas en Justicia y Paz, por lo cual se decidió trasladar todo lo relacionado con el derecho a la reparación integral a los mecanismos dispuestos por Ley 1448 de 2011. De toda formas, en el marco de esta ley, se establecieron nuevas prerrogativas para la persecución de bienes de desmovilizados y en general, para hacer frente a la mayoría de problemas antes enunciados. De otro lado, en el artículo 91 de la Ley 1448 de 2011 se dieron plenos poderes al juez de restitución para deshacer complejos problemas derivados de la informalidad en la relación jurídica con la tierra, y también en otras disposiciones de la misma ley, se diseñaron salidas definitivas a los demás problemas aquí mencionados.

integral con la que pretende democratizar la propiedad rural” (subrayas por fuera del texto original).¹¹⁸

1.2.3 Las medidas de restitución transformadora del caso Mampuján previstas desde la sentencia de Justicia y Paz

Luego de haber autorizado las restituciones a través de las vías procesales de la Ley de Justicia y Paz, y aún antes de la promulgación de la Ley 1448 de 2011, la Sala de Casación Penal decidió en segunda instancia el recurso de apelación contra la primera sentencia parcial definitiva en el proceso de Justicia y Paz: se trató del proceso conocido como el caso ‘Mampuján’, adelantado en contra de los desmovilizados alias ‘Diego Vecino’ y ‘Juancho Dique’.¹¹⁹ Por los desarrollos conceptuales fijados en esta sentencia sobre el tema de la reparación con vocación transformadora, esta decisión judicial fue citada anteriormente como una muestra del reconocimiento jurisprudencial de este principio en el primer capítulo, y por las medidas de reparación y restitución concretas que allí se ordenan en desarrollo del principio, se vuelve sobre ella en esta sección. No obstante, se aclara que las medidas de restitución finalmente fueron resueltas a través de una providencia de un juez civil de restitución de la Ley 1448 de 2011, por lo cual se habrá de volver sobre el caso también en la siguiente sección del capítulo correspondiente al estudio de la jurisprudencia de esa jurisdicción especial.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 13 de diciembre del 2010, radicado n° 34571, MP: Alfredo Gómez Quintero, pp.19-20.

¹¹⁹ En esta ocasión, la posibilidad de decretar restituciones en el marco de la presente ley fue interpelada nuevamente, por lo cual la Corte, ratificando su precedente, sostuvo que “dentro del proceso de justicia transicional se debe garantizar la restitución desde sus albores y no esperar al momento definitivo del fallo, cuando ya puede ser demasiado tarde para garantizar los derechos de las víctimas”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de abril de 2011, radicado n° 34547, MP: María del Rosario González Muñoz, p. 454.

Como se expuso en precedencia, en esta sentencia se produjo un reconocimiento de los contenidos transformadores que debían acompañar a todas las reparaciones –incluida la restitución– ordenadas en el ámbito de aplicación de la Ley de Justicia y Paz. En efecto, allí se concede el aval para que en casos de reparación colectiva, como el que en aquella oportunidad fue analizado, sea viable disponer de la construcción de escuelas, de vías de transporte público, de lugar de recreación, así como también la instalación y suministro de servicios públicos domiciliarios, entre otros.¹²⁰ Respecto a la restitución de tierras, en ese caso se *exhortó* (en sustitución de la *orden*, que además conllevaba un plazo temporal de ejecución predeterminado) a que las entidades competentes,¹²¹ procedieran a la formalización de títulos de un grupo de campesinos que se vieron forzados a abandonar los predios sobre los cuales ejercían posesión, por causa de los hechos de violencia y de una masacre que impactó a los pobladores del corregimiento de Mampuján. Tal como se anunció, estas medidas de restitución fueron finalmente resueltas por un juez civil de restitución, lo cual será analizado más adelante.

De acuerdo a la Sala Penal, las medidas de formalización dispuestas en esta sentencia contaban con “un evidente contenido transformador en cuanto pretende mejorar las condiciones de las comunidades agraviadas, pues no se limita simplemente a restituir a las víctimas los predios que ocupaban, la mayoría de las veces sin título alguno que permitiera hacer valer sus derechos sobre las tierras, sino a formalizarlos acreditada la condición de

¹²⁰ Concretamente, las órdenes de reparación colectiva plasmadas en la sentencia aludían al “levantamiento o reparación de escuelas, escenarios deportivos, vías de acceso, provisión de servicios públicos esenciales (agua, luz, alcantarillado y comunicaciones), instalaciones para la promoción de eventos culturales y lúdicos, capacitación en áreas técnicas vinculadas con la actividad agrícola y de seguridad alimentaria, entre otras, que se corresponden, a no dudarlo, con una visión transformadora de dichas colectividades si en cuenta se tienen las carencias que en ese orden padecían las comunidades afectadas antes de ser victimizadas”. *Ibidem*, p. 355.

¹²¹ *Exhorto* en lugar de *orden*, dado los límites a los que está sujeto la aplicación de la figura de reparación transformadora en sede judicial, definido por la Sala de Casación Penal en esa misma oportunidad. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de abril de 2011, radicado n° 34547, MP: María del Rosario González Muñoz, p. 56.

despojo, lo cual, evidentemente, constituye un *plus* a su favor”.¹²² En relación con esto último, se vuelve sobre la idea de que la restitución no sólo ampara el pleno derecho de propiedad, sino también se extiende a proteger otras relaciones no formales con la tierra, como lo son la posesión y la ocupación, tratándose en este último caso de bienes baldíos.

2. Las aplicaciones judiciales del principio transformador en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras

Con la expedición de la Ley 1448 del 2011 se estableció un nuevo marco jurídico e institucional para la restitución masiva de tierras a las víctimas del despojo y del desplazamiento forzado. Esta ley incorporó algunos de los antecedentes de política judicial de restitución de tierras transformadora dados hasta entonces y que hasta aquí se han repasado, a saber: protegió las relaciones jurídicas informales con la tierra, como lo son la posesión y la ocupación, y además, otorgó poderes al juez civil para ordenar la restitución con plena titulación para aquellas personas que cumplieren los requisitos para ello en la ley agraria; estableció disposiciones sobre inversión de la carga probatoria y presunciones de despojo, con lo cual se obró en función de aligerar los estándares probatorios del derecho común; previó soluciones para los conflictos suscitados entre distintas víctimas de despojo sobre un mismo inmueble; y sumado a todo lo anterior, contempló una regulación integral para acompañar la restitución con medidas más amplias que propugnan por un (re)establecimiento del derecho a habitar una vivienda digna, y que en general, apuntan a procurar el goce efectivo de derechos, como lo son las disposiciones sobre generación de

¹²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de abril de 2011, radicado n° 34547, MP: María del Rosario González Muñoz, p. 360.

ingresos y acceso a créditos agrarios, lo cual hace parte también de regulaciones más relacionadas con el desarrollo rural.

A través de la promulgación de la Ley 1448 de 2011 y tal como además lo empezó a evidenciar la Corte Constitucional, se dio una muestra del compromiso del gobierno nacional y del legislador para que la restitución y el retorno de población desplazada de sus zonas de expulsión funcione como un elemento fundamental para lograr su estabilización socioeconómica y su reparación integral, y de paso se verifiquen los avances positivos en la superación del estado de cosas inconstitucional que hasta la fecha aún persiste. Como expresión de la restitución de tierras transformadora, buena parte de los elementos incorporados antes señalados en la Ley 1448 de 2011, como lo son, el progreso hacia la formalización en la propiedad de la tierra, el acceso a créditos agropecuarios, y el acompañamiento en asistencia técnica a proyectos productivos, entre otros, forman a su vez parte de los *acuerdos de paz* en el tema agrario alcanzado con las FARC en la mesa de negociación de la Habana. Se espera que estos temas agrarios sean desarrollados con mayor extensión y detalle a través la Ley de Desarrollo Rural que (y como la misma ley lo prevé) necesariamente complementa las disposiciones de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, y cuyo diseño ha de obedecer al acuerdo de paz obtenido con la guerrilla.¹²³

Una vez aclarado lo anterior, en esta sección del capítulo se expondrán en sus apartes más relevantes 15 sentencias de restitución de tierras proferidas en el marco de la Ley 1448 –8 corresponden al departamento de Putumayo, 4 al departamento de Bolívar y 3 al departamento del Meta. La referencia a estas sentencias se realizará agrupando los casos por departamento, señalando lo más relevante de cada uno de ellos para efectos de la presente investigación. A partir de estas decisiones judiciales se analizarán las formas en

¹²³ Cfr. Artículo 206 de la Ley 1448 de 2011.

que jueces y magistrados especializados han interpretado y ordenado diversas acciones en desarrollo de la aplicación del principio transformador en la restitución de tierras. Para efectos metodológicos, en este estudio se adelantó una selección de fallos que ahondaran en aspectos relacionados con este principio, luego de haber realizado una revisión de 30 de ellos proferidos a 31 de mayo de 2013. Dada la masividad en la producción de fallos de restitución, en esta sección se reseñan algunas sentencias a manera de muestra para la investigación, no pretendiendo con ello obtener conclusiones definitivas que no puedan ser desmentidas con otras instancias de aplicación.¹²⁴

El criterio para la selección de fallos estuvo en la identificación de las órdenes dispuestas en su parte resolutive que estuvieren relacionadas con la participación de las víctimas, el enfoque de género (dentro del enfoque diferencial) y las medidas de carácter colectivo que más fácilmente manifiestan el contenido transformador en la restitución. El propósito de esta sección del capítulo es indagar por los avances judiciales del principio transformador en la restitución de tierras, más allá de las previsiones transformadoras consagradas en la Ley 1448 de 2011 que hacen parte de este mismo concepto.

Como se anunciaba, la fecha de corte para la selección de fallos fue el 31 de mayo de 2013, época en la cual no se contaba con un número considerable de sentencias; por ello se reitera que resulta apresurado emitir consideraciones categóricas a la manera de una generalización indebida en las conclusiones que se obtengan de este estudio. No obstante, este trabajo parte de la impresión de que a partir de estos análisis de los primeros fallos de

¹²⁴ De acuerdo con una reunión sostenida el 15 de julio del 2013, Juan Carlos Betancourt, magistrado auxiliar de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, expresó que terminando el año 2013 se calcula que los jueces y magistrados de restitución han de proferir en promedio unas 1500 sentencias, teniendo una proyección a 10 años de unos 37.000 casos fallados aproximadamente.

restitución sí es posible identificar tendencias importantes en la práctica judicial de aplicación del principio transformador de la restitución de tierras.

De este modo, a continuación se hará una presentación sucinta de los contextos territoriales de los cuales emergieron los casos que se estudian, para entender los hechos de estos fallos seleccionados y las pretensiones alegadas por el demandante. Seguidamente se procederá a exponer la estructura en la argumentación jurídica del juez para soportar las órdenes proferidas, las cuales serán finalmente objeto de análisis a la luz del concepto de restitución de tierras transformadora.

2.1 Bolívar

A este departamento pertenece el corregimiento de Mampuján, lugar en el cual habitaban 338 grupos familiares que en el año 2000 fueron desplazados por un grupo de hombres pertenecientes al Bloque Héroes de los Montes de María de las AUC, que de manera violenta ingresaron a esta población y con amenazas directas exigieron la salida inmediata de sus habitantes. Luego de sucesivas reubicaciones temporales, esta familias se dividieron en tres grupos: unas se reasentaron en el sector urbano del municipio de María la Baja, otras en la vereda El Sena del mismo municipio, y un tercer grupo se reubicó en la ciudad de Cartagena.

Como se anunció anteriormente, estos hechos fueron objeto de investigación y juzgamiento en sentencia penal condenatoria proferida en Justicia y Paz, disponiendo en primera instancia la realización de diversas medidas de reparación del daño colectivo. No obstante,

en segunda instancia la Sala de Casación Penal aclaró que “la autoridad judicial dentro del proceso de justicia y paz, no puede ordenar a las entidades públicas la ejecución de obras como se dispuso en la sentencia impugnada, en la medida en que esta situación resquebraja el postulado de separación de poderes consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política no pudiendo el juez, bajo ninguna circunstancia arrogarse funciones que constitucionalmente no le son deferidas”, y por ende la providencia sustituyó la orden por un mero exhorto al cumplimiento del fallo.¹²⁵

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, en octubre de 2012 un juez civil especializado en restitución de tierras del Carmen de Bolívar, profirió el primer fallo de restitución de tierras del país en favor de 15 solicitantes del corregimiento de Mampuján.¹²⁶ Después de este primer fallo y durante los cuatro meses siguientes, este mismo juez expidió 3 sentencias más beneficiando a 21 solicitantes de la misma región.¹²⁷

En estas sentencias se planteó como pretensión principal la formalización de la relación jurídica de las víctimas con los predios solicitados, las cuales detentaban el poder material sobre bienes baldíos, y en consecuencia, se solicitó la adjudicación de los predios junto con la restitución en cada uno de los casos. Así mismo, se solicitó la implementación de los programas de alivios y/o exoneración de los pasivos como medida con efecto reparador, para garantizar el goce efectivo del derecho a la restitución.

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de abril de 2011, radicado n° 34547, MP: María del Rosario González Muñoz, p. 55.

¹²⁶ Cfr. Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 16 de octubre de 2012, radicado 001.

¹²⁷ Cfr. Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 23 de noviembre de 2012, radicado 001; Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 3 de diciembre de 2012, radicado 002; Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 5 de febrero de 2013, radicado 0010.

El juez en el marco de estos fallos, realizó un análisis legal y jurisprudencial del derecho fundamental a la restitución de tierras despojadas por la violencia en un contexto de justicia transicional, y allí se basó en la consideración realizada por la Corte Constitucional en sentencia T-159 de 2011, afirmando que la reubicación y restitución de la tierra a la población en situación de desplazamiento reviste especial importancia puesto 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”.¹²⁸ Asimismo, recordó el enfoque restitutorio propio del modelo de justicia correctiva que –como ya se ilustró en el primer capítulo- tiene como finalidad que las víctimas puedan volver a la situación en la que se encontraban antes del daño sufrido, en este caso del desplazamiento forzado.

Cabe señalar que en la primera sentencia de restitución del juez especializado en el caso Mampuján, la mayor aproximación al principio transformador de la restitución de tierras en la argumentación judicial estuvo en afirmar que se debía procurar alcanzar las condiciones necesarias para superar las situación de vulnerabilidad de las víctimas, a través de la implementación de las medidas de especial protección tomadas a su favor.¹²⁹ No obstante, en las siguientes sentencias, el juez abandona este argumento y reitera lo dicho por la Sala de Casación Penal que estableció que “la reparación por vía judicial dentro del contexto transicional debe tener una visión transformadora respecto de daños originados o

¹²⁸ Cfr. Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 16 de octubre de 2012, radicado 001.

¹²⁹ Cfr. Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 16 de octubre de 2012, radicado 001.

causalmente vinculados con las graves violaciones de derechos humanos a que fueron sometidas la víctimas”.¹³⁰

De manera posterior el juez se refirió a la ocupación como hecho relevante y creador de derechos a la luz de las normas agrarias sobre adjudicación de baldíos, por ser los predios solicitados de propiedad de la nación. Con ocasión de esta solicitud, de una manera más clara el juez hizo alusión a la oportunidad de mejorar las condiciones de las víctimas con voluntad de retornar, por medio de la formalización de la propiedad de la tierra y contribuir en la no repetición de los hechos que facilitaron el despojo.¹³¹

Luego de la individualización de los solicitantes, de la identificación de cada predio y de la determinación de la relación jurídica entre ambos, el juez procedió a clasificar las órdenes del fallo. Unas las denominó “órdenes para garantizar la efectividad de la restitución jurídica y material de los bienes inmuebles y la estabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos de los solicitantes” y las otras las ubicó genéricamente en la parte resolutive del fallo.¹³² En relación con las primeras, bajo el imperativo de garantizar que se logre mejorar la situación de vulnerabilidad y de precariedad de las víctimas que se benefician con este fallo, el juez ordenó la presentación de un informe detallado sobre el cumplimiento de las medidas exhortadas por el juez de Justicia y Paz, las cuales fueron, entre otras:

1. La construcción de un centro educativo.

¹³⁰ Cfr. Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 23 de noviembre de 2012, radicado 001; Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 3 de diciembre de 2012, radicado 002 y Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 5 de febrero de 2013, radicado 0010

¹³¹ Cfr. Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 16 de octubre de 2012, radicado 001.

¹³² Sin ánimo de agotar todas las órdenes dadas, acá se hará referencia a aquellas relevantes para el estudio que aquí se adelanta. Cfr. Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 16 de octubre de 2012, radicado 001; Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 23 de noviembre de 2012, radicado 001.

2. La adecuación de la vía pública de Mampuján.
3. La implementación de un programa de recuperación de la producción.
4. La construcción de un centro de acopio y la dotación de un camión.¹³³

Del mismo modo, el juez se reservó la facultad de adoptar medidas a futuro en cuanto fuere necesario para garantizar el goce material y efectivo de los predios formalizados. Aquí se destaca que las órdenes establecidas en la parte resolutive del fallo consistieron en ordenar todas las acciones tendientes a la restitución jurídica de los predios solicitados mediante su adjudicación y entrega material de los inmuebles con acompañamiento de la Fuerza Pública.

De esta manera, los primeros fallos de restitución de tierras proferidos en el país por los jueces de restitución y que involucran hechos juzgados en sede de Justicia y Paz, muestran una de las tensiones más fuertes que se ha expuesto a lo largo de este trabajo con ocasión al concepto de restitución de tierras transformadora: se trata del alcance de los poderes del juez para ordenar a la institucionalidad la garantía del goce efectivo de derechos económicos, sociales, y culturales de la población víctima –la cual es una obligación progresiva del Estado para con toda la población vulnerable– que se da con la oportunidad de un fallo de restitución.

En este caso, se ve claramente como el juez pese a que divide las órdenes dadas con ocasión al seguimiento de los exhortos y aquellas propias de la restitución, mantiene su competencia para hacer seguimiento en uno y otro caso, al considerar que con el cumplimiento de las primeras se podrá garantizar el mejoramiento de la situación de vulnerabilidad y de precariedad de las víctimas que se benefician con los fallos. Esto

¹³³ Esta división de órdenes se realizó únicamente en la primera y segunda sentencia de las providencias relacionadas con el caso Mampuján.

constituye un vínculo importante que da alcance a los dos tipos o modelos ideales de justicia –la correctiva y la distributiva–, materializables a través de una acción coordinada de la institucionalidad.

2.2 Putumayo

Putumayo es el departamento con mayor expulsión de hogares después del Cauca, con una cifra de 30,86% (2.936 hogares, 11.693 personas) de población desplazada. No obstante, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1448 de 2011, no se profirieron sentencias que decretasen la restitución en esta zona del país, como sí sucedió en Antioquia y algunos departamentos de la costa Caribe.¹³⁴ Solo hasta mayo del 2013, un juez civil especializado en restitución de tierras profirió en el mismo mes 9 sentencias a favor de 25 núcleos familiares (83 personas), en donde se ordenó la restitución de más de 15 predios ubicados en los municipios de Valle del Guamuez y Villa Garzón, específicamente en los corregimientos de El Placer y La Castellana, respectivamente.

Los hechos de los 8 fallos se remontan al año 2000, momento en el cual debido a los constantes enfrentamientos entre la guerrilla y los paramilitares en el marco del conflicto armado interno, la mayoría de los solicitantes asentados en la zona que comprende el municipio del Valle del Guamuez, quienes ostentaban la calidad de propietarios, poseedores y/o ocupantes, se vieron obligados a desplazarse de su predio junto con sus

¹³⁴ Cifras consolidadas por la Defensoría Delegada para los Derechos de la Población Desplazada de la Defensoría del Pueblo. Cfr. Comisión de Seguimiento de los Organismos de Control, “Segundo informe de seguimiento y monitoreo a la implementación de la ley de víctimas y restitución de tierras 2012-2013”, disponible en:

http://www.secretariassenado.gov.co/INFORMES%20DE%20SEGUIMIENTO%20Y%20MONITOREO%202013/Informe%20victimas%202013_CSML.pdf

familiares. Otros solicitantes, fueron desplazados de los predios ubicados en el municipio de Villa Garzón, debido a la abstención del pago de vacunas impuestas por la guerrilla, el asesinato de familiares a manos de paramilitares y las constantes amenazas provenientes de estos actores ilegales armados.

En todos estos casos analizados la Unidad de Restitución, entidad que por su especialidad representa judicialmente a la víctima en el proceso de restitución –lo cual es una facultad potestativa de la víctima, también puede nombrar abogado de confianza–, solicitó en los 8 fallos la protección del derecho fundamental a la restitución de tierras del solicitante en su calidad de víctima y propietaria del bien, a través de la restitución jurídica y material del inmueble o la adjudicación del bien, para aquellos que fueron ocupantes de baldíos y acreditaron los requisitos para la titulación.¹³⁵

En relación con los pasivos contraídos por las víctimas durante la época del despojo o abandono forzado, la Unidad de Restitución solicitó la aplicación de las medidas con efecto reparador contempladas en la Ley 1448, como el alivio, exoneración o condonación de las deudas por concepto de tributos, servicios públicos domiciliarios y créditos bancarios, entre otros.¹³⁶ Todo lo anterior, en desarrollo del deber de garantizar la prevalencia de los derechos de las víctimas y del derecho al retorno o reubicación voluntaria en condiciones de sostenibilidad, seguridad, y dignidad.

Es de destacar que estos casos comparten un modelo de argumentación jurídica para supuestos fácticos en sí mismos similares. En estos casos el juez civil de restitución se

¹³⁵ Cfr. Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Mocoa, sentencia del 9 de mayo de 2013, radicado 00045; Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Mocoa, sentencia del 10 de mayo de 2013, radicado 00046, 00047, 00050 y 00051; Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Mocoa, sentencia del 14 de mayo de 2013, radicado 00052, 00053 y 00055. Artículo 91 Ley 1448 de 2011.

¹³⁶ Cfr. Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Mocoa, sentencia del 14 de mayo de 2013, radicado 00052. Artículo 121 Ley 1448 de 2011.

refiere al componente de retornos y reubicaciones como una obligación del Estado para garantizar el goce efectivo de los derechos de las víctimas de desplazamiento forzado. Esto último se logra a través del diseño de esquemas especiales de acompañamiento, que tienen como fin principal la cesación de la condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta de las personas retornadas o reubicadas.¹³⁷

Sumado a lo anterior, el juez civil de restitución hace mención explícita a su facultad otorgada por la Ley 1448 para ejercer control judicial sobre las medidas de restitución ordenadas luego de la ejecutoria de la sentencia. Así, el juez mantiene la competencia en el caso hasta tanto “estén completamente eliminadas las causas de la amenaza sobre los derechos del reivindicado en el proceso”, fenómeno similar al que opera con el juez constitucional en seguimiento al estado de cosas inconstitucional.¹³⁸

Finalmente, en todos los casos analizados el juez ordena el cumplimiento de acciones a diversas entidades del orden nacional y territorial, con el fin de garantizar la restitución jurídica y material de los predios solicitados y la efectividad del derecho a la restitución. Algunas de estas órdenes que cuentan con elementos del principio transformador fueron:

1. Declarar, reconocer y proteger el derecho fundamental a la restitución y/o formalización de los solicitantes.
2. Desarrollar un sistema de alivio y/o exoneración de pasivos, por concepto de impuestos municipales y servicios públicos, relacionados con el predio restituido.
3. Elaboración de un plan de retorno para las veredas comprometidas, en sus diversas etapas (diagnóstico, implementación, ejecución y evaluación), y con los componentes

¹³⁷ Cfr. Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Mocoa, sentencia del 10 de mayo de 2013, radicado 00051.

¹³⁸ Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Mocoa, sentencia del 14 de mayo de 2013, radicado 00055.

legales y reglamentarios, el cual deben participar las víctimas y/o sus representantes y todas aquellas entidades que pertenecen al Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas.¹³⁹

4. Brindar las medidas de seguridad que se requieran para garantizar la materialización de lo dispuesto en el fallo.

Tres meses luego de haber sido proferida la primera sentencia de restitución de tierras en el departamento de Putumayo, el juez primero civil del circuito especializado en restitución de tierras de Mocoa, expidió un auto interlocutorio dirigido a todas las entidades encargadas de hacer cumplir las órdenes contenidas en sus fallos.¹⁴⁰ En este auto el juez llamó la atención respecto de la falta de participación activa de los beneficiarios de los fallos proferidos, en la formulación de los planes de retornos y reubicaciones, conforme al “protocolo de participación de las víctimas del conflicto armado” ordenado, a través del cual el Estado garantizaría, en condiciones de igualdad y equidad, la participación efectiva de las víctimas.¹⁴¹ Se trata del único auto interlocutorio emitido hasta el momento por los jueces de restitución de tierras en donde se solicita la participación de las víctimas, lo cual permite evidenciar la adopción de la aproximación *desde abajo* en las medidas que están sujetas a la restitución de tierras.¹⁴²

¹³⁹ Entre otros, atención psicosocial, vivienda, seguridad alimentaria, ingresos, trabajo, proyectos productivos, salud, educación, capacitación, mecanismos reparativos en relación con los créditos y pasivos, medidas de satisfacción, prevención, protección y garantías de no repetición.

¹⁴⁰ Cfr. Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Mocoa, auto interlocutorio del 8 de agosto de 2013, No. 00263.

¹⁴¹ El protocolo de participación es un mecanismo por medio del cual el Estado garantiza en condiciones de igualdad y equidad, la participación efectiva de las víctimas, en el diseño, implementación y seguimiento al cumplimiento de la Ley 1448, de sus planes y programas, a través de la creación de espacios de participación municipal, departamental, distrital y nacional. De este modo se asegura que las instancias y entidades públicas encargadas de la implementación de la ley tengan en cuenta las peticiones y observaciones presentadas por las víctimas.

¹⁴² Afirmación realizada en entrevista del 12 de agosto de 2013, por Héctor Ruiz, funcionario del Equipo de Tierras de la UARIV, que está encargado de realizar el seguimiento al cumplimiento de las órdenes de los fallos de restitución de tierras al interior de esta entidad.

Las órdenes dadas por el juez de restitución en los fallos expuestos en este apartado, así como el llamado que hace en el auto interlocutorio, es tal vez el esfuerzo más claro de buscar implementar una restitución de tierras transformadora *desde abajo* que cuente con el papel activo de las víctimas en la construcción de las medidas de reparación que son proferidas para la satisfacción de los derechos vulnerados. No obstante lo anterior, en los 8 fallos se muestra cómo la participación de las víctimas en la etapa judicial es precaria, toda vez que si bien la Unidad de Restitución, dado su conocimiento técnico en la materia, es la llamada a representar a las víctimas en el proceso de restitución, es fundamental que las víctimas también puedan elegir su representación judicial, e incluso se les permita una participación en la etapa administrativa mediante el aporte de herramientas de utilidad al proceso, como por ejemplo lo puede ser, el levantamiento de mapas sociales.

2.3 Meta

Del total de área demandada en el país para fines de restitución, el departamento donde se ha solicitado mayor extensión de tierra ha sido Meta con el 24,8%. En cuanto al porcentaje de solicitudes presentadas teniendo en cuenta el enfoque diferencial de género, son los hombres quienes más han promovido la solicitud de restitución de tierras con un 66%, frente a un 34% de mujeres.¹⁴³

En los 3 fallos de restitución de tierras de la jurisdicción de Meta analizados, los jueces ordenaron, conforme a la atención preferencial para las mujeres en los trámites administrativos y judiciales del proceso de restitución, medidas específicas de reparación

¹⁴³ Cfr. Comisión de Seguimiento de los Organismos de Control, *Segundo informe de seguimiento y monitoreo a la implementación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*, agosto de 2013.

complementarias a la restitución, como por ejemplo, la atención prioritaria a mujeres madres cabeza de hogar para el acceso a los programas de subsidios, programas productivos y atención psicosocial.¹⁴⁴

Las solicitantes habitaban en la vereda de Tillavá, municipio de Puerto Gaitán, zona que históricamente ha padecido la violencia producto del conflicto armado interno. Desde 1980 hasta la fecha han convergido en la zona diversos grupos armados ilegales como las FARC y las Autodefensas Campesinas del Meta y Vichada, que han librado una lucha a muerte por el territorio, desplegando acciones violentas en contra de la población civil como amenazas, asesinatos y despojo de tierras explotadas económicamente. En todos los casos, las víctimas son mujeres campesinas que no tenían la titularidad de la tierra por estar en cabeza de sus compañeros o padres y que, representadas por la Unidad de Restitución, reclaman su derecho fundamental a la restitución jurídica y material de los predios abandonados por causa del desplazamiento forzado.

El juez civil del circuito especializado en restitución de tierras del Meta, analizó los 3 casos bajo un esquema argumentativo similar, en donde resaltó el principio transformador contenido en el artículo 25 de la Ley 1448 de 2011 que impone el deber, no solo de poder devolver a las víctimas a la situación en la que se encontraban antes de su victimización, sino que además, se convierta en una oportunidad para mejorar sus condiciones de vida.¹⁴⁵

Al referirse al enfoque diferencial de los derechos de las mujeres en materia de restitución, el juez trajo a colación la compleja situación de la mujer campesina en el marco del conflicto armado, desde su situación desigual frente a oportunidades brindadas a la

¹⁴⁴ Cfr. Artículos 114 a 118 de la Ley 1448 de 2011.

¹⁴⁵ Cfr. Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Villavicencio, sentencia del 14 de abril de 2013, radicado 00089; Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Villavicencio, sentencia del 2 de abril de 2013, radicado 00093; Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Villavicencio, sentencia del 22 de abril de 2013, radicado 00111.

población masculina por la prevalencia de patrones estructurales de discriminación y marginalización, hasta la traumática situación que se ve obligada a enfrentar por la pérdida violenta de sus seres queridos, lo cual implica la asunción de diferentes roles.

De acuerdo a las providencias analizadas, la situación jurídica de las mujeres con la propiedad, especialmente en el ámbito rural, ha estado mediada por el hombre, produciendo una falta de reconocimiento social de su derecho a la propiedad, lo cual a su vez ha contribuido al desconocimiento del papel de las mujeres en la agricultura y las economías campesinas.¹⁴⁶

Asimismo, la violencia ejercida en un contexto de opresión, discriminación, marginación, y exclusión de las mujeres del país impide el goce efectivo de sus derechos, entre ellos el derecho a la propiedad, toda vez que los patrones culturales ordinarios preexistentes son potenciados y degenerados por los actores armados, afectando de manera diferencial y agudizada a este género.¹⁴⁷

En consecuencia, y con el fin de proveer a la mujer –como sujeto de especial protección constitucional– garantías de no repetición, en tanto componente de la reparación integral, a través de la adopción de medidas tendientes a la no discriminación y exclusión que permitieron el abandono forzado de sus tierras y reivindicar de alguna forma el derecho a la propiedad, a la tierra, a la reintegración económica de la mujer rural en la actividad agrícola y la economía campesina, el juez en estos casos ordenó:

1. Restitución y formalización de predio solicitado.
2. Exoneración del pago de tributos, servicios públicos domiciliarios y deudas financieras.

¹⁴⁶ Cfr. Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Villavicencio, sentencia del 22 de abril de 2013, radicado no. 00111.

¹⁴⁷ Cfr. Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Villavicencio, sentencia del 14 de abril de 2013, radicado no. 00089.

3. Atención prioritaria.
4. Dar prioridad a las mujeres beneficiarias con la formalización de las tierras ocupadas con vivienda rural.
5. Brindar a la solicitante un programa especial en materia de crédito, educación, capacitación, recreación y planes de reforestación.
6. Reunir y recuperar todo el material documental, testimonial y cualquier otro medio que tenga que ver con el conflicto armado vivido en la región del Tivallá, (Puerto Gaitán, Meta).

En los fallos correspondientes al departamento del Meta, se puede evidenciar de manera temprana, la relación que existe entre la decisión proferida por el juez de restitución y la aplicación de un principio transformador de la restitución de tierras con enfoque diferencial. En estos casos el juez no solo ordenó la restitución jurídica y material de los predios solicitados por mujeres campesinas víctimas del despojo, reconociendo su derecho a la propiedad que antes se encontraba mediada por su compañero, sino además ordenó el acompañamiento a la restitución con otras medidas de carácter económico y social que contribuyen a la sostenibilidad del retorno a su predio y a superar las condiciones de exclusión y vulnerabilidad en las que históricamente ha estado inmersas la mujer rural.

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES: LOS AVANCES DE UNA POLÍTICA JUDICIAL DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS TRANSFORMADORA

La presente tesis de grado ha buscado mostrar la existencia de una serie de pronunciamientos judiciales que se enmarcan dentro de lo que aquí se ha categorizado como una política judicial de restitución de tierras transformadora. Estas providencias proferidas desde distintas jurisdicciones tienen un patrón de enlace, que está dispuesto por la necesidad de concebir una política pública dirigida a operar una transformación democrática en el ámbito rural a través de la restitución de tierras. A manera de evaluación del estudio hasta aquí adelantado sobre esta materia, y tomando como referentes teóricos los elementos de análisis anteriormente establecidos, es posible concluir y destacar lo siguiente:

1. La concepción de la restitución de tierras transformadora en el contexto transicional colombiano responde a los esfuerzos por incorporar en lo local el modelo ideal de justicia transicional integral, el cual se define a través de los equilibrios en los componentes de verdad, justicia, reparación, y garantías de no repetición. Este concepto central de la presente tesis de grado se ubica en la evolución de la reparación con un enfoque clásico o puramente indemnizatorio, a un nuevo replanteamiento de la reparación integral, que implica la adopción en conjunto de medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, y de garantías de no repetición, tratándose del plano individual; mientras que en el plano colectivo –y aquí se resalta el avance hacia el reconocimiento de daños colectivos–, supone la realización de medidas de satisfacción de alcance general tendientes a restaurar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas.

Si bien los desarrollos recientes de la reparación integral están dirigidos a la compensación de las dimensiones individuales y colectivas de los daños producidos por los hechos victimizantes, el planteamiento del principio transformador de las reparaciones intenta avanzar más allá de estos límites, procurando eliminar las causas estructurales del conflicto armado, a través de los mecanismos propios de la política social que posibilitan el goce efectivo de los derechos constitucionales de poblaciones vulnerables y marginales, tradicionalmente excluidas de la vida social y política del país. En ese entendido, la reparación constituye una oportunidad para la construcción de ciudadanía de sociedades que procuran superar un pasado, o como es el caso colombiano, un presente de conflicto armado.

2. La creación, diseño y elaboración de una política judicial en torno a la restitución de tierras transformadora comenzó con el seguimiento de la Corte Constitucional al *estado de cosas inconstitucional* de la población desplazada por la violencia, y continuó luego desarrollándose a través de los pronunciamientos judiciales que tuvieron lugar con ocasión de los procesos penales de Justicia y Paz. Estos elementos de política judicial marcaron las pautas y los lineamientos para la fijación e implementación de una política pública a nivel general del Estado sobre la materia, finalmente reflejada en la promulgación de la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Actualmente, la jurisdicción especializada creada por esta ley tiene la competencia para la interpretación y aplicación del principio transformador en la resolución de casos concretos que versen sobre la restitución de tierras.

3. El principio transformador en la restitución de tierras, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, se concreta mediante la realización de las siguientes medidas, adoptadas

además por la Ley 1448: la formalización y el reconocimiento del derecho a la propiedad, a través de la consolidación de las relaciones jurídicas informales –posesión u ocupación–, siempre que se cumplan los requisitos legales; la flexibilización de la carga probatoria en la acreditación de los derechos sobre el inmueble, a través de disposiciones que establecen presunciones de hecho y la inversión de la carga probatoria; el retorno o reubicación de las víctimas a sus predios en condiciones de seguridad y con estabilidad socioeconómica, a través del acompañamiento *posrestitución*, el cual está constituido por la provisión de medidas adicionales como lo son la generación de ingresos, la asistencia técnica, y el acceso a créditos, entre otros (medidas éstas que se identifican con las políticas de desarrollo rural); y la participación activa de las víctimas en la elaboración de los planes y programas encaminados a la satisfacción de las necesidades sociales preexistentes y posteriores.

Todas estas medidas habían sido de antemano identificadas por la jurisprudencia, particularmente a través del Auto 008 de 2009, en el cual la Corte delineó los elementos que debían incluir la política de tierras para las víctimas del desplazamiento forzado por la violencia. Además de las medidas anteriormente reseñadas, en este auto se estableció que dicha política debía contener, por lo menos, un sistema de actualización catastral que permitiera identificar la titularidad de la tierra, así como la incorporación del enfoque diferencial en su aplicación, y en términos generales, la creación de una serie de medidas y acciones destinadas a incrementar el acceso a la propiedad de la tierra de población desplazada, en un esfuerzo por profundizar el marco legal de la reforma agraria.

4. La adopción de estas medidas de la política judicial de restitución de tierras transformadora en la Ley 1448 de 2011, es una demostración del rol judicial en la creación

y fijación de políticas públicas, que obedece a la corriente teórica conocida como “nuevo constitucionalismo”, y que por consiguiente, constituye un desarrollo de las nuevas aproximaciones al principio constitucional de colaboración armónica entre las ramas del poder público. Como se tuvo oportunidad de constatar, la jurisdicción constitucional en seguimiento al estado de cosas inconstitucional y la jurisdicción especial de Justicia y Paz, fueron los escenarios judiciales donde se promovió, en tiempos de déficit de una política pública sobre la materia, la instauración y la implementación de la política de restitución de tierras transformadora. Por lo tanto, más que una “usurpación indebida o ilegítima de funciones”, el activismo judicial sobre la restitución de tierras, y en general, sobre el desplazamiento forzado, ha contribuido significativamente a la creación y planeación de soluciones efectivas, más cuando se ha hecho manifiesta una situación de bloqueo institucional alrededor de esta problemática.

Incluso, avanzando a otro nivel de análisis, es posible destacar de modo más vehemente la función judicial ejercida en torno a la restitución de tierras transformadora. Si se trae a colación los contenidos de reforma agraria que hacen parte de los *acuerdos de paz* suscritos entre la guerrilla y el gobierno nacional, se puede constatar cómo existe una identidad entre las medidas de la política judicial en torno a la restitución transformadora y ciertos puntos específicos allí pactados. Así, el pacto de paz sobre desarrollo rural integral incluye la creación de mecanismos de **acceso integral a la tierra** (entre ellos, la asistencia técnica, los programas de riego, la creación de líneas especiales de crédito, la subvención para la adquisición de tierras, así como la provisión de bienes y servicios públicos tales como vías, salud, educación, y agua potable), los esfuerzos por continuar progresivamente hacia la **formalización de la propiedad de la tierra**, la formación y la **actualización del catastro**

rural, una **jurisdicción agraria** especializada en la solución de conflictos sobre la propiedad, entre otros.¹⁴⁸ En tal sentido, es posible afirmar que a través de los avances de política judicial producidas en las distintas jurisdicciones, los jueces en Colombia que arbitran sobre cuestiones relacionadas con el desplazamiento forzado han venido ejecutando implícitamente acuerdos de paz en desarrollo del principio transformador de las reparaciones, cuyo objetivo está en eliminar las causas estructurales del conflicto armado interno.¹⁴⁹

5. El activismo judicial en torno a una restitución de tierras transformadora puede ser explicado a través de los elementos teóricos de la decisión judicial anteriormente desarrollados en el primer capítulo del presente trabajo: (i) la interpretación de contexto, abandonando las fórmulas clásicas de literalidad, buscando significados jurídicos aún más allá de lo estrictamente escrito en la ley; lo cual a su vez se relaciona con (ii) el papel del juez como articulador de las necesidades sociales demandadas en un tiempo y un territorio determinados; y cuyo (iii) ejercicio de poder es esencialmente autorestringido por los límites constitucionales y legales que debe observar en la promulgación de la sentencia, sin poder obtener resultados dictados libremente por las inclinaciones personales de justicia material, v.gr, la competencia para ordenar gasto público en desarrollo del principio transformador de las reparaciones individuales y colectivas.

¹⁴⁸ Cfr. *Primer informe conjunto de la mesa de conversaciones entre el gobierno de la Republica de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, FARC-EP*, La Habana, 21 de junio de 2013, pp. 7-12, disponible en:

<https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/primer-informe-conjunto-de-la-mesa-de-conversaciones-entre-el-gobierno-de-la-rep%C3%BAblica>.

¹⁴⁹ En efecto, en el texto de este informe antes citado se lee: “La Reforma Rural Integral (RRI) debe ser el inicio de transformaciones estructurales de la realidad rural y agraria de Colombia con equidad y democracia, contribuyendo así a la no repetición del conflicto y a la construcción de una paz estable y duradera”. *Ibíd.*, p. 7.

6. Como se ha sostenido a lo largo de la presente tesis de grado, la aplicación de una restitución de tierras transformadora vía judicial va más allá de devolver a la víctima a la situación en la que se encontraba antes de la ocurrencia de los hechos de despojo. La propuesta de la restitución transformadora apunta a derribar las barreras económicas, sociales, y culturales de marginación y exclusión de colectividades tradicionalmente discriminadas, que obstaculizan el acceso al goce efectivo de derechos, entre ellos, el de la propiedad sobre la tierra. Los casos analizados de las sentencias proferidas por los jueces de restitución especializados en los departamentos de Bolívar, Putumayo y Meta, son una muestra de estos esfuerzos judiciales por eliminar, en casos concretos, la repetición de patrones de exclusión y marginalidad de poblaciones vulnerables.

Pese a que ha habido importantes avances en buscar una participación de las víctimas en los planes de reparación integral y en las medidas de restitución de tierras y *posrestitución*, la escasa participación de las víctimas en los procesos de restitución de tierras reflejan la dificultad en alcanzar una reparación transformadora *desde abajo*, que permita dar voz y empoderar a las víctimas en la definición de los aspectos esenciales que reclama su territorio. Esto fue evidenciado particularmente con el estudio de casos adelantado sobre el departamento de Putumayo.

Los fallos proferidos con ocasión al caso de Mampuján evidenciaron la vocación transformadora de la reparación colectiva, en tanto que el juez de restitución de tierras, basado en los exhortos de los jueces de Justicia y Paz, ordenó acciones encaminadas a la articulación de medidas materiales de reparación colectiva con otras que hacen parte de la política pública dirigida a población vulnerable. Así, los exhortos para levantar una escuela pública y un centro de salud, la construcción de un lugar de recreación y la adecuación de la

vía pública, constituyen medidas de reparación colectiva con carácter transformador que se confunden con las acciones afirmativas o de política social del Estado social de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Alejandro Aponte, director del Área de Justicia del Observatorio Internacional de la Ley de Justicia y Paz del CITpax, “Dinámica de la reparación en el proceso penal especial de Justicia y Paz. Elementos para discernir un sistema general de reparaciones en el marco de la justicia transicional en Colombia”, en: Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, *Cuarto Informe*, CITpax, Madrid-Bogotá, 2011.

Alejandro Aponte, “Colombia”, en: Kai Ambos (editor), entre otros, *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009.

Alejandro Aponte, “Análisis crítico de la jurisprudencia penal nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano”, en: Kai Ambos (editor), entre otros, *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Fundación Konrad-Adenauer, Universidad de Göttingen, Montevideo, 2008.

Alejandro Aponte, *Protocolo para una posible armonización de la restitución de tierras en la Ley de Justicia y Paz y la nueva Ley de Víctimas*, Programa de Políticas Públicas, USAID-ARD, Bogotá, abril de 2008.

Ana Daza, *Guía sobre herramientas para la reparación colectiva*, Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, USAID, y OIM, Bogotá, 2013.

Alejandro Martínez Caballero, “Tipos de sentencias en el control de constitucionalidad de las leyes: la experiencia colombiana”, en: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, número 1, volumen 2, Bogotá, 2000.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Desplazamiento forzado, tierras y territorio. Agendas pendientes: la estabilización socioeconómica y la reparación*, Colección Cuadernos INDH, PNUD, Bogotá, 2011.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Resolución 60/147, 16 de diciembre de 2005, U.N. Doc. A/Res/60/147.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho

internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Resolución 160/47 del 21 de marzo de 2006, U.N. Doc. A/RES/60/147.

ACNUR, “Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons”, citado en: César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá, 2010.

ACNUR, “Balance de la política pública para la atención integral al desplazamiento forzado en Colombia”, citado en: César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, Bogotá, 2010.

Baltasar Garzón (coordinador), *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*, Misión de apoyo al proceso de paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos (Mapp-OEA), Bogotá, 2011.

Cesar Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, DeJusticia, Bogotá, 2010.

Clara Elena Reales y Juan Torres Mantilla, *Los caminantes invisibles. La experiencia de la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento. Herramientas para el diseño, la implementación, y el seguimiento de políticas públicas con enfoque de goce efectivo de derechos*, Consejo Noruego para los Refugiados, Bogotá, 2010.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, *Proceso Nacional de Verificación, VI Informe a la Corte Constitucional: La restitución como parte de la reparación integral de las víctimas del desplazamiento en Colombia. Diagnóstico y propuesta de líneas de acción*, Bogotá, 2008.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Reconocer y resarcir debidamente los daños y perjuicios*, Vol. 10, Bogotá, 2011.

Comisión de Seguimiento de los Organismos de Control, “Segundo informe de seguimiento y monitoreo a la implementación de la ley de víctimas y restitución de tierras 2012-2013”, disponible en:

http://www.secretariasenado.gov.co/INFORMES%20DE%20SEGUIMIENTO%20Y%20MONITOREO%202013/Informe%20victimas%202013_CSML.pdf

Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. *Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y Justicia Transicional en sociedades en conflicto y posconflicto*, S/2004/616,

disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>

Duncan Kennedy, “Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica”, en: Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, entre otros, Bogotá, 1999.

Diego López Medina, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias, líneas jurisprudenciales, y teoría del derecho judicial*, Legis, Bogotá, 2008.

Diego López Medina, *La letra y el espíritu de la ley*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, entre otros, Bogotá, 2010.

Harry Mika, “Sobre el concepto de justicia transicional desde abajo”, en: Catalina Díaz (editora), entre otros, *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza, y exclusión*, ICTJ, DeJusticia, Bogotá, 2009.

Human Rights Watch, *El riesgo de volver a casa: violencia y amenazas contra desplazados que reclaman restitución de sus tierras en Colombia*, Estados Unidos de América, 2013.

Informe del Secretario General presentado al Consejo de Seguridad de la ONU, *El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, U.N. Doc. S/2011/634, 12 de octubre de 2011.

Informe final del relator especial Paulo Sérgio Pinheiro, reportero especial para la restitución de la vivienda y el patrimonio de los refugiados y personas desplazadas, *Principios sobre la Restitución de la Vivienda y el Patrimonio de los Refugiados y Personas Desplazadas*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 de junio de 2005.

Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998.

Javier Franco Mongua, *Análisis crítico del impacto económico de la justicia constitucional en Colombia*, Fundación Konrad-Adenauer, Bogotá, 2011.

Jorge Luis Garay (director), “Cuantificación y valoración de las tierras y los bienes abandonados o despojados a la población desplazada en Colombia. Bases para el desarrollo del proceso de reparación”, en: *Décimo primer informe*, Comisión de Seguimiento a la Política Pública de Desplazamiento Forzado, Proceso Nacional de Verificación, Bogotá, enero de 2009.

Jhon Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1973.

Jon Elster, “Land, Justice, and Peace”, en: Morten Bergsmo (editor), entre otros, *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Academic EPublisher and Peace Research Institute Oslo (PRIO), Oslo, 2010.

Juan Felipe García, director del Área de Víctimas, *La reforma al proceso penal de Justicia y Paz y la restitución de tierras desde una perspectiva de las víctimas*, Monográfico del Área de Víctimas, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, CITpax-Colombia, Bogotá, 2013.

M. Cherif Bassiouni, *Los principios de Chicago sobre justicia transicional*, documento elaborado conjuntamente con International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affairs, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Association Internationale de Droit Pénal, 2007.

Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny, “Propuestas para una restitución de tierras transformadora”, en: Catalina Díaz (editora académica), *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*, ICTJ, Bogotá, 2010.

Óscar Guardiola-Rivera y Clara Sandoval Villalba, “Un caballero inglés en la corte del gran Kanh. En torno a los estudios de globalización y derecho de William Twining”, en: William Twining, *Derecho y globalización*, Siglo de Hombre Editores, Instituto Pensar, entre otros, Bogotá, 2005.

Óscar Guardiola-Rivera, “La transformación actual de las ciencias jurídicas: crítica interna radical o, ¿Quién le teme al gobierno de los jueces?”, en: *Revista Universitas*, número 95, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, diciembre 1998.

Pablo Kalmanovitz, “Corrective Justice vs. Social Justice in the Aftermath of War” en: Morten Bergsmo (editor), entre otros, *Distributive Justice in Transitions*, Torkel Opsahl Academic EPublisher and Peace Research Institute Oslo (PRIO), Oslo, 2010.

Primer informe conjunto de la mesa de conversaciones entre el gobierno de la República de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, FARC-EP, La Habana, 21 de junio de 2013,

Ponencia del alto comisionado para la paz Sergio Jaramillo en el foro *Dilemas jurídicos del proceso de paz*, organizado por la Universidad Externado de Colombia, Ámbito Jurídico, y el CITpax-Colombia, que tuvo lugar el día 9 de julio de 2013, publicada por el periódico El Tiempo, disponible en:

http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12796874.html

Roberto Vidal López, *Derecho global y desplazamiento forzado interno. Creación, uso y desaparición del desplazamiento forzado interno por la violencia en el derecho contemporáneo*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón, “Propuestas para una restitución de tierras transformadora”, en: *Tareas pendientes. Propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*, ICTJ, entre otros, Bogotá, 2010.

Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón, “Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática”, en: Catalina Díaz (editora), entre otros, *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza, y exclusión*, ICTJ, DeJusticia, Bogotá, 2009.

Rodrigo Uprimny y María Paula Saffón, *Plan Nacional de Desarrollo y reparaciones. Propuesta de un programa nacional masivo de reparaciones administrativas para las víctimas de crímenes atroces en el marco del conflicto armado*, Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, DeJusticia, Bogotá, 2007.

Rodrigo Uprimny y Diana Esther Guzmán, “En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales”, en: *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, número 17, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2010.

Rhodri Williams “El derecho contemporáneo a la restitución de propiedades dentro del contexto de la justicia transicional”, publicado en: Catalina Díaz (editora), *Reparaciones para las víctimas de la violencia política. Estudios de caso y análisis comparado*, Serie Justicia Transicional, ICTJ, Bogotá, 2008.

NORMATIVIDAD

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 1592 de 2012.

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 1448 de 2011.

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 1424 de 2010.

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 975 de 2005.

República de Colombia, Congreso de la República, Ley 387 de 1997.

República de Colombia, Presidente de la República, Decreto n° 4800 de 2011.

República de Colombia, Presidente de la República, Decreto n° 3391 de 2006.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, auto 219 de 2011, MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, auto 008 de 2009, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, auto 092 de 2008, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sentencia C-462 de 2013, MP: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, sentencia C-771 de 2011, MP: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, sentencia C-1199 de 2008, MP: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, sentencia T-821 de 2007, MP(e): Catalina Botero Marino.

Corte Constitucional, sentencia T-328 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006, MP: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sentencia C-775 de 2003, MP: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, sentencia T-602 de 2003, MP: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2002, MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, sentencia T-327 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia SU-1150 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia T-102 de 1993, MP: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de abril de 2011, radicado n° 34547, MP: María del Rosario González Muñoz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 15 de septiembre de 2010, radicado n° 34740, MP: José Leonidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 13 de diciembre del 2010, radicado n° 34571, MP: Alfredo Gómez Quintero.

Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 16 de octubre de 2012, radicado 001.

Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 23 de noviembre de 2012, radicado 001.

Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 3 de diciembre de 2012, radicado 002.

Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Carmen de Bolívar, sentencia del 5 de febrero de 2013, radicado 0010.

Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Mocoa, sentencia del 9 de mayo de 2013, radicado 00045.

Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Mocoa, sentencia del 10 de mayo de 2013, radicado 00046, 00047, 00050 y 00051.

Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Mocoa, sentencia del 14 de mayo de 2013, radicado 00052, 00053 y 00055.

Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Mocoa, auto interlocutorio del 8 de agosto de 2013, No. 00263.

Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Villavicencio, sentencia del 14 de abril de 2013, radicado 00089.

Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Villavicencio, sentencia del 2 de abril de 2013, radicado 00093.

Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Villavicencio, sentencia del 22 de abril de 2013, radicado 00111.