

Reflexiones en torno a la aplicación de la Ley 1448 de 2011 y la restitución de tierras en Colombia¹

***Reflections around the law 1448, 2011
and land restitution in Colombia***

***Réflexions autour de la mise en application de la loi 1448,
2011 et la restitution des terres en Colombie***

***Reflexões em torno à implementação da lei 1448
de 2011 e a restituição de terras na Colômbia.***

*Rocío Serrano Gómez²
Milena Acevedo Prada³*

-
- 1 Artículo de reflexión resultado de investigación, proyecto denominado: Naturaleza jurídica del justo título como elemento de la prescripción ordinaria. Financiado y ejecutado por la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga. Fecha de inicio de la investigación: 23 de junio de 2011, fecha de terminación: 10 de octubre de 2013.
 - 2 Abogada egresada de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Historia (UIS) y en Derecho de Familia (UNAB). Profesora Asociada Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga. Colombia.rserranogomez@gmail.com
 - 3 Abogada egresada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB). Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Procesal (USTA). Docente investigadora adscrita al grupo de Investigación CIPJURIS y a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Bucaramanga, Colombia. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, UBA. milena.acevedo@upb.edu.co
Las autoras expresan su agradecimiento a la estudiante Sandra Suárez Vera, miembro del Semillero de Investigación PROCEDE adscrito al grupo CIPJURIS, de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Bucaramanga, por su colaboración en la recolección de datos para la elaboración de este trabajo.

Este artículo fue recibido el día 29 de mayo de 2013 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N°. 17 del 8 de julio de 2013.

Resumen

Utilizando el método analítico descriptivo este escrito se enfoca en los resultados de aplicación del proceso de restitución de tierras de la Ley 1448 de 2011, según lo reportado por fuentes oficiales y periodísticas y las principales sentencias de constitucionalidad, expedidas desde la vigencia de la norma. Adicionalmente, y teniendo en cuenta que la Ley 1448 de 2011 es una norma de orden público que afecta derechos subjetivos patrimoniales, se expone su campo de aplicación y las principales modificaciones al régimen privado de acceso a la propiedad y de las acciones para la defensa de los derechos reales.

Particularmente se orienta al régimen de la usucapión y a las consecuencias de aplicación del novedoso contrato de uso del terreno previsto en el artículo 99 de la misma ley. Por otro lado, se estudia el deber procesal del opositor de la restitución, en asuntos como la inversión de la carga de la prueba de la propiedad y la probanza de la buena fe calificada.

Estos puntos se matizan con la crítica personal de las autoras sobre aspectos que se consideran, por decirlo de alguna manera, movedizos, ya que en ellos podría ponerse en riesgo el reconocimiento de derechos subjetivos, entre ellos, los de las propias víctimas.

Palabras clave: Restitución de tierras. Conflicto armado colombiano. Derechos de las víctimas. Derecho de superficie. Propiedad. Posesión.

Abstract:

Using the descriptive analytical method this writing focuses on the results of the land restitution process application of law 1448 of 2011, as reported by official sources and media and the main judgments of constitutionality, issued from the entry into force of the norm.

In addition and taken into account that the Law 1448 of 2011 is a standard of public order that affects subjective property it exposes its field of application and the main modifications to the private regime of access to property and of the actions for the defense of the rights in rem. Particularly it is addressed toward the Usucaption regime and to the consequences of application of the new contract of land use provided in the article 99 of the same law. On the other hand, it explores the procedural duty of the opponent of restitution, in issues such as the reversal of the burden of proof of ownership and the probanza of good qualified faith. This issues are clarified with the personal criticism of the authors on considered subjects, for saying it somehow, shifting, since in them the civil laws recognition might put itself in risk, between them, those of the proper victims.

Key words: Land restitution, Colombian armed conflict, Rights of victims, Surface right, Property, Possession.

Résumé

En utilisant la méthode analytique descriptive cet article met en avant les résultats de la mise en place du processus de restitution des terres menées par la Loi n ° 1448, 2011, selon les sources officielles et journalistiques et les principales décisions constitutionnelles émises après l'entrée en vigueur de cette norme. En outre, étant donné que la Loi 1448 de 2011 est une règle d'ordre public qui affecte les droits patrimoniaux individuels, l'article décrit son champ d'application et les principales modifications au régime privé d'accès à la propriété et des actions pour la défense des droits réels.

Particulièrement, ce travail s'occupe du régime de la prescription acquisitive et les conséquences de l'application de la nouvelle convention d'utilisation des terres en vertu de l'article 99 de la même Loi. D'autre part, cet article examine l'obligation procédurale de l'opposant à la restitution, sur des questions telles que le renversement de la charge de la preuve de la propriété et de la bonne foi qualifiée.

Ces points sont nuancés avec des critiques personnelles des auteurs sur les aspects considérés instables parce qu'ils pourraient mettre en péril la reconnaissance des droits individuels, y compris ceux des victimes.

Mots-clés: Restitution des terres. Conflit armé colombien. Droits des victimes. Droits de surface. Propriété. Possession.

Resumo

Utilizando o método analítico descritivo este texto se enfoca nos resultados da aplicação do processo de restituição de terras da Lei 1448 de 2011, conforme o reportado pelas fontes oficiais e jornalísticas e as principais sentenças de constitucionalidade, expedidas desde a vigência da norma. Adicionalmente, e tendo em conta que a Lei 1448 é uma norma de ordem pública que afeta direitos subjetivos patrimoniais, se expõe seu âmbito de aplicação e suas principais mudanças ao regime privado de acesso à propriedade e das ações para a defesa dos direitos reais. Particularmente se orienta ao regime da usucapião e às consequências de aplicação do moderno contrato de uso do terreno contido no artigo 99 da mesma lei. Por outro lado, se estuda o dever processual do opositor da restituição, em assuntos como a inversão do ónus da prova da propriedade e a prova da boa fé qualificada.

Estes pontos se matizam com a crítica pessoal das autoras sobre aspectos que se consideram, de alguma forma, movediços, já que neles poderia se pôr em risco o reconhecimento de direitos subjetivos, entre eles, os das próprias vítimas.

Palavras-chave: restituição de terras, conflito armado colombiano, direitos das vítimas, direito de superfície, propriedade, posse.

Sumario

Introducción; 1. Estrategias de la restitución de tierras en la Ley 1448 de 2011; 2. El ámbito de acción de la Ley 1448 de 2011; 3. Concepto de víctima en la Ley 1448 de 2011; 4. Los victimarios en el proceso de desplazamiento y despojo; 5. El costo de la reparación integral a las víctimas de la Ley 1448 de 2011; 6. El régimen de presunciones del artículo 77; 7. Cadena de despojos; 8. La dudosa suerte del poseedor en el proceso de restitución de tierras; 9. El contrato para el uso del predio restituido y el innominado derecho real de superficie; 10. Conclusiones.

Introducción

Como todas las normas de justicia transicional, la Ley 1448 de 2011 busca reparar daños a los derechos fundamentales de las víctimas del conflicto armado. En especial, esta norma pretende restituir territorios a cerca de 750.000 hogares campesinos colombianos, desplazados por los grupos ilegales en las últimas dos décadas, y de esta manera restablecer sus derechos fundamentales vulnerados por las duras condiciones sociales, económicas y psicológicas generadas por el desplazamiento forzado.

Para garantizar el retorno de las familias, la Ley 1448 establece medidas de protección personal que preserven la vida del reclamante de la hostilidad del conflicto, y saneamiento jurídico respecto a su relación con el predio. Esto último implica atacar la legalidad del título del opositor en el proceso por medio de disposiciones realmente fulminantes como la presunción de inexistencia o nulidad absoluta del negocio jurídico. Hasta ahora, los actos de despojo han sido identificados como compraventas forzadas, escrituras de englobe de terrenos agrandados por efecto del desplazamiento abusivo de cercas, resoluciones de adjudicación de baldíos expedidas por el Estado sin

el lleno de los requisitos legales, y posesión originada en la usurpación. Así mismo, están bajo la lupa de la ley, las sentencias emitidas en procesos de pertenencia o en cualquier otro litigio que haya privado del derecho real o de la posesión a la víctima. Como es de esperarse, el proceso de restitución de tierras en Colombia ha estado marcado por la crítica de los escépticos y la oposición de quienes ven en la norma una amenaza para derechos de propiedad considerados legítimos.

Por otro lado, el establecimiento de presunciones legales y de derecho contenidas en la Ley 1448 para dejar sin efecto el contrato del opositor, dejan dudas entre los académicos sobre la existencia de una posible violación al debido proceso y al principio constitucional de la buena fe. Este ensayo expone además, que la alteración en la carga de la prueba aunada a largas cadenas de despojo, podría vulnerar derechos de los propios damnificados, quienes eventualmente puedan aparecer como demandados en la restitución. Aún más, que la legalización de la propiedad rural cuando existen proyectos agroindustriales termine convirtiendo el contrato de uso señalado en la Ley 1448 en la antesala del derecho de superficie, considerado una oportunidad para grandes capitales nacionales y extranjeros que podría poner en riesgo la vida rural y el desarrollo sostenible de los recursos naturales.

Estrategias de la restitución de tierras en la Ley 1448 de 2011

Según se desprende de la lectura de la ley, el proceso de restitución plantea tres estrategias principales: identificar por zonas georreferenciadas los predios que han sido objeto del despojo violento, centralizar en un registro único las denuncias sobre desplazamiento, hasta la fecha dispersas en varios organismos receptores, y tercero, restituir el derecho de propiedad, posesión

o la tenencia del baldío al reclamante mediante un procedimiento judicial ágil y especial, regido por los principios de la justicia transicional.

Para que el proceso surta sus efectos, se creó una jurisdicción especial de tierras, en cabeza de operadores realmente poderosos, quienes ostentan facultades que desbordan las de cualquier juez o magistrado encargado de resolver litigios de finca raíz. Lo anterior es evidente si se tiene en cuenta que estas sentencias y en general, todo el procedimiento, responden a la intención legal de permitir el retorno de la víctima a su lugar de origen, mediante la resolución del derecho de propiedad o posesión del demandado. El togado actúa autorizado por una legislación de orden público, que ciertamente modifica pilares fundamentales del derecho sustantivo y procesal, como la inversión de la carga de la prueba de los derechos reales, la alteración de la naturaleza jurídica del corpus y animus de la usucapión, de sus elementos (título y buena fe), e inclusive de su efectividad, cuando el demandado es un poseedor. Paralelamente, el juez o magistrado de tierras podrá prescindir del principio de la cosa juzgada y ordenar la nulidad de sentencias judiciales, resoluciones administrativas de adjudicación de baldíos, y de contratos de compraventa de la propiedad o de la posesión, asumiendo la mala fe del comprador y la inocencia del vendedor, a quien presume víctima, dada la ubicación del predio en zonas de conflicto armado.

Tales posibilidades han prendido las alarmas, sobre todo en aquellos que ven en el derecho privado un área especialmente propicia para el amparo de derechos subjetivos adquiridos en el libre juego de la oferta y la demanda. En asuntos de tierras, el recelo por la aplicación de la justicia transicional tiene que ver con la posibilidad de que bajo presunciones de derecho relacionadas con la perversidad de la guerra, se prive de sus derechos reales a personas inocentes, ajenas al accionar de los actores del conflicto. Podría alegarse por ejemplo que, tras décadas de violencia y largas cadenas de despojo, no es fácil determinar, actualmente, si el demandado en la restitución es un victimario o si se trata, realmente de otro despojado más. Partir de la base de

que el demandante es inocente y el demandado culpable sería como arrancar de la premisa de que todos los que ocupan actualmente predios ubicados en zonas de guerra (gran parte del país) son narcotraficantes, paramilitares o guerrilleros. La realidad del conflicto ameritaría considerar lo contrario: es posible que tras varias negociaciones de un mismo predio, el actual poseedor del bien reclamado sea otra víctima que quiere conservar su derecho.

Por lo tanto, podría pensarse que presumir la mala fe en el demandado, cuando es víctima, y obligarlo a probar buena fe calificada para rescatar, no el derecho, sino la compensación pecuniaria, es una violación al principio constitucional de la buena fe y del debido proceso. Inclusive, sería procedente afirmar que la libertad probatoria que ofrece la Ley 1448 al reclamante, es una puerta abierta para que inescrupulosos suplanten a la víctima y limpiar así su espurio derecho con una sentencia de restitución.

Y a decir verdad, tales consideraciones no pueden dejarse a un lado en un país, como muchos, habitado por ángeles y demonios. Para ilustrar la situación con una muestra de la astucia de algunos, desde hace años, los derechos de justicia y paz que protegen a la población desplazada, como afiliación a SISBEN y subsidios del programa Familias en Acción, han sido aprovechados por delincuentes que los reclaman sin ser víctimas, en algunas ocasiones asesorados por abogados inescrupulosos que se prestan para colaborar en la desviación de estos recursos; esta realidad ha sido denunciada desde hace años, por los medios de comunicación (Revista Cambio, 2008) e inclusive ha sido reconocida por algunos funcionarios públicos. Y por si por si fuera poco, recientemente, la prensa nacional informó de casos de personas que se hicieron pasar por víctimas de la masacre paramilitar de Mapiripam (1997), sin serlo. Entre ellas, una persona que alcanzó a recibir, por orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una indemnización por 1.700 millones de pesos por la denuncia de la muerte de su esposo y la desaparición forzada de sus dos hijas. Según lo confesó posteriormente la falsa víctima, ella no tuvo nada que ver con los hechos por los cuales se condenó al Estado (Redacción Justicia, 2013)

Estos hechos infunden en las personas la idea de que la norma es ingenua y que se presta para defraudar al Estado y privar a los demandados de la posibilidad de que asuman su plena ciudadanía (Ley 1448 de 2011, artículo 2), por medio de una indemnización integral que garantiza el retorno y la legalización del predio del cual fueron desplazados y despojados

Siendo Colombia uno de los países latinoamericanos que más ha sido azotado por largos periodos de violencia, la ley 1448 de 2011 no es la primera –ni la última–, expresión del interés Estatal por reparar a las víctimas. Su vigencia concuerda con la de un nutrido paquete legal, ajustado a los Tratados Internacionales que sobre el tema ha suscrito Colombia, cuerpo legal conformado, entre otras, por las leyes 387 y 418 de 1997, la 418 de 1998, 975 de 2005, y la 1438 de 2011, la Ley 1579 de 2012, y el Decreto 1465 de 2013. El marco de la justicia transicional busca reparar el daño que se ha causado a las víctimas del conflicto armado interno por medio de medidas de reparación integral, no solo en sus bienes patrimoniales sino en sus derechos fundamentales; el objetivo a largo plazo es lograr la paz duradera y estable después de décadas de guerra interna.

De esta manera, la Ley 1448 de 2011, conocida como ley de tierras y de víctimas es una norma de orden público, de carácter temporal⁴ que no contradice ni deroga la reglamentación existente sobre reparación a víctimas desplazadas y despojadas. Al contrario: se aplica para los casos allí contemplados con un criterio de progresividad que de ninguna manera puede vulnerar los derechos reconocidos para la población desplazada en normas anteriores⁵

4 La vigencia de la ley 1448 es de 10 años contados desde su promulgación, es decir, regirá hasta Junio del año 2021.

5 Según la sentencia C-280 de 15 de mayo de 2013, Magistrado Ponente Doctor Nilson Pinilla Pinilla, se entiende que la Ley 1448 de 2011 se articula dentro del marco de justicia transicional y sus normas se aplican de manera preferente, y en algunos casos, de manera adicional, a las normas generales preexistentes que regulen la restitución de derechos a las víctimas del conflicto armado. En otras palabras, la ley de víctimas y de tierras no derogó la legislación previa, sino

Como norma especial, la ley 1448 tiene un beneficiario determinado: la víctima del conflicto armado desplazado o despojado de un predio explotado en calidad de propietario o poseedor, o como ocupante de un baldío siempre y cuando este inmueble se encuentre dentro de las zonas georreferenciadas⁶ como territorios de conflicto armado. Aparte de lo anterior, se exige que el acto que originó el abandono haya ocurrido después del 1 de enero de 2000 y que quien demande la restitución haya registrado su calidad de víctima por actos ocurridos después del 1 de enero de 1985, ante el Ministerio Público o cualquiera de los entes del Estado encargados de registrar estos hechos⁷

más bien, la complementó. Se entiende entonces que las normas preexistentes que regulan temas relacionados con indemnización a víctimas y desplazados continúan vigentes para ser aplicadas en los casos no cubiertos por la ley 1448 de 2011 y sus ocho decretos reglamentarios.

- 6 La unidad de tierras, creada por la Ley 1448, es la encargada de realizar los estudios territoriales y la cartografía básica para la ubicación exacta de cada uno de los predios solicitados en restitución. La labor titánica de actualizar el catastro tiene además la finalidad de conformar las zonas micro y macro referenciadas de restitución y alimentar un sistema de información nacional. De acuerdo a declaraciones de Ricardo Sabogal al periódico *Ámbito Jurídico*, edición del 24 al 7 de Julio de 2013, página 17, la URT está trabajando en 82 zonas microfocalizadas. De acuerdo al primer informe trimestral de la Unidad de Tierras de marzo de 2012, esta focalización surge de cada una de las solicitudes de restitución, diligenciadas en formularios especialmente diseñados por la URT. Del análisis de estos documentos se señalan como zonas georreferenciadas para la restitución Tibú (Norte de Santander), Balsilla, Chibolo, Mampuján, Carmen de Bolívar, Montes de María, María la Baja, San Onofre y Ovejas (Sucre), algunos territorios del Meta, Ataco y Río Blanco (Tolima), Valle del Cauca, Putumayo, El Rosario (Nariño), entre otros (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de la República de Colombia, 2012)
- 7 Una de las intenciones de la Ley 1448 de 2011 es unificar el registro de víctimas del conflicto en el Registro Único de la Unidad Nacional de Atención a Víctimas (artículo 61). De acuerdo al Informe de Gestión Anual de atención y reparación integral a las víctimas, presentado por la Presidencia de la República al Senado (2011-2012), el trabajo de unificar el registro de víctimas resulta de depurar la información de diferentes fuentes: el Registro Único de Población Desplazada – RUPD; el Sistema de Información de Reparación Administrativa – SIRA (Decreto 1290 de 2008); el Sistema de Información de Víctimas – SIV (Ley 418 de 1997), la información de Fondelibertad para el caso de secuestro, y los sistemas de información de los programas de minas antipersonas – PAICMA y de reclutamiento forzado de menores del ICBF y las nuevas inclusiones de acuerdo a la Ley 1448.

Aunque el titular de la acción de restitución es el propietario, poseedor o el explotador del bien baldío y la misión central de la ley es restablecer el derecho patrimonial (Ley 1448 de 2011, artículo 75), la reparación a la víctima es integral y abarca conceptos de salud, educación, reubicación y vivienda que beneficiarían a todo el núcleo familiar. Es factible además, ante la imposibilidad del retorno, compensar pecuniariamente a la víctima o ubicarla en otro territorio (Ley 1448 de 2011, artículo 72).

La relación del reclamante con el predio puede ser de propietario, poseedor, mera tenencia, o de ocupante de un baldío sobre el que no se ha solicitado la adjudicación al INCODER. Aunque los analistas y comentaristas de la problemática de tierras en este país, manifiestan que en las zonas rurales prima la informalidad, es decir, se explota en calidad de posesión⁸

Podría ser que la misma informalidad denunciada haya inhibido la reclamación de quien no se siente propietario con todas las de la ley, o que para los poseedores la inscripción ante la Unidad de Tierras sea más difícil debido precisamente a la falta de prueba solemne de esta situación de hecho. Esta idea no es fortuita, si tenemos en cuenta que el régimen de la posesión es un tema complejo por estar entre la propiedad y la tenencia, y porque en la mente de muchos todavía queda la idea de que la posesión

8 Según el Grupo de Memoria Histórica (Sánchez, 2010), basado en estudios del Proyecto de Protección de tierras de Acción Social, en la región Caribe Colombiana la mayoría de los derecho habientes se encuentran registrados como poseedores, ocupantes o tenedores y solo una minoría cuenta con el título de propiedad registrado. Para el mismo estudio, este dato de la región Caribe contrasta con predios del resto del país, donde el 67.2% de las familias desplazadas declara ser propietarios. Otros estudios a nivel nacional, indican que el 40% de los predios rurales son posesiones informales y, en el caso de las tierras despojadas, el 80% son informales, según lo denunció a la Revista Semana el ex director del INCODER Alejandro Reyes. (Revista Semana, 2012) Por otro lado, El Espectador publicó que el 40% de la población rural no tiene una relación formal con la tierra en la cual está establecida (Molano, 2012)

debe inscribirse⁹; Igualmente, podría tratarse del simple desconocimiento por parte de los usuarios, de los medios legales que tienen como desplazados para congelar a su favor los plazos de prescripción adquisitiva, o del simple hecho de presumir que al no tener títulos de propiedad no tienen ningún derecho, menos aún, después del desplazamiento forzado.

Concepto de víctima en la Ley 1448 de 2011

Como se afirmó, es víctima todo el que haya sufrido un daño por infracciones al Derecho Internacional Humanitario o por violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, por hechos sucedidos a partir del 1 de enero de 1985 (Ley 1448, artículo 3). Puede ubicarse en esta categoría una persona o una colectividad, forzada a migrar dentro del territorio nacional a raíz de la vulneración efectiva o las amenazas a su vida, integridad, seguridad o libertad (Ley 1448, artículo 60. Parágrafo 2).

El concepto legal de víctima ha sido ampliado y precisado por la Jurisprudencia con la intención de ajustar la definición a los tratados internacionales¹⁰La Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Hu-

9 La doctrina de la posesión inscrita es cosa del pasado, y se considera superada desde la histórica sentencia de la Corte Suprema de Justicia del año 1955. Sin embargo, tuvo un renacer insospechado con la Ley 1183 de 2008, que en procura de sanear la posesión basada en promesa de compraventa de inmuebles en estratos 1 y 2 diseña un procedimiento que le otorga naturaleza de justo título a la promesa y permite su registro en el folio de matrícula inmobiliaria, de manera que el poseedor puede reclamar ante el juez civil y por el corto tiempo de la prescripción ordinaria la usucapión del inmueble.

10 Entre ellos, los documentos de las Naciones Unidas que recopilan criterios orientadores a la atención a la población desplazada, conocidos como Principios Deng, y la Resolución 60/147 de la ONU.

manos han entendido que son beneficiarios de las medidas de rehabilitación y satisfacción, no solo el directamente afectado, su cónyuge o compañero permanente y los familiares en primer grado de consanguinidad, sino que se incluye cualquier familiar sin distinguir grado de relación o parentesco, siempre que por causa de la agresión haya sufrido una situación desfavorable y jurídicamente relevante, cercana y suficiente con ocasión del conflicto armado interno¹¹

En cuanto al origen del daño, la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2012, aclaró que va más allá de “confrontaciones estrictamente militares, o referidas a un grupo específico de actores armados con exclusión de otros” (p.106), y según la misma corporación, Víctima es, aquella persona que experimenta “una situación fáctica soportada en el padecimiento, no en la certificación que lo indique, tampoco en el censo que revela la magnitud del problema” (p.108).

En estos términos, el daño debe guardar suficiente conexidad con el conflicto armado. La Corte en el mismo fallo, ilustra el origen del daño con situaciones como desplazamiento interurbano, violencia sexual contra la mujer, violencia generalizada, amenazas de desmovilizados de grupos armados, acciones atípicas del Estado, hechos de bandas criminales o de grupos armados no identificados, grupos de seguridad privada, entre otros.

11 En este sentido, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencias del 14 de marzo de 2001 y del 25 de noviembre de 2003; a nivel interno, la Corte Constitucional se ha manifestado en las sentencias C-370 de 2006, C-052 de 2012, C-250 de 2012, C-253 de 2012, C-781 de 2012, y C-280 de 2013, donde se consideró que se contrariaba el derecho a la igualdad al excluir de la indemnización a familiares de la víctima muerta o desaparecida, que hubieran sufrido daño pero que no se ajustaran a los estrechos límites de parentesco de la redacción original del artículo 3.2 de la Ley 1448 de 2011.

Ahora bien, el desplazado o despojado del predio puede reclamar derechos de educación, salud, o cualquier otra medida de restablecimiento de derechos, pero la titularidad de la tierra se reconocerá al reclamante que haya actuado en calidad de poseedor, propietario o explotador del bien baldío. Hay que anotar que si antes de la reclamación, la propiedad o posesión estuviere a nombre del varón, en virtud al principio de enfoque diferencial de la ley de tierras¹², la sentencia de restitución beneficiará a la esposa o compañera, así ella no aparezca como titular en el respectivo folio de matrícula, o como demandante en la acción impetrada¹³

El hecho de que la titularidad del derecho figure solo a nombre del Jefe de hogar, puede incidir en el reporte sobre el género del reclamante. Las estadísticas oficiales del número de solicitudes, presentadas a Febrero 3 de 2013, son las siguientes:

-
- 12 El enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad, a las que el Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección dentro del proceso de restitución (Ley 1448 de 2011, artículo 13).
 - 13 De esta manera, la Ley 1448 de 2011 se pone a tono con la política de titularización compartida entre ambos cónyuges o compañeros permanentes, que comenzó con la Ley 160 de 1994 para los baldíos. En lo que respecta a esta clase de propiedad, la titulación a mujeres por el INCORA antes de 1994 fue excepcional. Afortunadamente, en los últimos años existe una tendencia al alza en titulaciones de baldíos a mujeres, lo que podría deberse a la realidad de la jefatura de hogar en cabeza de mujeres campesinas. También se han adjudicado terrenos a asociaciones de mujeres desplazadas, como sucedió en la vereda las Palomas (Córdoba) a mediados de la década de los años 90's. Desde este punto de vista, la Ley 1448 de 2011 presenta un avance para las mujeres, ya que muchas no habían reclamado terrenos porque su titulación no era conjunta y, una vez muerto el marido, ellas no podían recuperar la tierra por no poder instaurar la denuncia como titulares de derecho, o porque al vivir en Unión Marital de Hecho, su situación jurídica estuvo desprotegida durante largos años, hasta la aparición de la Ley 54 de 1990 (Sánchez, 2010).

Género solicitante	Número de personas	Participación	Número solicitudes de ingreso al registro	Área (en hectáreas)*
Femenino	8.812	36,61%	12.152	849.524
Masculino	15.216	63,21%	20.424	1.496.981
Privada	45	0,19%	112	22.403
Total	24.073		32.688	2.368.908

Fuente: (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de la República de Colombia, 2013)

Como es de esperarse, el número de beneficiarios de la restitución es menor al de las víctimas del conflicto armado. Según el Informe de Gestión Anual del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, presentado por la Presidencia de la República al Congreso en agosto de 2012, se ha contabilizado en el marco de la ley 1448 de 2011 un universo de 5.832.934 personas afectadas por uno o más hechos victimizantes (Sistema nacional de atención y reparación integral a las víctimas, 2012).

Los victimarios en el proceso de desplazamiento y despojo

Según lo denunciado por los reclamantes ante la Unidad de Restitución de Tierras (URT) a 31 de marzo de 2013, tanto guerrillas como paramilitares, así como otros grupos ilegales, han hurtado tierras con ocasión del conflicto.

Llama la atención que el 18,94% de los peticionarios guardan silencio sobre el autor del desplazamiento o despojo. Podría ser que la víctima realmente no cuente con esa información, que la haya omitido por temor a perder su vida o la de su familia. Lo anterior, debido a que uno de los requisitos para la adecuada inscripción del predio ante la Unidad de Tierras es la completa identificación de la víctima y su núcleo familiar, así como de la ubicación

del inmueble pretendido (Ley 1448 de 2011, artículo 76), lo que implica un grado de vulnerabilidad considerable en un conflicto armado vigente.

Actor del abandono o despojo	Número de solicitudes de ingreso al Registro	Participación
Bacrim	319	0,86%
Guerrilla	13.535	36,67%
Paramilitar	12.091	32,76%
Otro	3.973	10,76%
No informa	6.990	18,94%
Total	36.908	

Fuente: (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de la República de Colombia, 2013)

Aparte de lo mencionado, algunos estudios indican como fuente de despojo la pérdida del bien por medio de remate en virtud del incumplimiento de pago a subsidios de tierras concedidos a campesinos sin recursos, el desecamiento de playones y la usurpación de predios por el movimiento de cercas, la compra masiva de territorios por inversionistas privados, la lesión enorme en contratos de compraventa suscritos con población vulnerable (Sánchez, 2010) o la adjudicación ilegal de baldíos a latifundistas y familias prestantes de algunas regiones del país (Verdad Abierta, pág. 2013a).

Como puede verse, el hurto de tierras se ha manifestado de varias maneras y por varios actores. Lamentablemente, el hecho de que la ley de restitución se haya promulgado en medio del conflicto armado, ha recrudecido el despojo y ha desencadenado un nuevo conflicto interno protagonizado por ejércitos antirestitución, que han cobrado la vida de numerosos líderes campesinos. A febrero de 2013 se reportaron aproximadamente 683 amenazas a reclamantes, y la muerte de aproximadamente 43 líderes de restitución en todo el país, desde 2002 hasta el año 2013 (Revista Semana, 201, 23 de febrero). Sin embargo, la Consultoría de Derechos Humanos y Desplazamiento (Codhes) maneja una cifra que supera el medio centenar (El Tiempo, 2012).

A pesar del miedo, la población ha respondido. Cuando se promulgó la Ley en el año 2011, el Gobierno Nacional proyectó restituir 2.706.121 hectáreas en los diez años de vigencia de la Ley; según los reportes oficiales, a 3 de febrero de 2013, el número de solicitudes ha ido en aumento:

Año de registro	Número solicitudes de ingreso al registro	Área (en hectáreas)
2011	4.632	413.168
2012	26.626	1.841.841
2013	1.430	113.899
Total	32.688	2.368.908

Fuente: (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de la República de Colombia, 2013)

Pero, una cosa es presentar la solicitud y otra obtener los resultados esperados. Como se analizará adelante, existe un cuello de botella entre la vía administrativa que finaliza con la aceptación de la inscripción de la tierra y la judicial, donde finalmente se reconoce la restitución al reclamante.

El costo de la reparación integral a las víctimas de la Ley 1448 de 2011

La preocupación de cualquier colombiano es que el país cuente con recursos suficientes para asegurar la eficacia de la política de restitución de tierras. El informe anual del Presidente de la República al Congreso desglosó los ítems de la reparación integral a las víctimas reclamantes de tierras, reflejando un total estimado para el presupuesto del año 2012 de \$54.903'000, que comprende aspectos adicionales a la restitución de la propiedad o la posesión, tales como rehabilitación física y mental, satisfacción de su dignidad, bienestar y garantías de no reparación. Adicionalmente, reconocimiento de

compensación dineraria o de reubicación en otras zonas si el reclamante no desea retornar, subsidios de vivienda, de educación, entre otros.

Se espera que la persecución efectiva de bienes de los victimarios sirva para fortalecer el Fondo de Reparaciones de que trata el artículo 54 de la Ley 975 de 2005 (Ley 1448 de 2011, artículo 19), y que otro tanto se logre con la recuperación de tierras baldías asignadas en años anteriores sin el lleno de los requisitos legales, pues fue precisamente a raíz del proceso de restitución que se hizo pública la indebida adjudicación de baldíos por el INCORA y el INCODER, entre otras cosas, amparados por la falta de actualización catastral y la ausencia absoluta de registro inmobiliario de la propiedad estatal¹⁴

Es algo de no creer que en un país con vocación agrícola como el nuestro, los terrenos de la nación no estén identificados por su ubicación y cabida. Para subsanar este mal, la Ley 1579 promulgada en octubre de 2012 ordenó levantarles su correspondiente folio de matrícula inmobiliaria, como la manera de inventariar, identificar y rescatar de manos indebidas las tierras del Estado.

En esa misma tónica se expidió el Decreto 1465 de 2013, que modifica algunos procedimientos administrativos del INCODER reglamentados en la Ley 160 de 1994 sobre clarificación de la propiedad, delimitación o deslinde de las tierras de la Nación, extinción del derecho de dominio de

14 Solo hasta la Ley 1579 de 1º de octubre de 2012, artículo 57, se ordenó la apertura de matrícula inmobiliaria de baldíos y de Parques Nacionales Naturales de Colombia a nombre de la Nación. Lamentablemente, en el caso de los terrenos de Parques, se deja “a salvo aquellos que cuenten con títulos constitutivos de derecho de dominio conforme a las leyes agrarias y que se encuentren debidamente inscritos en el registro inmobiliario”. Es decir, sobre estos terrenos la norma ratificó o limpió la propiedad que se concedió a particulares sobre estos bienes, lo que podría concluir en que el INCODER no pueda adelantar las anunciadas políticas de reversión de baldíos ubicados en terrenos de Parques Naturales.

particulares por interés social o ecológico (entre ellas la falta de explotación por más de tres años), y la recuperación de baldíos indebidamente ocupados o apropiados, así como la reversión de baldíos entregados a particulares que no reunían los requisitos legales de adjudicación o que incumplieron las limitaciones de uso o de negociación impuestas por la Ley 160 de 1994.

Como puede apreciarse, el Decreto 1465 del 2013 pretende recuperar tierras para la bolsa, de un millón de hectáreas requeridas (El Espectador, 2013) para garantizar el acceso a la propiedad de la población campesina, mediante procedimientos ágiles unificados en un mismo cuerpo legal. Es probable que en algún momento, terrenos objeto de la restitución de la Ley 1448 de 2011 sean al mismo tiempo demandados por algunas de las vías establecidas en el Decreto 1465. Por esa razón, el artículo 6 del mismo, ordena que, una vez conformado el expediente y el INCODER encuentre mérito para proceder, se remitirá copia del mismo a la URT con el propósito de confrontar la información; se cree que el efecto de lo anterior es que el procedimiento administrativo del Decreto 1465 se suspenda en tanto no se decida sobre la suerte jurídica del bien en la jurisdicción especial de tierras.

Paralelamente a la acción legal, el Gobierno Nacional ha emprendido estudios sobre la suerte jurídica de las adjudicaciones de baldíos. Uno de ellos es el adelantado recientemente por el INCODER sobre los títulos que entregó entre 1996 y 2012 en diez departamentos; de este análisis se concluyó que de los 39.000 títulos entregados, un alto porcentaje correspondía a micro y minifundios, y que otros 1.500 fueron entregados a latifundistas en superficies mucho mayores a las correspondientes a la cabida de una Unidad Agrícola Familiar. A lo anterior se le suma que algunos propietarios han hecho adjudicar tierras a sus empleados o personas de confianza para después comprarles, o que en algunos casos, se ha beneficiado a varios miembros de la misma familia con la titulación (Verdad Abierta, 2013b), para mencionar algunas de las artimañas utilizadas en el saqueo territorial.

El régimen de presunciones del artículo 77: ¿Violación al debido proceso?

El objetivo principal de la Ley 1448 es restituir la tierra a la población víctima del conflicto armado. En este sentido, el artículo 77 establece un complejo régimen de presunciones de derecho o meramente legales, que dotan al juez o magistrado del poder necesario para desestimar la propiedad del opositor, adquirida mediante títulos privados o expedidos por el Estado¹⁵

De igual manera, la sentencia de restitución de tierras puede legalizar el derecho de despojados que no tenían una relación formal con el predio al momento del desplazamiento. Sería el caso de personas que pacíficamente venían explotando el bien en calidad de herederos (sin adelantar procesos de sucesión), o de quienes compraron cosa ajena, o que no lograron solemnizar la propiedad por cualquier motivo, por ejemplo por comprar con promesas de compraventa o por no protocolizar el título traslativo. La ley de tierras, les da la posibilidad de recuperar su posesión, e inclusive, si se han completado los términos, de pedir la propiedad por el modo de la usucapión mediante el proceso de declaración de pertenencia que se lleve ante el mismo juez o magistrado de tierras (Ley 1448 de 2011, artículo 72.4); aparte de lo anterior, consideramos que la actuación de este funcionario debería incluir la adjudicación de la propiedad por el modo de la sucesión por causa de muerte, en aquellos casos de herencias no liquidadas, y la posibilidad de declarar la

15 Se presume la inexistencia de voluntad en compraventas realizadas a favor del opositor o de testafierros, o en escrituras de englobe de grandes territorios, logrados por la práctica de correr cercas o desecar lagos o fuentes de agua, también en escrituras de compraventa falsas protocolizadas con complicidad de notarios y registradores deshonestos. De la misma manera, pueden dejarse sin efecto sentencias de pertenencia y resoluciones de adjudicación de baldíos a latifundistas o despojadores que adquirieron propiedad con Resoluciones del INCORA o del INCODER.

indebida adjudicación del baldío al opositor y ordenar la adjudicación a la víctima, con el correspondiente traslado a la justicia penal para que adelante la investigación correspondiente.

Bajo este panorama, el reto del Estado es identificar los predios y la cadena de despojos para limpiar la propiedad, la posesión, o la tenencia del baldío a favor del reclamante víctima, sin importar si finalmente este decide optar por el retorno, reclamar una indemnización pecuniaria, o la reubicación en otro lugar, objetivos que no se podrían cumplir sin el régimen de presunciones del artículo 77. En cuanto a las sentencias y resoluciones administrativas a favor de los opositores en procesos de restitución, se asume que los hechos de violencia impidieron al despojado ejercer su derecho fundamental a la defensa dentro del proceso judicial o en el trámite administrativo ante el INCODER, por lo que el juez o magistrado está autorizado para revocar los títulos bajo la presunción de violación al debido proceso.

La declaración de inexistencia de los negocios traslativos de la propiedad celebrados por la víctima, su cónyuge, sus parientes, o personas con quienes convivía al momento del desalojo, con sujetos condenados por pertenencia, colaboración o financiación de grupos armados que actúan por fuera de la ley, o por narcotráfico o delitos conexos, se justifica en que tratándose de predios ubicados en zonas de conflicto, queda en duda la buena fe del adquirente, por lo que en estos negocios jurídicos se presume de derecho la falta de consentimiento o la causa ilícita.

Por lo anterior, el demandado debe sufrir la acción de restitución sin posibilidad de probar la buena fe: no existirá para él ni la más remota posibilidad de demostrar una actitud honesta para pretender, siquiera, la compensación dineraria de que habla el mencionado artículo 77. El acto se presume de derecho inexistente y como tal no produce efecto alguno.

En cuanto a los posteriores compradores, es decir, los que adquirieron del condenado por los delitos referidos, deberán sufrir las consecuencias de la acción restitutoria porque su negocio se presume absolutamente nulo por falta de consentimiento o causa lícita, pero con la diferencia de poder dar el debate probatorio de su buena fe calificada, para aspirar a una compensación monetaria, que será tasada según el avalúo catastral o en últimas, si así lo solicitó el demandado, por el comercial, y que se concederá al opositor en títulos del gobierno nacional TES pagados periódicamente.

Es curioso, porque en estos casos se transforma el efecto clásico de la *bonisima fidei*, cual es crear derecho allí donde no lo había, en una opción diferente: perder un derecho real y cambiarlo por un crédito que cancelará el Estado en títulos de deuda pública. Lo anterior, como un mecanismo para hacer realidad el objetivo central de la ley de tierras: el retorno de la población desplazada a su predio.

Cadena de despojos: un predio reclamado por varios damnificados

Después de décadas de violencia es perfectamente posible que exista un predio despojado en repetidas oportunidades. De hecho, de las cerca de tres millones de hectáreas que se reclaman actualmente, se ha detectado por la URT que la cabida no es geográfica, porque muchas víctimas reclaman el mismo predio, debido a los secuenciales desplazamientos y a la informalidad en la adquisición de la tierra.

Reconociendo lo anterior, no se exige a la víctima probar su relación jurídica con el predio de manera solemne. Los reclamantes podrán registrar la tierra ante la URT con una prueba meramente sumaria de su propiedad,

posesión u ocupación; igual liberalidad se aplica para acreditar el despojo o desplazamiento, siendo la carga del demandado desvirtuar los hechos relacionados en la reclamación (Ley 1448 de 2011, artículo 78).

En caso de que no exista opositor dentro del proceso, la competencia corresponderá al juez civil del circuito especializado en restitución de tierras, quien acumulará los procesos¹⁶ según la lógica de los artículos 79.2 y 95 de la Ley 1448, y decidirá a cuál de todos los reclamantes asigna la propiedad del bien, y respecto a los restantes, les concederá la reubicación en otro lugar, entregándoles la propiedad de otro inmueble, según lo establecido por el artículo 97 de la ley de tierras.

Sin embargo, después de las múltiples notificaciones y advertencias dadas desde la inscripción del predio en la URT al propietario registrado, o al poseedor u ocupante que se encuentre en el terreno, es difícil que no exista oposición para el registro ante la Unidad Administrativa. En esta etapa, previa notificación de la URT, el propietario, poseedor u ocupante que se encuentre en el inmueble, podrá aportar pruebas de su relación con el bien y de su buena fe, material probatorio que debe ajustarse a la ley civil (Ley 1448 de 2011, artículo 76.4), situación que se lograría con la exhibición de la escritura pública y el registro de propiedad, y para el caso de posesión

16 Si no existe oposición, la competencia es del Juez Civil del Circuito especializado en restitución de tierras. Estos funcionarios conocen y deciden en única instancia los procesos de restitución y los de formalización de títulos, como sería el proceso de pertenencia para un predio reclamado por un poseedor. Si existe oposición, el juez de tierras tramitará el proceso hasta antes de proferir sentencia, y lo remitirá al Tribunal Superior del Distrito Judicial para que del magistrado de tierras emita el fallo definitivo. En los casos en que no hay oposición y el juez civil del circuito emite la decisión de no decretar la restitución, el negocio irá en consulta ante la Sala Civil del Tribunal Superior (Ley 1448 de 2011, artículo 79). Según el artículo 92 de la misma Ley, contra la sentencia de restitución se podrá interponer el recurso de revisión ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

u ocupación con testigos y títulos de posesión, lo que podría inhibir que la reclamación llegue a la etapa judicial, y con ello, que la víctima tenga éxito en la reclamación del bien¹⁷

Estadística actualizada a Junio 2 de 2013 indica que, de las 160.000 restituciones prometidas en el Plan de Desarrollo para el cuatrienio del gobierno del Presidente Juan Manuel Santos, el 17% de las 39.999 solicitudes presentadas ante la Unidad de Restitución de Tierras estaban todavía en el trámite administrativo de la inscripción del predio, y solo se habían presentado 1.742 demandas, lo que quiere decir que solo el 4% había alcanzado la fase judicial, y que únicamente se habían producido 90 fallos de restitución por los 39 jueces y 15 magistrados de tierras de todo el país (Ámbito Jurídico, 2013)

De lo anterior se deduce que el éxito del proceso para la víctima está en que el funcionario que recibe la solicitud de inscripción en la URT, supere el mero chequeo de documentos e interprete la ley con criterios sociológicos y jurídicos, de manera que pueda establecer que quien está al otro lado es realmente un delincuente, y no otra víctima que llegó al inmueble desplazada

17 En sus declaraciones a la edición del diario *Ámbito Jurídico*, edición del 24 de junio al 7 de julio de 2013, páginas 16 a 17, el Director de la URT confirma que “en muchas ocasiones, con los documentos que se llevan (por los opositores), la URT se abstiene de proceder, porque encuentra que hay todo un derecho y que quien defrauda la ley es quien está reclamando.”, refiriéndose por tales documentos a la prueba de la propiedad, que debe entregar la contraparte a la URT. En la misma entrevista, responde a la pregunta “¿Los opositores son una amenaza al proceso de restitución?”, de la siguiente manera: “Nosotros entendemos que lo que ocurrió en el campo fue una situación muy compleja y que el que está del otro lado del proceso puede ser un testaferro y un delincuente. En este sentido tomamos medidas de prevención y buscamos que la Fiscalía actúe. Ahora bien, si es un tercero de buena fe, nosotros lo respetamos para que ejerza sus derechos. Si encontramos campesinos que se asentaron allí porque encontraron el predio abandonado, tenemos mucho cuidado con esta población. No subestimamos a ningún opositor, sea una gran minera o un campesino.”

por la violencia. Cualquiera de las dos opciones es probable, si se tiene en cuenta que en el campo hay un conflicto armado vigente, que las relaciones con los predios son informales, y que no existe registro inmobiliario ni catastral confiable y actualizado.

La dudosa suerte del poseedor en el proceso de restitución de tierras

La situación de quien no ha legalizado su propiedad es compleja, sea en calidad de reclamante o de opositor. Si es reclamante, a pesar de que debe probar sumariamente su situación, es probable que en la etapa administrativa no se logre el registro de su solicitud porque se acredite de manera solemne la propiedad por quien aparece registrado como dueño. Mejor suerte correrá si no hay opositor, ya que podrá inscribir la posesión ante la URT y accionar posteriormente ante el juez la pertenencia del bien, para legalizar el terreno.

En el caso del poseedor que actúa como opositor, su situación es más difícil porque la inversión de la carga de la prueba en la etapa judicial y el requisito de certificar su buena fe calificada le exigirá algo más que testimonios y peritajes, sobre todo teniendo en cuenta que sobre él pesa una presunción de mala fe, que se deduce del propio espíritu de la ley y que podría poner en riesgo el recaudo de la indemnización pecuniaria de que habla la ley 1448.

En efecto, según el artículo 78 de la ley, el demandado tendrá que probar la relación jurídica con el bien por los medios legales, si quiere reclamar la compensación. Esto es, deberá ajustar su defensa a los títulos que el derecho civil exige para la prescripción ordinaria o extraordinaria. Si es un poseedor regular tendrá que allegar un justo título, traslativo y solemne e inscrito

en falsa tradición¹⁸, y si es un poseedor irregular con título injusto deberá probar al juez la explotación pública, tranquila y pacífica del bien.

En todo caso, si existe título (sea justo o injusto) de ninguna manera podría aparecer en él, actuando como tradente, un delincuente reconocido por su vinculación a los hechos que ocasionaron el desplazamiento o los delitos conexos al conflicto armado. Si esto es así, el título sería considerado inexistente y se le presumiría de derecho su mala fe, impidiéndole cobrar el pago de la compensación.

Si no hay título, o si existiendo es injusto (artículo 766 C.C.) se tratará de un poseedor irregular, que deberá demostrar por las vías legales una *bonísima fides*, lo cual es un contrasentido para los privatistas, para quienes la buena fe se deduce de la calidad del título.¹⁹ Aquí cabe una pregunta crucial: ¿Es posible probar buena fe calificada con un título injusto, o sencillamente, cuando no existe título alguno? O ¿será que la ley 1448 de 2011 desconoce totalmente la teoría de la usucapión y poco le importa la calidad del poseedor, si es regular o irregular?

18 Autores de vieja data, como Valencia Zea (1983) y Milciades Cortés (1999) exigen, para la justeza del título del poseedor, su inscripción en el folio como falsa tradición, apoyándose en la interpretación a los artículos 764, 2528 y 2529 del Código Civil, los cuales consideran que están vigentes en el ordenamiento colombiano a pesar de la histórica sentencia del año 1955 sobre la imposibilidad de la superioridad de la posesión inscrita sobre la material. Otros doctrinantes, de años más recientes consideran que dicho fallo se impone y que no existe la posesión inscrita porque lo que importa y debe reconocer el derecho es la explotación material. Entre ellos Ternera Barrios (2007) y Jaramillo Jaramillo (2005).

19 En asuntos de derecho civil bienes, la buena fe posesoria está especialmente referida al poseedor regular, quien "se siente dueño" porque en la adquisición del bien se han agotado todos los requisitos legales de negociación de la propiedad, permitiéndole creer, firmemente, que quien le vende es el propietario. El título, fuertemente anclado en las formalidades y requisitos legales influye en su actitud interna, y lo lleva a pensar que ninguna otra persona tiene derecho sobre la cosa. Sobre los requisitos del poseedor regular y del justo título existe nutrida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para citar solo una, puede verse la fechada el 07 de julio de 2011, Sala de Casación Civil.

Es probable que la respuesta a la última cuestión sea positiva. Como el poseedor opositor no podrá reclamar la propiedad por la usucapión, ni aspirar a conservar la tierra, poco o nada interesa el tiempo de explotación previa ni la calidad del título. En este punto, la norma de orden público se aparta totalmente de los requisitos y condiciones de la usucapión del régimen común. Lo verdaderamente importante para demostrar buena fe calificada, y por esta vía obtener la indemnización pecuniaria, es allegar un contrato que contenga la intención de trasladar el dominio, (¡inclusive una mera promesa de compraventa!), sea el título solemne o informal pero donde el tradente sea inocente, en otras palabras, una persona que por ningún lado aparezca reseñada por la justicia directamente, o en calidad de testaferro.

Por lo tanto, el opositor podrá reclamar la indemnización sin que el Juez entre a estimar su calidad de poseedor regular o irregular, pero es probable que se le facilite la prueba de la buena fe calificada a quien tenga un documento físico o contrato traslativo de cualquier naturaleza. Quien no tenga título alguno deberá demostrar la explotación del bien y su calidad de poseedor por otros medios legales, como serían los testimonios y el peritaje.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el cúmulo de años de explotación no es relevante para la defensa del opositor, porque por efectos de la justicia transicional se ordena congelar los términos de usucapión del reclamante poseedor desde el momento mismo del desplazamiento o despojo, de acuerdo a la fecha declarada por la víctima al momento de registrar su predio en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas (Ley 1448 de 2011, artículo 74). En consecuencia: si un reclamante no logra demostrar su calidad de víctima no le es dable adquirir por usucapión muy a pesar de que se hubieren congelado los términos a su favor; y en el caso de los opositores, jamás podrán adquirir por este modo ya que probada su posesión y buena fe, solo se les reconocerá una mera compensación dineraria.

Tampoco hay que perder de vista que, respecto de aquellos demandados que justifican su propiedad en una sentencia de pertenencia anterior a la

solicitud de restitución, la sentencia del juez o magistrado de tierras puede dejar sin efectos la declaración de pertenencia registrada con anterioridad a favor del demandado, por considerar que se violó el debido proceso al no intervenir la víctima dentro del mismo (Ley 1448 de 2011, artículo 74.1).

El contrato para el uso del predio restituido y el innominado derecho real de superficie

El artículo 99 de la Ley 1448 de 2011 contiene un trasfondo claramente económico, que pareciera haber sido redactado como la antesala del derecho de superficie, contemplado en el Proyecto de Ley de Tierras y Desarrollo Rural, actualmente en trámite ante el Congreso de la República. Según su texto, se concibe un proceso de transformación productiva, institucional y social del territorio rural con la conformación de alianzas entre agencias públicas y del sector privado, con el fin de lograr el bienestar de los campesinos y de corregir desequilibrios regionales en niveles de desarrollo (artículos 1 y 2). En el sector estatal, el protagonista indiscutible de esta política es el INCODER, al que se le han asignado múltiples funciones, algunas ya existentes en la Ley 140 de 1994, entre ellas, la formalización y legalización de la tierra en cabeza de particulares, y el rescate de la propiedad de los baldíos de la nación. Por otro lado, tendrá que construir zonas de reserva campesina o de desarrollo empresarial y decidir sobre derechos reales de superficie sobre los baldíos o bienes fiscales patrimoniales (artículo 11 numerales 6 y 7).

Según se lee en el proyecto de ley, la alianza Estado y sector privado se enfocará a garantizar la efectividad de los derechos de beneficio social a los pobladores mediante el desarrollo de estrategias comerciales, industriales y turísticas con la participación de los actores de la sociedad rural (artículo 43) y mediante la delimitación de distritos de adecuación de tierras para volverlas productivas (artículo 115).

Por otro lado, el proyecto contiene un procedimiento administrativo que faculta al INCODER para investigar sobre el ejercicio de la propiedad, posesión o tenencia de los predios con la finalidad de sanear la relación jurídica con los bienes, y de expropiar a favor del Estado por razones de interés social (artículos 132 a 139).

Ahora bien, no se trata de exponer aquí la totalidad del proyecto sino aclarar la conexión que existe entre su espíritu y la Ley 1448 de 2011, especialmente en lo referente al artículo 99, según el cual, si el opositor pudo demostrar ante el magistrado de tierras su buena fe exenta de culpa y ha venido desarrollando en el predio objeto de la restitución un proyecto agroindustrial puede solicitar, de común acuerdo con el reclamante y mediante el trámite incidental, la celebración de contratos para el uso del predio, de manera que se le permita seguir explotando el proyecto agroindustrial. Según la norma, el contrato así suscrito debe reconocer la propiedad de la víctima sobre el predio.

En el caso de que no pueda probarse la buena fe calificada, -continúa el artículo 99-, el contradictor debe entregar la unidad económica a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas para que lo explote a través de terceros (una fiducia, seguramente), con el encargo de que su producido se destine a programas de reparación colectiva para víctimas de predios vecinos, incluyendo al beneficiario de la restitución. Se deduce que en este caso, el industrial no recibiría compensación dineraria alguna, siguiendo con la lógica de que esta solo procede con la prueba de la excelsa buena fe.

Se entiende que la finalidad de la norma en cualquiera de los casos, es salvar la unidad productiva y los empleos que esta pueda generar para la región, lo cual es encomiable, sin embargo, se percibe en esta norma un mayor interés por el industrial que por la misma víctima. Las razones que sostienen esta afirmación son las siguientes: según la ley, una vez haya vencido

la víctima en el proceso de restitución y haya sido declarada judicialmente propietaria, debe considerar si negocia o no con su contraparte, un sujeto poderoso económicamente, la tenencia de la tierra por medio de un contrato de naturaleza jurídica indefinida que el artículo 99 cataloga en plural como contratos de uso del predio.

Un contrato de uso como lo denomina la ley, puede derivar en múltiples situaciones. La mera tenencia o la concesión de derechos reales en cosa ajena. Siendo así, podría tratarse de un contrato de arrendamiento a largo plazo, de un usufructo o de una fiducia de administración... o ¿por qué no? de aquel derecho real de superficie que se proyecta actualmente ante el Congreso de la República? En este caso, como en el usufructo, se surtirían los efectos *erga omnes* del derecho real –oponibles inclusive al propietario–, lo cual exigiría del magistrado de tierras una asesoría especial a la víctima propietaria, en otras palabras, una advertencia sobre la conveniencia y efectos de conceder un derecho real al industrial, asegurándose de que el recién nombrado propietario, usualmente un sujeto sin formación jurídica, comprenda los efectos del negocio que le propone la norma.

Mayor agudeza deberá ejercer el Juez si se tiene en cuenta que en la Ley 1448 no existen límites al ejercicio del mencionado derecho en cuanto a su duración, ni la obligación de suscribir garantías a favor del propietario que le aseguren el buen uso del bien y su oportuna restitución. Tampoco se reguló el pago de mejoras a la terminación, ni otros asuntos que pueden interesar al propietario, quien se insiste, es un sujeto en desventaja económica y una parte débil frente al propietario del proyecto agro industrial. En este punto, la redacción del último inciso del artículo 99 deja mucho que pensar cuando se le recomienda al togado “velar por la protección de los derechos de las partes y que estos obtengan una retribución económica adecuada”. ¿Las partes? ¿Retribución para ambos? ¿Acaso no es la reparación integral de la víctima lo que debe preocupar al juez o magistrado? Y es más: ¿no es el retorno al lugar de origen y la restitución de la tierra el principal

derecho de los usuarios de la ley 1448 de 2011? Según parece, esta opción se olvida en el caso en cuestión.

Porque tal y como está redactado el artículo 99, siempre que el predio esté ocupado por un proyecto agroindustrial la víctima deberá cambiar el derecho a recuperar su tierra por una compensación dineraria, por obra y gracia de la facultad que le da la ley al industrial. En este punto, la norma le da la espalda a sus principios: reconoce propiedad a la víctima pero no le permite el retorno ya que, se demuestre o no la buena fe calificada por el opositor, no podrá recobrar la tenencia de su tierra, que siempre estará a manos de un administrador *más calificado* en el sentido económico del término. Es más: si el opositor no demuestra su buena fe calificada, le irá peor al campesino, porque la suma de dinero que reciba (¿Canon? ¿Precio de la superficie? ¿Pago del usufructo? ¿Pago del uso?) Deberá compartirlo con sus vecinos como una solidaridad impuesta por la ley, que lo obliga a entregar buena parte del dinero que le correspondería como legítimo propietario del terreno.²⁰ ¿Una expropiación con fines sociales a cargo de una víctima del conflicto armado? Así parece.

Los incisos primero y tercero del artículo 99 fueron declarados inexequibles. La Sentencia C-715 de 2012 resolvió la tacha de inconstitucionalidad del inciso segundo de manera negativa, al considerar que la firma del contrato no era obligatoria, sino una mera posibilidad, una opción, que en todo caso debe ser solicitada por las partes de común acuerdo.

El magistrado sustanciador de la referida sentencia pone en manos del juez o magistrado la suerte de la víctima, partiendo de la base de que el

20 Ley 1448 de 2011, artículo 99 inciso segundo: “cuando no se pruebe la buena fe exenta de culpa, el magistrado entregará el proyecto productivo a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas para que lo explote a través de terceros y se destine el producido del proyecto a programas de reparación colectiva para víctimas en las vecindades del predio, incluyendo al beneficiario de la restitución”.

desprotegido campesino puede tener, el final del litigio, la claridad y libertad contractual para rechazar o aceptar la celebración del contrato. A pesar de la asesoría y mediación que confía la norma al Juez o Magistrado de tierras, esta posibilidad parece un contrasentido con la reconocida postura legal de que en el proceso judicial la víctima es una persona en inferioridad de condiciones, no un hábil comerciante que sabrá asegurar frente al juez su futuro económico.

Acercas del aún más polémico inciso segundo, comentado en líneas anteriores²¹, no se pronunció la Corte, pero bien cabría un análisis de tipo constitucional con argumentos más profundos que los expuestos en este trabajo.

Conclusiones

La realidad del conflicto armado interno, exige la aplicación de normas especiales y de acciones reales más eficaces que las reguladas en el derecho privado. En ese sentido, y respecto a los predios objeto de restitución a víctimas de desplazamiento y despojo, el derecho público ha modificado el régimen de la propiedad y la posesión contemplado en el Código de Andrés Bello.

Una de estas modificaciones tiene que ver con la institucionalización de presunciones legales respecto a la mala fe del opositor y la buena fe del reclamante, lo que se nota en la inversión de la carga de la prueba en el proceso judicial de la restitución. Si bien estas herramientas jurídicas son indispensables para garantizar la efectividad de la Ley 1448, no se descarta

21 Según el inciso segundo del artículo 99 cuando no se pruebe la buena fe exenta de culpa por el opositor (dueño del proyecto agroindustrial), el magistrado entregará el proyecto a la URT para que lo explote a través de terceros y el producido se destine a programas de reparación colectiva para víctimas vecinas al predio, incluyendo el beneficiario de la restitución.

que en el caso de cadenas de despojo de tierras, se presente la violación de derechos subjetivos de compradores inocentes que nada tienen que ver con los actores armados. Así mismo, podría darse violación al debido proceso en las víctimas que no pueden inscribir el predio ante la URT y por lo tanto, no pueden acceder a la sentencia judicial de restitución.

Al mismo tiempo de ser una norma de justicia transicional, la Ley 1448 de 2011 contiene elementos económicos y políticos relacionados con la reforma agraria del Gobierno Santos (2010-2014), que pretende no solo legalizar la tierra en la zona rural, y restablecer derechos fundamentales de las víctimas, sino impulsar el desarrollo agrario apoyando la inversión privada de grandes industriales y la alianza Estado capital privado. En la Ley 1448 esta tendencia se evidencia en la protección al proyecto agro industrial del artículo 99 y en la suscripción del contrato de uso por la víctima vencedora en la restitución con el opositor dueño del emporio comercial. La naturaleza jurídica del contrato de uso, referido por este artículo, podría ser la puerta abierta al derecho real de superficie, que aún antes de ser realidad, es percibido como un riesgo, ya que inversionistas extranjeros podrían ejercer derechos reales a largo plazo sobre extensos territorios, burlando de alguna manera el ejercicio de la soberanía y, por otro lado, mecanizando el campo, perturbando el ambiente rural y atentando contra el ecosistema nacional.

Salvo este asunto y el problema del trámite administrativo donde se estancan las solicitudes de los reclamantes, la Ley 1448 de 2011, presenta importantes puntos de partida para alcanzar la paz en Colombia, como son la legalización de la tierra y su restitución a las víctimas del conflicto armado interno, la construcción de infraestructura social representada en servicios públicos, vivienda y educación. Por otro lado, es meritoria la intención de normas agrarias facilitadoras del proceso de restitución, de delimitar las zonas de baldíos y parques naturales mediante la apertura de folios de matrícula inmobiliaria y la actualización del catastro. Así mismo,

las políticas de restitución han puesto de presente situaciones de corrupción administrativa no denunciadas anteriormente, relacionados con la titulación de baldíos, lo cual es beneficioso para depurar el camino de acceso a la propiedad campesina en Colombia.

Referencias

- Ámbito Jurídico. (04 de 07 de 2013). Recuperado de <http://goo.gl/7bJoR3>
- Congreso de la República de Colombia (2011). Ley 1448 de 2011. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia (2011) Sin título. 7 de julio. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria
- Cortés, M. (1999). *La posesión*. (Temis, Ed.) Bogotá.
- El Espectador. (12 de 07 de 2013). Recuperado de [elespectador.com: http://www.elespectador.com/noticias/politica/clarificacion-del-decreto-1465-articulo-433396](http://www.elespectador.com/noticias/politica/clarificacion-del-decreto-1465-articulo-433396)
- El Tiempo. (08 de 04 de 2012). Recuperado de [eltiempo.com: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11519241](http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11519241)
- Jaramillo, F. (2005). *Derecho civil Bienes II: posesión y prescripción adquisitiva*. Bogotá: Leyer.
- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de la República de Colombia. (2012). [minagricultura.com. \(Unidad de Tierras, Ed.\) Recuperado de http://restituciondetierras.gov.co/media/descargas/informes_trimestrales/primer_informe_trimestral_urt\(2\).pdf](http://restituciondetierras.gov.co/media/descargas/informes_trimestrales/primer_informe_trimestral_urt(2).pdf)
- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de la República de Colombia. (03 de 02 de 2013). Recuperado de http://restituciondetierras.gov.co/media/descargas/estadisticas/estadísticas_20130204.pdf
- Molano, A. (7 de mayo de 2012). El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/impreso/politica/articulo-344487-tierra-quien-y>
- Ortiz, A. V. (1999). *Derecho Civil. Derechos reales (Décima ed., Vol. II)*. Bogotá, Bogotá: Temis.
- Redacción Justicia. (9 de julio de 2013). El Tiempo. Recuperado de [eltiempo.com: http://www.eltiempo.com/justicia/masacre-de-mapiripan-imputaran-a-falsas-victimas_12920382-4](http://www.eltiempo.com/justicia/masacre-de-mapiripan-imputaran-a-falsas-victimas_12920382-4)
- Revista Cambio. (5 de mayo de 2008). Recuperado de [cambio.com: http://www.cambio.com.co/pais-cambio/776/ARTICULO-PRINTER_FRIENDLY_CAMBIO-4164850.html](http://www.cambio.com.co/pais-cambio/776/ARTICULO-PRINTER_FRIENDLY_CAMBIO-4164850.html)
- Revista Semana. (29 de 03 de 2012). Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/lo-piensa-alejandro-reyes-sobre-restitucion-tierras/255651-3>
- Revista Semana. (23 de febrero de 2013). Recuperado de [revistasemana.com: http://www.semana.com/nacion/articulo/restitucion-nuevo-conflicto/334355-3](http://www.semana.com/nacion/articulo/restitucion-nuevo-conflicto/334355-3)
- Sabogal, R. (junio de 2013). Restituir en medio del conflicto implica unos desafíos enormes. *Ámbito Jurídico*, pág. 16.

- Sánchez, G. (2010). *La tierra en disputa. Memorias del despojo y resistencia campesina en la Costa Caribe* (1960-2010). Bogotá, Grupo de Memoria Histórica.
- Sentencia C-370 (Corte Constitucional Colombiana 2006)
- Sentencia C-052 (Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla 2012a)
- Sentencia C-250 (Magistrado Ponente H. A. Porto 2012b)
- Sentencia C-253 (Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo 2012c)
- Sentencia C-715 (Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas 2012d)
- Sentencia C-781 (Magistrado Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa 2012e)
- Sentencia C-280 (Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla 2013)
- Sistema nacional de atención y reparación integral a las víctimas. (08 de 2012). Recuperado de <http://goo.gl/1XBmSE>
- Terner Barrios, F. (2007) *La realidad de los derechos reales*. Bogotá, Universidad del Rosario.
- Valencia Zea, A. (1993) *La posesión*. Bogotá, Temis.
- Verdad Abierta. (7 de mayo de 2013a). Recuperado de verdadabierta.com: <http://goo.gl/AKGZUK>
- Verdad Abierta. (19 de 03 de 2013b). Recuperado de verdadabierta.com: <http://goo.gl/QSjA8J>