



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO



REVISTA DE DERECHO PRINCIPIA IURIS

29

Tunja, 2018 - I



OPEN  ACCESS

descarga gratuita

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris>

<i>Principia IURIS</i>	<i>Tunja, Colombia</i>	<i>Vol. 16</i>	<i>No. 29</i>	<i>F. 29</i>	<i>pp. 174</i>	<i>Enero Abril</i>	<i>2018 - I</i>	<i>ISSN: 0124-2067</i>
------------------------	----------------------------	----------------	---------------	--------------	----------------	------------------------	-----------------	------------------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Directora Ediciones USTA Tunja

María Ximena Ariza García, Ph.D.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Editor

Ph.D. Deiby Alberto Sáenz Rodríguez

Número de la revista

Veintinueve (29)
Primer Semestre de 2018

Periodicidad

TRIANUAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia
Teléfono: (8) 7440404 Exts.: 31239 – 31231

Correo electrónico

revistapincipia@ustatunja.edu.co
deiby.saenz@usantoto.edu.co

Diseño y Diagramación:

Búhos Editores Ltda.

Corrección de Estilo:

Fray Ángel María Beltrán N., O.P.

Traducción inglés:

Víctor Felipe Prada Hernández

Traducción francés:

Andrés Jiménez Chaparro

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA FACULTAD DE
DERECHO**

EDITOR

Ph.D. Deiby Alberto Sáenz Rodríguez



COMITÉ EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD

Ph.D. Eduardo Rozo Acuña

Universidad de Urbino Italia
rozo.acuna@teletur.it

Gille Guglielmi

Universidad de París II, Francia
gilles@guglielmi.fr

COMITÉ EDITORIAL CIENTÍFICO

Ph.D. Pablo Guadarrama

Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur

Universidad de Medellín, Colombia

Ph.D. Jaime Rodríguez Arana Muñoz

Universidad de la Coruña, España

Ph.D. Cristian Wolffhugel Gutiérrez

Universidad Sergio Arboleda



EL ENFOQUE DE ACCIÓN SIN DAÑO EN EL
PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS

THE APPROACH OF ACTION WITHOUT DAMAGE
IN THE LAND RESTITUTION PROCESS

L'APPROCHE D'ACTION SANS ENDOMMAGER LE
PROCESSUS DE RESTITUTION DES TERRES

A ABORDAGEM DE AÇÃO SEM DANOS NO
PROCESSO DE RESTITUIÇÃO DE TERRAS

Fecha de recepción: 28 de octubre de 2017

Fecha de aprobación: 16 de diciembre de 2017

Flor Margoth González-Flórez¹

1 Magistrada de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cúcuta. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional; en Derecho Laboral de la Universidad del Rosario y en Derecho Comercial de la Universidad Libre.

Resumen

Se analiza la acción de restitución de tierras como un instrumento de contribución a la paz y a la equidad social. Se propone que la decisión judicial en este proceso, debe estar orientada por el enfoque ético de la acción sin daño, con el objetivo de determinar la existencia de complejidades políticas, económicas y sociales en los lugares donde surtirá efectos, para adoptar las medidas que sean necesarias y conciliar los intereses de los sujetos procesales.

Palabras claves: Restitución de tierras, enfoque de acción sin daño, paz, segundos ocupantes, conflicto armado.

Abstract

The action of land restitution is analyzed as an instrument of contribution to peace and social equity. It is proposed that the judicial decision in this process, should be guided by the ethical approach of the Do No Harm, with the objective of determining the existence of political, economic and social complexities in the places where it will have effects, to adopt the measures that are necessary and reconcile the interests of the parties involved.

Keywords: action of land restitution, Do No Harm, peace, second occupants, armed conflict

Résumé

L'action de la restitution des terres est analysée comme un instrument de contribution à la paix et à l'équité sociale. Il est proposé que la décision judiciaire dans ce processus, devrait être guidée par l'approche éthique de la Do No Harm, avec l'objectif de déterminer l'existence de la complexité politique, économique et sociale dans les endroits où il aura des effets, d'adopter les mesures nécessaires et concilient les intérêts des parties concernées.

Mots-clés: action de restitution des terres, ne pas nuire, paix, deuxième occupant, conflit armé

Resumo

A ação de restituição de terras é analisada como um instrumento de contribuição para a paz e equidade social. Propõe-se que a decisão judicial nesse processo, seja guiada pela abordagem ética da ação sem prejuízo, com o objetivo de determinar a existência de complexidades políticas, econômicas e sociais nos locais onde terá efeitos, para adotar medidas necessárias e conciliar os interesses das partes envolvidas.

Palavras-chave: Restituição de terras, abordagem de ação sem danos, paz, segundos ocupantes, conflito armado.

Introducción

La restitución de tierras como una acción constitucional y de justicia transicional, está regulada en la Ley 1448 de 2011. El proceso se encuentra regulado por normas del ordenamiento jurídico interno e internacional y disposiciones de naturaleza transicional, lo cual confiere al Juez un amplio margen de decisión. En este trámite, no opera la igualdad procesal de las partes, estipulado en el artículo 42 del Código General del Proceso, pues existe un escenario desequilibrado para garantizar el acceso a la administración de justicia a las víctimas, las que son sujeto de especial protección por parte del Estado y se entiende, que están en condiciones de debilidad respecto del opositor.

Al contradictorio, se le denomina “opositor” y es la persona que tiene en su posesión el inmueble o las tierras solicitadas; él tiene la carga de desvirtuar las presunciones legales de despojo, o demostrar la buena fe exenta de culpa, para ser compensado. En dicho asunto, se plantea un escenario propio y unas particularidades que lo identifican, y constituyen para el Juez o Magistrado unos retos que debe asumir.

Se considera entonces que, las sentencias de restitución de tierras se deben fundamentar en el enfoque de la acción sin daño; afirmación de la cual se deriva el siguiente problema de investigación: ¿Cuál es el alcance de la facultad del juez de restitución de tierras², para orientar desde el enfoque de acción sin daño la decisión judicial? Al respecto se formulan las siguientes dudas ¿qué es la restitución? ¿qué pasa cuando los opositores también son víctimas de la violencia? o cuando no lo sean, se encuentren en la misma condición de vulnerabilidad del accionante.

Para resolver los planteamientos anteriores, el artículo se divide en dos partes: en la primera, a partir del estudio de jurisprudencia constitucional y de las normas que regulan el marco jurídico, se examina la naturaleza jurídica del proceso de restitución de tierras como instrumento de reparación integral y de contribución a la paz y a la equidad social; también, se efectúa un análisis doctrinario del enfoque de acción sin daño como presupuesto ético de la decisión judicial. En la segunda, desde un análisis jurisprudencial y doctrinario, y bajo la perspectiva de la acción sin daño; se estudian las medidas de atención que, al opositor, cuando se reconozca la calidad de segundo ocupante. Finalmente se emiten las conclusiones.

El trabajo propone que, en virtud de la acción sin daño, le corresponde al funcionario judicial analizar el contexto en donde repercutirá su decisión, con el objetivo de determinar la existencia de complejidades políticas, económicas y sociales, y adoptar

2 Entiéndase que la denominación juez, incluye a los magistrados de las salas especializadas en restitución de tierras.

las medidas que sean necesarias para conciliar los intereses de los sujetos procesales, en los casos que resulte oportuno. Todo, con el fin de materializar una justicia distributiva y efectuar una reparación transformadora que favorezca la construcción de la paz.

1. La restitución de tierras y el enfoque de acción sin daño.

1.1 Naturaleza jurídica del proceso de restitución de tierras en Colombia.

La Ley 1448 de 2011, estableció el proceso de restitución de tierras a partir de dos etapas: la primera, de carácter administrativa, corresponde a la Unidad de Restitución de Tierras y la segunda, de orden judicial, está a cargo de los jueces y magistrados civiles especializados. El artículo primero consagró como objetivo, instituir un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas del conflicto armado dentro de un marco de justicia transicional, que garantice los derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición. Por su parte, el artículo 25 al señalar que las víctimas tienen el derecho a una reparación adecuada, diferenciada, transformadora, advierte que este mecanismo no solo pretende una restitución material y jurídica de los predios, como mandato de la *restitutio in integrum*, sino que en el marco de una justicia transicional, procura la superación de las condiciones de vulnerabilidad que facilitaron los hechos victimizantes a partir de un enfoque transformador.³

Se tiene entonces que, la restitución de tierras es un componente de la reparación establecida en la ley en mención, y como lo señaló la Corte Constitucional, encuentra su fundamento en los artículos 2, 29 y 229 de la Carta Política, con el objetivo de alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, en especial la convivencia pacífica, la garantía de los principios y derechos, el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia. Asimismo, en los artículos 1, 8, 25 y 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los preceptos 2, 9, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disposiciones que se refieren al respeto del derecho a la libertad y circulación por el territorio y a la existencia de recursos judiciales sencillos y efectivos; normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y constituyen parámetros vinculantes del Ordenamiento Jurídico Colombiano. (Sentencia C-715, 2012; Sentencia T-679, 2015)

A la par, regulan el tema a nivel internacional 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”, normatividad que consagra la restitución

³ Sobre la Justicia Restaurativa consultar Uprimny, R., & Saffon, M. P. (2006)

como medida de reparación integral⁴; los “Principios Rectores de los Desplazamientos Internos”, conocidos como *Principios Deng* y los “Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas” llamados *Principios Pinheiro*; instrumentos que establecen la responsabilidad estatal en la recuperación y restitución de viviendas, tierras y patrimonio o una reforma de reparación adecuada a las personas que fueron desplazadas.

Se observa entonces, que la acción de restitución encuentra un amplio fundamento convencional, instrumentos que le permiten al Juez realizar interpretaciones armónicas con las normas del ordenamiento jurídico interno⁵

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dejado claro que, el poder judicial, está obligado a ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio en el marco de sus competencias, en el cual debe considerar no solo las normas de la convención sino también, la interpretación que de la misma ha hecho la Corporación. (Caso Gomes Lund y otros (Gurerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, 2010) Posteriormente, advirtió que este control, no solo se debe aplicar en la emisión de normas internas, también en la determinación, juzgamiento y resolución de casos concretos (Caso Gelman Vs. Uruguay ,2013). Le corresponde entonces al juez, adecuar las interpretaciones judiciales y administrativas a los principios establecidos en la jurisprudencia de la CIDH, y aplicar, por lo tanto, un control de convencionalidad difuso en la jurisdicción nacional. (Olano García, H. A, 2016); (Báez Gutiérrez, R. A, 2015)

En lo atinente, es oportuno señalar que el control de convencionalidad en materia de restitución de tierras, se aplicó en vía de tutela por la Corte Suprema de Justicia, esta Corporación ejerció el mismo, al advertir que la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al omitir pronunciarse de fondo sobre la calidad de “*segundos ocupantes*” de los accionantes, desconoció el debido proceso garantizado en el artículo 29 de la Constitución Política y en el numeral 1° del canon 8° de la Convención Americana, en concordancia con la disposición 17.3 de los Principios Pinheiro de las Naciones Unidas. (Sentencia STC4375, 2017).

Así entonces, en la jurisdicción transicional de tierras, las facultades del Juez son mucho más amplio, que, en la jurisdicción ordinaria en asuntos civiles, pues este proceso tiene unas características propias que lo hacen especial y autónomo, tal como lo previó la Ley 1448 de 2011, y se expone a continuación. En efecto, entre los poderes otorgados al juez como director del proceso, se encuentra la posibilidad de decretar medidas cautelares para la protección del predio solicitado y garantizar la seguridad de los accionantes en el evento de resultar necesario. Asimismo, la facultad de declarar la

4 Resolución No. 60/147 del 16 de diciembre de 2005, Asamblea General de la ONU. IX. Reparación de los daños sufridos.

5 Ver al respecto Fernández González, M. Á. (2003).

nulidad de actos administrativos, negocios jurídicos y revocar decisiones judiciales a través de las cuales se hubiere materializado el despojo del inmueble objeto de la Litis.

Igualmente, puede suspender y acumular procesos declarativos de derechos reales, entre ellos: los sucesorios, de embargo, divisorios, de deslinde y amojonamiento, de servidumbres, posesorios de cualquier naturaleza, de restitución de tenencia, de declaración de pertenencia y de bienes vacantes y mostrencos, en los que esté en discusión el predio solicitado. Además, en su decisión, no está restringido a la aplicación del principio de congruencia del fallo, pues el literal “p” del artículo 91 de la Ley 1448 de 2011, estipula que en la sentencia se deben emitir “*Las órdenes que sean necesarias para garantizar la efectividad de la restitución jurídica y material del bien inmueble y la estabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos de las personas reparadas*”,

Sumado a lo anterior, conserva la competencia en control post-fallo, para garantizar el goce efectivo de los derechos de la persona reivindicada en el proceso hasta que se materialicen las órdenes emitidas y desaparezca la situación que amenace sus derechos, además, puede dictar nuevas medidas que considere necesarias para el uso, goce y disposición de los bienes por parte de los restituidos, así como la seguridad e integridad personal y la de sus familiares. La Corte Constitucional, precisó que las facultades en el control post-fallo, no se reducen a simples poderes de ejecución de la decisión judicial, sino en la posibilidad que tiene de “crear nuevos remedios jurídicos” para alcanzar los objetivos constitucionales del proceso como elemento impulsor de la paz, por ende, el Juez debe considerar los diferentes intereses constitucionales que se evidencien en el trámite judicial, con el objetivo de alcanzar soluciones estables y evitar la “conflictividad social por la tierra”. (Sentencia T 315, 2015)

También, elucidó que debido a que la restitución se efectúa en un escenario en el que subsiste el conflicto, no es admisible la aplicación análoga de la figura del desistimiento, pues dicho mecanismo puede ser empleado por los victimarios para obstaculizar las solicitudes que realicen las víctimas, quienes se encuentra en una posición de desventaja frente a los demandados. (Sentencia T 244, 2016). Precisamente, éste argumento y la necesidad de contar con trámite ágil, llevó a que el legislador previera que son inamovibles en este proceso, la demanda de reconvencción, la intervención excluyente o coadyuvante, incidentes por hechos que configuren excepciones previas y la conciliación.

Es oportuno advertir, que el contradictorio en esta acción se le denomina “opositor” y es la persona que mantiene en su posesión el inmueble o las tierras pedidas por el solicitante, él tiene la carga de desvirtuar las presunciones legales de despojo, previstas en el artículo 77 de la Ley 1448 o en su defecto, demostrar la buena fe exenta de culpa, para ser compensado en la medida que se acceda a las pretensiones. Al preverse que el accionante en su calidad de víctima, está en desventaja respecto a su opositor, la ley estableció el principio de buena fe y trasladó la carga de la prueba al demandado; por lo tanto, en este trámite a diferencia del proceso civil, no opera el deber judicial de hacer efectivo la igualdad de las partes, estipulado en el artículo 42 del Código

General del Proceso; existe un escenario desequilibrado para garantizar el acceso a la administración de justicia a las víctimas, las que son sujeto de especial protección por parte del Estado.

En relación con el objetivo de la restitución, el antepenúltimo inciso del artículo 9 de la Ley 1448 de 2011, señala que: “*En el marco de la justicia transicional las autoridades judiciales y administrativas competentes deberán ajustar sus actuaciones al objetivo primordial de conseguir la reconciliación y la paz duradera y estable*”. En este sentido, la Corte Constitucional precisó que la finalidad principal no es la determinación que se tome en cuanto al derecho de propiedad del bien solicitado “*sino lograr una paz sostenible y garantizar a las víctimas del conflicto armado sus derechos inalienables e imprescriptibles a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición de las víctimas del conflicto armado reconocidas en el artículo 3° la Ley 1448 de 2011.*” (Sentencia T 244, 2016, p 35) Además, adujo que, la restitución de la tierra es un derecho fundamental, que adquiere un carácter particularmente, reforzado, y merece atención especial por parte del Estado, al constituirse en parte esencial del derecho a la reparación integral. (Sentencias T 821, 2007 y C 715, 2012)

De conformidad con lo expuesto se tiene que la restitución, es un proceso de justicia transicional, y si bien, conoce de asuntos civiles en relación con los derechos de propiedad, ocupación y posesión de los peticionarios con los inmuebles solicitados, y los negocios que sobre los mismos se efectúen, lo cierto es que su naturaleza trasciende este ámbito y adquiere también, naturaleza constitucional y administrativa, pues se abordan temas de reparación integral, medidas de atención para la población vulnerable, la garantía de derechos, como la vivienda, el arraigo, la educación, el mínimo vital, y se enmarca en una política de pública de reconciliación y recomposición social para la construcción de la paz.

En consecuencia, en este trámite le corresponde al juez solucionar las tensiones que se presenten entre los diferentes intereses constitucionales, mediante una interpretación judicial orientada por un raciocinio razonable que se adecue a la prudencia, justicia y equidad en cada caso en concreto⁶. Esto es, el análisis de las normas se debe efectuar con un criterio finalista, el cual tome en cuenta los objetivos de la restitución como medida de reparación e instrumento para la consolidación de la paz. Se estima entonces, que las decisiones deben estar orientadas por el enfoque de acción sin daño; tener en cuenta las particularidades de los sujetos procesales, para hacer una interpretación de las normas acorde con la realidad social y ofrecer soluciones coherentes a la problemática que se pretende resolver. Es decir, se ha de entender que las normas tienen una textura abierta y se encuentran en tensión permanente ya que protegen diferentes grupos e

6 Al respecto la Corte Constitucional explicó que cuando una interpretación literal de una norma produce efectos contrarios a la finalidad buscada por la misma, el juez está ante una disposición que no resulta clara, y por ende sus decisiones deben ser razonadas y razonables. Esto es, debe buscar el sentido razonable de la norma dentro del ordenamiento jurídico-constitucional a partir de una interpretación sistemática-finalista” (Sentencia C 011, 1994).

intereses, por lo que el juez debe elegir la interpretación que cumpla en mayor medida el fin de la ley. (Kennedy, D., Rodríguez, C., & López, D. E., 1999)

1.2 Enfoque de acción sin daño en el proceso de restitución de tierras

En el escenario expuesto se han evidenciado varios desafíos de la restitución ¿la reparación implica necesariamente la entrega material del predio? ¿qué pasa cuando los opositores también son víctimas de la violencia? o cuando no lo sean, se encuentran en la misma condición de vulnerabilidad de la víctima y no prueban la buena fe exenta de culpa. Al respecto se considera que el Juez de Restitución, como juez constitucional y a partir de los poderes que la ley le otorga, debe aplicar el **enfoque de la acción sin daño**, lo que implica que analice el contexto en donde repercutirá su decisión, para determinar la existencia de complejidades políticas, económicas y sociales.

En efecto, la acción sin daño, como enfoque de intervención social, se presentó inicialmente para revisar las consecuencias de las decisiones en programas y políticas de atención humanitaria, la propuesta en Colombia de la “*acción sin daño como aporte para la construcción de la paz*”, promueve su aplicación en otros escenarios y advierte que se puede emplear “...*en cualquier proyecto o acción que opere en zonas conflictivas y busque el desarrollo humano y la construcción de paz*” (Fundación para la Cooperación Synergia, 2011, p 8). Este enfoque se enmarca en la teoría de la sensibilidad frente a los conflictos⁷ y fue presentado por Mary Anderson y su equipo del *Collaborative for Development Action* en 1994, se denominó Do No Harm -DNH-, en Colombia se adoptó con la traducción “Acción sin Daño” (ASD). (Rodríguez, Ana Luz, 2011)

Rodríguez (2011), expone que está concebido como un enfoque ético basado en el principio hipocrático de la medicina de “no hacer daño”, en lo concerniente explica: “*Desde el enfoque de ASD se trata entonces, no sólo de reconocer y analizar los daños que ocasionan las situaciones de conflictos, sino de prevenir y estar atentos a no incrementar con las propias acciones, esos efectos y sí en cambio, tratar de reducirlos*” (p.46)

Declaró así, que con este criterio se busca establecer una cultura sensible a los conflictos, para determinar las consecuencias de las decisiones que se adopten, a partir de un análisis orientado por unos mínimos éticos, fundados en las nociones de dignidad, autonomía y libertad de las personas; mínimos éticos que fueron adoptados para regular la conducta en la acción humanitaria y, se presentaron como el conjunto de derechos y deberes en torno de los cuales se realizan los acuerdos para la convivencia en condiciones de pluralidad y multiculturalidad.

7 Sobre el enfoque de la sensibilidad de los conflictos consultar: Pineda Castro, I. (2014)

Igualmente resaltó, que con la aplicación de este enfoque se garantiza: **la dignidad**, al evitar la instrumentalización del ser humano, pues las personas son fines en sí mismos y no pueden ser reducidos a un medio para alcanzar otro fin; **la autonomía**, en el entendido de salvaguardar la capacidad que tienen las personas de definir su proyecto de vida y lograr su autorrealización; y **la libertad**, al respetar la capacidad de tomar decisiones en torno a los planes y proyectos establecidos, lo que supone a su vez, una garantía para la dignidad y el ejercicio de la autonomía. Para garantizar el respeto de estas nociones, la propuesta original “*Do no harm*” propone un análisis diferenciado de las causas que dividen y conectan a las personas y comunidades:

Comprender el contexto institucional, político, comunitario, cultural, social y económico es imprescindible para interpretar, lo mejor posible, la complejidad del mismo a partir de las interacciones que allí se dinamizan. Sobre todo, para alcanzar una mirada objetiva, evitar prejuicios o descomponer la realidad en el simplismo del “blanco y negro,” “buenos y los malos”. (Rodríguez, 2011 p.63)

Al respecto, Bolívar, Patricia & Vásquez, Olga (2017), analizaron la aplicación de la acción sin daño en el proceso de restitución de tierras, y manifestaron que la reparación en la restitución, debe ser cuidadosa de no generar conflictos entre los grupos, metas y otros actores del territorio, lo que implica la visualización de otros involucrados y la ejecución de acciones en distintas situaciones. Indicaron que el espacio de reconciliación que promueve la justicia transicional, debe tener en cuenta las condiciones estructurales que generan violencia, desigualdad e injusticias, las cuales han sido el cimiento del conflicto armado.⁸

Se considera que este enfoque impone al Juez la tarea de analizar el contexto en donde repercutirá su decisión, para determinar la existencia de las complejidades políticas, económicas y sociales conectadas al conflicto armado. Con ello, se pretende no desconocer desde el derecho internacional de los derechos humanos, la condición de vulnerabilidad en la que se pueden encontrar los opositores y las necesidades o situación de los solicitantes, pues no prever las circunstancias particulares en las que se hallan las partes del proceso, implica negar la equidad social y la justicia material, aspectos necesarios para construir una sociedad en paz.

En este sentido, Gómez, F. T. (2017), propone una reparación de las víctimas del conflicto armado interno, desde la socio-terapia con enfoque de acción sin daño, en el que las orientaciones de intervención en lo social comprendan holísticamente la reparación integral, en un escenario de corresponsabilidad para la construcción de “nuevas ciudadanías”, desde el fortalecimiento de la socialización democrática y la ética del cuidado, que le permitan establecer en la familia, la escuela y la comunidad “nuevas relaciones participativas y pacíficas para afrontar los conflictos de la cotidianidad” (p, 117), y desde la ética, que reconozca y se preocupa por la dignidad del otro.

⁸ Sobre las condiciones estructurales que generan violencia ver Galtung, J. (2004).

La restitución de tierras, como política que procura superar las condiciones de vulnerabilidad de las víctimas del conflicto armado interno, no puede convertirse en una acción que revictimice a otras víctimas, o personas que si bien, no padecieron las consecuencias directas de dicha guerra, si sufren la violencia estructural que los hace invisibles, los margina y los excluye; es necesario, no desatender este contexto de complejidad social, pues en dicho evento, se podrían generar situaciones adversas a las que se pretende disipar, como la generación de rencores y el distanciamiento de la reconciliación. En efecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C- 404 de 2016, elucidó que los riesgos en el proceso de restitución, derivan también de factores estructurales como el abandono estatal, pues la presencia de las instituciones públicas en los territorios donde se desarrolla este trámite, es precario; situación que hace más vulnerable a los accionantes y en ciertas ocasiones a los mismos opositores.

En consecuencia, se propone que el enfoque de la acción sin daño, se convierta en una herramienta para la interpretación de las normas y la adopción de decisiones judiciales, con el fin de que las medidas que se adopten en el proceso de restitución de tierras, sean coherentes con la Constitución, las disposiciones internacionales y sobre todo, con el objetivo de la justicia transicional de lograr la reparación de la víctimas y alcanzar la paz.

2. Medidas de atención a los segundos ocupantes

2.1 Los segundos ocupantes: las medidas de atención, desde el enfoque de A.S.D.

El prever la situación de las personas que se vinculan al proceso en calidad de opositores, es indispensable para dar cumplimiento a los objetivos propuestos en la restitución, máxime cuando estos no resultan ser los despojadores, ni victimarios o testaferreros, sino personas en igual o peor situación socioeconómica que la de los solicitantes; en muchos casos, también víctimas de la violencia o personas en estados de necesidad que de forma posterior al abandono de los predios entraron al mismo en calidad poseedores, ocupantes y explotadores.

Al estudiar la situación de los opositores que se encuentran en estado de vulnerabilidad, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-330 de 2016, explicó que se deben considerar derecho a la vivienda en los predios que fueron abandonados o despojados en el marco del conflicto armado, y llegaron al mismo a través de un negocio jurídico, o se encuentran en calidad de poseedores, son ocupantes en espera de una adjudicación o también, son víctimas del conflicto, entre otras situaciones que se pueden presentar. Preciso que la buena fe exenta de culpa, debe ser estudiada para el momento en el que el opositor estableció la relación jurídica material con el predio, y que al juez le corresponde otorgar un trato diferencial a los que se encuentren en condición de debilidad manifiesta en relación con el acceso a la tierra o la vivienda digna, evento

en el cual puede flexibilizar el concepto, exigir la buena fe simple o admitir sucesos similares al estado de necesidad.

En todo caso, advirtió que para dar una aplicación flexible o reconocer la calidad de segundos ocupantes, y otorgar medidas de atención para garantizar, entre otros, los derechos a una vivienda digna y al mínimo vital, se debe verificar que la conducta del opositor cumpla con los siguientes requisitos:

“(i) no favorezcan ni legitimen el despojo (armado o pretendidamente legal) de la vivienda, las tierras y el patrimonio de las víctimas; (ii) no debe favorecer a personas que no enfrentan condiciones de vulnerabilidad en el acceso a la tierra y (iii) no puede darse para quienes tuvieron una relación directa o indirecta con el despojo.” (Sentencia C-330 de 2016, p 82)

Posteriormente, en el Auto 373 del 23 de agosto de 2016, al realizar la distinción entre opositor y segundo ocupante, precisó que, mientras el primero tan sólo exige la titularidad del predio objeto de la Litis; el segundo ocupante mantiene con el inmueble una relación de arraigo de la cual depende su derecho a la vivienda o los medios para subsistir, por lo que no se podría desconocer la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra y por ende, se debe conceder las medidas de atención que correspondan.

Se tiene entonces que, en el evento en el que a los opositores se les reconozca la calidad de segundos ocupantes, en atención al enfoque de acción sin daño, también se les debe otorgar las medidas de atención que sean necesarias, pues aun cuando no sean víctimas, se encuentran en una situación de exclusión social⁹; motivo por el que en aplicación del principio del efecto útil de las normas que regulan la restitución de tierras y de una interpretación teleológica de las mismas, la decisión judicial, debe contribuir en la materialización de una justicia distributiva y con ello, en la superación de factores del conflicto armado, como la violencia estructural y la desigualdad.¹⁰ En el escenario judicial, no solo se atiende la situación de vulnerabilidad de la víctima, también la de la oposición, lo que lleva al cumplimiento del objetivo de la Ley 1448 de 2011, de lograr una paz estable y duradera, pues se promueve una verdadera conciliación y se garantiza las condiciones mínimas para que el accionante y el opositor, puedan vivir dignamente.

Es dable afirmar que el desequilibrio probatorio a favor del solicitante, se debe nivelar por el Juez como director del proceso, cuando se advierta que el opositor es un sujeto vulnerable, se encuentra en situación de debilidad manifiesta y merece una especial protección, conforme lo estipula el artículo 13 de la Constitución Política, principalmente cuando éste, además, ostente la calidad víctima del conflicto armado. En dicho evento,

9

10 Sobre las causas de la violencia política y el conflicto armado en Colombia ver: Yaffe, L. (2011). El autor expone la desigualdad estructural que cimienta el conflicto.

se considera que demostrar la conducta cualificada de buena fe exenta de culpa, para acceder a la compensación, resulta difícil, pues por lo general en estos casos, los negocios que se realizan respecto de los inmuebles, se caracterizan por la informalidad, el desconocimiento de las normas y el analfabetismo de las personas, sobre todo, de aquellas que habitan en la zona rural.

No obstante, en relación con la buena fe exenta de culpa, la Corte Constitucional en la sentencia C-330 de 2016, advirtió que esta exigencia obedece a que el legislador, al estudiar la violencia generalizada que se dio en el marco del conflicto armado, y que originó el despojo de predios, encontró varios modos de dar apariencia de legalidad a los actos de usurpación y despojo y, en consecuencia, exigió dicha conducta, con el fin de evitar la legalización fundamentada en factores inadmisibles constitucionales como:

“el aprovechamiento abusivo de las condiciones de violencia, que viciaron el consentimiento jurídico de las víctimas; la corrupción, que puso parte de la institucionalidad al servicio de los despojadores; y el formalismo del derecho, que favoreció a la parte más poderosa en el ámbito administrativo y judicial”. (p, 64)

En lo atinente, se estima que, desde el enfoque de la acción sin daño, el Juez no puede desconocer los fenómenos sociales que se viven en el territorio colombiano, producto de la guerra que ha permanecido desde hace más de 50 años, y los cuales afecta la visión que las personas tienen del conflicto armado interno. En este aspecto, resulta importante citar la teoría de la mirada normalizadora, por medio de la cual Gentili (2001) elucidó que mientras la “anormalidad” hace los acontecimientos visibles, la “normalidad” tiene el poder de ocultarlos; para aclarar su afirmación, explicó que, en las sociedades fragmentadas, los efectos que producen la concentración de riquezas se diluyen ante la percepción cotidiana de lo “normal”, y es ahí, donde la exclusión se vuelve invisible:

La exclusión se normaliza y, al hacerlo, se naturaliza. Desaparece como “problema” para volverse sólo un “dato”. Un dato que, en su trivialidad, nos acostumbra a su presencia. Dato que nos produce una indignación tan efímera como lo es el recuerdo de la estadística que informa el porcentaje de individuos que viven por debajo de la “línea de pobreza”. (p.2)

En consecuencia, se advierte que así como la cotidianidad invisibiliza la exclusión social; la permanencia del conflicto armado en Colombia durante más de cinco décadas, ha llevado a la normalización del mismo, al punto que las personas que habitan en las zonas con presencia de actores armados y en las cuales se viven con mayor intensidad los efectos de la violencia, se han adaptado a dicha realidad: los enfrentamientos, secuestros, cultivos ilícitos, asesinatos selectivos, extorsiones, desplazamientos forzados, entre otras violaciones de los Derechos Humanos, no les resultan extraños, aprenden a vivir con ellos, mientras no se vean afectados directamente. Los hechos de violencia se

convirtieron en datos y las víctimas en cifras; la situación se sistematizó al punto que, en el proceso de restitución de tierras, la existencia del conflicto es un hecho notorio.

Se considera entonces, que circunscribir la buena fe exenta de culpa al desconocimiento de la situación de violencia o del hecho victimizante sufrido por el accionante, no es conveniente, pues esta circunstancia no siempre refleja un aprovechamiento de la situación de violencia por parte del opositor; el que no en todos los casos, se encuentra en una posición de superioridad, respecto del solicitante; por ende, el Juez deberá realizar un análisis detallado de acuerdo a las circunstancias del caso en concreto, advertir la verdadera intención del comprador al momento de efectuar el negocio, que en ocasiones no es otro que satisfacer su derecho a la vivienda.

En esta medida, le corresponde al juez estudiar el contexto social, político y cultural en el que habita el segundo ocupante, para determinar el significado que tiene del conflicto armado, el arraigo que desarrolló con el predio y el lugar de ubicación del mismo, con el fin de otorgarle las medidas de atención que le correspondan y garantizar con ello, los mínimos éticos de dignidad, autonomía y libertad. Además, las decisiones que logren conciliar los intereses de las víctimas y los segundos ocupantes, no solo garantizan el componente de no repetición en el proceso de reparación, también, se constituyen en un aval de la justicia prospectiva, para superar los odios, la venganza, los rencores y garantizar que las generaciones futuras puedan vivir en paz.

LLambías (1949), al referirse a la justicia prospectiva, advirtió que el hombre tiene plena conciencia para determinar el futuro, porque él mismo ha sido determinado por el pasado. Y en efecto, fue así, como la sociedad actual colombiana, heredó el conflicto armado, por lo que se estima que la restitución como mecanismo de reparación, no solo debe considerar el pasado y el presente, también, debe pensar en las generaciones venideras, en el entendido que “la comunidad política no es sólo una unión de coetáneos sino también un vínculo entre generaciones que se eslabonan en el tiempo.”

Conclusiones

El proceso de restitución de tierras, es un trámite transicional, que trasciende el ámbito civil, y adquiere naturaleza constitucional y administrativa, al constituirse en un componente de la reparación integral de las víctimas del conflicto armado interno y enmarcarse en una política de pública de reconciliación y recomposición social para la construcción de la paz. Su marco normativo está conformado por normas del ordenamiento jurídico interno – legal y constitucional- y de orden convencional, lo que confiere al juez de restitución un amplio margen de decisión.

Los poderes del juez de restitución de tierras, son mucho más amplios que en la jurisdicción civil. En efecto, en su función de juez constitucional y de convencionalidad, está facultado para que, desde el enfoque de la acción sin daño, efectúe una interpretación finalista y razonable de la normativa, que tome en cuenta los objetivos de la restitución

como medida de reparación e instrumento para la consolidación de la paz. Es decir, la decisión judicial debe considerar las características de los sujetos procesales, consultar la realidad social y ofrecer soluciones coherentes a la problemática que se pretende resolver.

La interpretación de las normas que regulan la acción restitución de tierras y el estudio de la realidad social, desde el enfoque de acción sin daño, pretende establecer una cultura sensible a los conflictos, para identificar los efectos de la decisión judicial; y que los jueces desde un análisis orientado por los mínimos éticos de dignidad, autonomía y libertad de las personas, prevean que sus providencias no generaren nuevos conflictos o perpetúen los que ya existen; sino que promuevan el escenario de reconciliación que suscita la justicia transicional y se constituyen en un aval de la justicia prospectiva, para superar los odios, la venganza, los rencores y garantizar que las generaciones futuras puedan vivir en paz.

En atención a la justicia distributiva y el efecto útil del derecho, en el escenario judicial de restitución de tierras, el juez, no solo debe atender la situación de vulnerabilidad de la víctima, también la de la oposición, en calidad de segundo ocupante; pues sólo en este escenario, se suscita la reconciliación, y a través de la equidad social y la justicia material se contribuye en la construcción una paz estable.

En relación a la buena fe exenta de culpa, le corresponde al juez estudiar los fenómenos sociales que surgieron en el territorio colombiano, producto de la guerra que ha permanecido desde hace más de 50 años, y el contexto social, político y cultural en el que se desenvuelve el opositor; ello con el fin de determinar el significado que tiene del conflicto armado interno, pues la existencia de la violencia no siempre refleja una aprovechamiento de la situación en los negocios efectuados; además, no en todos los casos, el opositor se encuentra en una posición de superioridad, respecto del solicitante. Por ende, se debe efectuar un análisis detallado de acuerdo a las circunstancias del caso en concreto, advertir su verdadera intención en el momento de realizar el negocio u ocupar el predio, que en ocasiones no es otro que el de satisfacer su derecho a la vivienda.

Referencias

Báez Gutiérrez, R. A. Marco cualificado sistémico de reparación integral a víctimas del conflicto armado colombiano a través del control de convencionalidad. (Tesis de maestría en derecho). Universidad Nacional, Bogotá, D.C. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/46688/1/702121.2015.pdf>

Bolívar, P. & Vásquez, O. (2017). Justicia transicional y acción sin daño. Una reflexión desde el proceso de restitución de tierras. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Recuperado de <https://>

www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/05/Justicia-transicional-y-acci%C3%B3n-sin-da%C3%B1o-Versi%C3%B3n-final-PDF-para-Web-mayo-2017.pdf

Corte Constitucional. Auto 373 del 23 de agosto de 2016. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-011 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2016. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia C-404 de 2016. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia C-715 de 2012. Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T -315 de 2015. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia T 821 de 2007. Magistrado Ponente: Catalina Botero Marino.

Corte Constitucional. Sentencia T-244 de 2016. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia T-679 de 2015. Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 20 de marzo de 2013. Caso Gelman Vs. Uruguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Caso Gomes Lund y otros (Gurerrilha do Araguaia) Vs. Brasil.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC4375-2017. Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona.

Fernández González, M. Á. (2003). Visión prospectiva en relación con la regulación constitucional de los tratados internacionales. *Ius et Praxis*, 9(1), 485-511. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100022&script=sci_arttext

Fundación para la Cooperación Synergia. (2011). Acción sin daño como aporte a la construcción de paz: propuesta para la práctica. Bogotá: Armonía Impresores. Recuperado de http://www.unipamplona.edu.co/unipamplona/portalIG/home_52/recursos/01general/29112013/accionesindano_sesion2_mod2.pdf

Galtung, J. (2004). Violencia, guerra y su impacto. *Sobre los efectos visibles e invisibles de la violencia*, 5.

Gentili, P. (2001). La exclusión y la escuela: el apartheid educativo como política de ocultamiento. *revista Docencia*, 15, 4-11. Recuperado de http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/45506363/Gentilli_1.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1498798406&Signature=XGVu15LFYIRGv0PTg7nUPjdHEbU%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLA_EXCLUSION_Y_LA_ESCUELA_el_apartheid_e.pdf

Gómez, F. T. (2017). Perspectivas para la intervención profesional en lo social desde los retos del proceso de paz colombiano. *Jangwa Pana*, 16(1). Recuperado de <http://revistas.unimagdalena.edu.co/index.php/jangwapana/article/view/1961/1421>

Jurisprudencia

Kennedy, D., Rodríguez, C., & López, D. E. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

LIAMBÍAS J. (1949). Sobre la justicia prospectiva. Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía, Mendoza, Argentina, marzo-abril 1949, tomo 2, pp. 1312-1317. Recuperado de <http://www.filosofia.org/aut/003/m49a1312.pdf>

Olano García, H. A. (2016). Teoría del control de convencionalidad. *Estudios constitucionales*, 14(1), 61-94. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000100003#76

Pineda Castro, I. (2014). Aportes desde el Enfoque de Acción Sin Daño a la construcción de una estrategia de prevención de la trata de personas en Colombia. (Tesis de especialización). Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de <http://www.bivipas.unal.edu.co/bitstream/123456789/705/1/APORTES%20DESDE%20EL%20ENFOQUE%20DE%20ACCION%20SIN%20DA%C3%91O%20A%20LA%20CONSTRUCCION%20DE%20UNA%20ESTRATEGIA%20DE%20PREVENCION%20DE%20LA%20TRATA%20DE%20PERSONAS%20EN%20COLOMBIA.pdf>

Rodríguez, A. L. (2011). El enfoque ético de la Acción sin Daño. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de <http://www.bivipas.unal.edu.co/bitstream/10720/415/21/D-222-PIUPC-P21-249.pdf>

Uprimny, R., & Saffon, M. P. (2009). El potencial transformador de las reparaciones. Propuesta de una perspectiva alternativa de reparaciones para la población desplazada en Colombia. CODHES.

Yaffe, L. (2011). Conflicto armado en Colombia: análisis de las causas económicas, sociales e institucionales de la oposición violenta. *Revista CS*, (8), 187-208. Recuperado de <file:///E:/ACCI%C3%93N%20SIN%20DA%C3%91O/1133-3431-1-PB.pdf>

