

## **Algunos comentarios sobre el proyecto de ley que modifica la ley 1448 de 2011 en relación con el proceso de restitución de tierras despojadas o abandonadas**

Comentarios de la CCJ al Proyecto de ley 131 de 2018 Senado<sup>1</sup>

El pasado 5 de septiembre la senadora Maria Fernanda Cabal del Partido Centro Democrático presentó ante el Congreso de la República una iniciativa legislativa que tiene como propósito modificar treinta artículos de la ley 1448 de 2011 relacionados con el proceso de restitución de tierras de predios despojados y abandonados.

Desde la Comisión Colombiana de Juristas, en adelante CCJ, comprendemos que el mencionado proyecto de ley sugiere que el proceso de restitución de tierras, luego de un poco más de cinco años de funcionamiento, requiere unos ajustes. Sin embargo, consideramos que los ajustes que requiere el proceso deben ser favorables para los derechos de las víctimas, como la parte más vulnerable diversas actuaciones administrativas o judiciales, y no para la protección de los derechos de las personas que pudieron ser responsables o verse beneficiadas del despojo o abandono forzado de tierras, como se deriva de la eliminación de tres pilares del proceso de restitución de tierras: la inversión de la carga de la prueba, la buena fe exenta de culpa y la restitución como medida preferente de reparación.

En este sentido, realizaremos algunas observaciones al mencionado proyecto de ley en los siguientes aspectos: i) la inclusión de la referencia a la “relación directa o indirecta con el despojo o agente generador de violencia” incorporada para generar la compensación o reubicación de la persona obligada a entregar el predio restituido (parágrafo 2 y 3 del artículo 71) o dar la posibilidad a dicha persona de “continuar ejerciendo la propiedad, tenencia u ocupación sobre el mismo” (parágrafo 3 del artículo 71); ii) la confusión entre la definición de “buena fe” y la “buena fe exenta de culpa” beneficia a quienes participaron o se favorecieron de los despojos o abandonos (parágrafo del artículo 88); iii) la incorporación del concepto de “venta forzada” podría beneficiar a las personas beneficiarias del despojo o abandono forzado de tierras (artículo 74, artículo 81, artículo 82, artículo 97) y la incorporación de nuevas garantías de participación dichas personas en los procesos genera una desigualdad de condiciones para las víctimas (artículo 76, numeral 3 del artículo 77, parágrafo del artículo 78, literal f del artículo 86); iv) la eliminación de la ausencia de consentimiento como causal de inexistencia y la eliminación de las presunciones de despojo administrativo y judicial (artículo 77); v) la inclusión del concepto de acción sin daño, construido históricamente para la atención de las víctimas, pero enfocado en las personas vinculadas o beneficiadas con el despojo o el abandono (numeral 11 del artículo 73 y artículo 102); vi) la eliminación de la restitución para las víctimas que

---

<sup>1</sup>“Por medio de la cual se modifica la ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones”.

tenían la condición de poseedores (literal a del párrafo 1 del artículo 75 y numeral 4 del artículo 77) y ocupantes de predios baldíos (literal b del párrafo 1 del artículo 75); vii) la incorporación del concepto de “propietario del proyecto productivo” con el propósito crear un derecho real de superficie a favor de los responsables o beneficiarios del despojo o abandono de las tierras, incluso siendo responsable, y exigiendo un mínimo de “buena fe simple” como requisito para entregar el proyecto productivo al Ministerio de Agricultura para así extender el despojo a favor de los beneficiarios (artículo 99); y viii) la indicación de disposiciones que resultan inanes, por ser esenciales a cualquier actuación pública y al normal desarrollo de los procesos de restitución de tierras (artículos 28A, párrafo 3 artículos 66, párrafo del artículo 68, numeral 9 del artículo 73).

- 1. La “relación directa o indirecta con el despojo o agente generador de violencia” y la facultad para “continuar ejerciendo la propiedad, tenencia u ocupación sobre el mismo” como disposiciones favorables para las personas vinculadas o beneficiadas por el despojo o abandono de tierras (párrafo 2 y 3 artículo 71).**

La CCJ ha documentado y realizado seguimiento a la situación de despojo o abandono de tierras encontrando, en relación con el proceso de justicia y paz, que

*“El ciclo de violencia, desplazamiento forzado de la población y despojo de tierras ha ritmado por décadas la vida de las poblaciones campesinas en Colombia. (...) en el marco del desarrollo del conflicto armado colombiano, el despojo y usurpación de tierras ha sido uno de los objetivos estratégicos de varios de los actores –no sólo armados sino también económicos y políticos – de la tragedia colombiana.  
(...)”*

*La acumulación de tierras por parte de paramilitares y actores económicos legales – como empresas agropecuarias, agroindustriales y extractivas, tanto nacionales como internacionales – e ilegales- como los narcotraficantes – es un hecho que subyace el conflicto colombiano”<sup>2</sup>.*

Igualmente, el Centro Nacional de Memoria Histórica ha señalado que

*“La primera característica destacable es que la expansión paramilitar consistió ante todo en un complejo proceso de transformación y desdoblamiento de antiguas autodefensas cuyo interés no se enfocó exclusivamente en la lucha antisubversiva, sino que consistió en la construcción y mantenimiento de dominios económicos y*

---

<sup>2</sup> Comisión Colombiana de Juristas, 2011. Despojo de tierras campesinas y vulneración de los territorios ancestrales. Bogotá.

*políticos, para lo cual estos aparatos armados contaron con los beneficios propios de la relación cercana con políticos y sectores de la economía en la región”<sup>3</sup>.*

Adicionalmente, en la práctica del litigio en procesos de restitución de tierras hemos encontrado y está probado judicialmente, que existen diversos aspectos relacionados con el despojo y abandono de tierras asociado con las empresas a saber:

*“a) el actuar de las empresas y las circunstancias en las que adquirieron la propiedad de la tierra disputada; b) los actores que directa e indirectamente participaron en los hechos y su relación con las empresas; c) las posibles relaciones entre la adquisición de la tierra por parte de empresas y las dinámicas del conflicto armado interno; y d) los intereses y los motivos que incidieron en el actuar empresarial”<sup>4</sup>.*

Es importante mencionar que, aunque exista un mayor nivel de análisis del despojo y abandono forzado de tierras por parte de grupos paramilitares y actores económicos, es claro que los grupos guerrilleros y otros actores armados también son responsables de las conductas mencionadas y, en esa medida, beneficiarios del concepto de “relación directa o indirecta con el despojo o agente generador de violencia” que se pretende incluir con este proyecto de ley.

De otra parte, es importante señalar que de conformidad con el artículo 1502 de Código Civil, existen cuatro condiciones básicas que determinan la validez de la obligación que una persona contrae con otra: La capacidad, el objeto lícito, la causa lícita y el consentimiento. La capacidad es la facultad que tiene una persona para contraer obligaciones con otra, por si misma, sin autorización de nadie. El objeto lícito, es la cosa material o el derecho cuya negociación es permitida por la ley. La causa lícita, el motivo que lleva a las partes a realizar un acto o contrato, el cual, no puede estar prohibido por la ley, ni contrariar las buenas costumbres o el orden público. Por su parte, el consentimiento es la libertad de la que goza una persona para celebrar un acto o contrato, determinar su contenido, efectos y duración. Esta libertad, sin embargo, puede estar viciada por error, dolo o la fuerza, lo que genera la nulidad del acto o contrato, y permite al perjudicado solicitar las indemnizaciones correspondientes ante las autoridades judiciales.

Cualquier negocio jurídico realizado por los beneficiarios del despojo o abandono, así no hayan tenido una participación sobre los hechos o los actores armados generadores de la violencia, carecen de causa lícita y ausencia de consentimiento en las obligaciones contraídas por las partes teniendo en cuenta el estado de necesidad,

---

<sup>3</sup> Centro Nacional de Memoria Histórica. 2016. Tierras y conflictos rurales: historias, políticas agrarias y protagonistas. Bogotá. Página 364.

<sup>4</sup> Derecho a la restitución y empresas. [http://www.coljuristas.org/documentos/tmp/b-restitucion\\_de\\_tierras\\_y\\_empresas-oportunidades\\_y\\_desafios.pdf](http://www.coljuristas.org/documentos/tmp/b-restitucion_de_tierras_y_empresas-oportunidades_y_desafios.pdf)

indefensión y vulnerabilidad en que se encuentran las víctimas, entre otras razones por el desplazamiento forzado y las condiciones de violencia generalizada. El aprovechamiento del estado de necesidad e indefensión de quienes se encontraban en un estado de debilidad manifiesta, contradice la ley, las buenas costumbres y el orden público, en los términos del artículo 1524 del Código Civil, por lo que no debería ser premiado como establece este proyecto de ley.

Al presentarse actos de despojo o abandono forzado de tierras sea como respuesta a situaciones directas de victimización o a la violencia generalizada, la existencia de fenómenos de desplazamiento colectivo y graves violaciones a los derechos humanos, es claro observar un beneficio producido para quien pasa a ejercer los actos de poseedor, ocupante o propietario de los predios. No es razonable, considerar que una persona que observe o conozca el abandono forzado o despojo de tierras en predios conocidos o colindantes, o de actos de violencia generalizados, como fenómenos de desplazamiento forzado colectivo y graves violaciones a los derechos humanos, y que se aprovecha de las consecuencias de tales circunstancias para ejercer la posesión, propiedad u ocupación de predios deban ser considerados como actores con buena fe exenta de culpa y, en consecuencia, poder salir sin cuestionamientos frente a la relación o a la participación con los hechos o los actores generadores de violencia, y seguir ejerciendo la explotación del predio.

Al respecto, se puede concluir que el beneficio producido al opositor por el bien objeto del proceso de restitución de tierras es distinto a la relación que este haya tenido con el despojo o con quienes son responsables de los hechos de violencia que condujeron al desplazamiento, abandono o despojo. Incorporar una clasificación distinta sobre la relación o participación en el conflicto de los beneficiarios del despojo, abandono o despojo es permitirles una puerta de salida ante su responsabilidad como interlocutores de relaciones de diverso tipo en la zona de ubicación del predio y la ausencia de diligencia y cuidado al momento de adquirir la propiedad o posesión de los bienes objeto de abandono o despojo.

**2. La inclusión de la definición clásica de “buena fe” para referirse a la “buena fe exenta de culpa” que resulta favorable a quienes vinculadas o beneficiarias del despojo o abandono de tierras (parágrafo del artículo 88).**

El proyecto modifica un aspecto sustancial del proceso de restitución de tierras, existente desde su concepción, el concepto de “buena fe exenta de culpa”. Dicho concepto fue incorporado para que quien realiza la oposición no solo actuó de buena fe en relación con la adquisición o el ejercicio de otros derechos en relación con los predios despojados o abandonados forzosamente, sino bajo la verificación de que su actuación estuvo exenta de culpa, es decir que fue correcta.

El principio de buena fe se encuentra establecido en el artículo 83 de la Constitución Política y, en materia contractual, en el artículo 1603 del Código Civil y en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio. De acuerdo con el artículo 1603 del Código Civil *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley, pertenecen a ella”*. Sin embargo, esa actitud y comportamiento no sólo debe prevalecer y guiar toda la etapa contractual, sino también la precontractual<sup>5</sup>, es decir que exige una diligencia a la hora de establecer las negociaciones y, por supuesto –con correlación al principio de buena fe y a la prohibición legal de abusar del derecho- a actuar sin la intención de sacar provecho de la situación de la contraparte sin dolo o culpa grave.<sup>6</sup>

En ese sentido, es un deber constitucional, comercial y civil, el actuar conforme a este principio, que exige, en el caso de la buena fe exenta de culpa

*“Que se actúe de manera que para que se predique la existencia de la buena fe objetiva no es suficiente la conciencia de estar obrando conforme a buena fe, es necesario cumplir de manera efectiva los deberes que del principio emana, se requiere no solo creer, sino obrar de conformidad con sus reglas, cumplir de manera precisa y eficiente o con los postulados de la buena fe, no creer que se ha sido diligente, sino serlo realmente, no creer que se ha sido transparente o suministrado la información requerida conforme a buena fe, sino haberlo sido en realidad y suministrado la información adecuada, no estimar que se ha respetado el equilibrio sino haberlo hecho de manera que el contrato en un todo lo refleje, en fin no basta creer que se obra conforme a buena fe, sino obrar en un todo según los mandatos de la buena fe”*<sup>7</sup>.

Por lo tanto, la mera exigencia civil y comercial del actuar conforme a derecho, mediante una conducta adecuada a la buena fe, ha sido ampliamente elaborada por las leyes nacionales civiles y mercantiles así como por los tribunales competentes en estas materias, aplicándolo como un principio general del derecho, que obliga sin duda a que toda actuación particular esté ceñida a un actuar debido, un actuar que se apare no sólo en la legalidad sino también en las expectativas sociales que generen una confianza legítima no sólo en la administración sino en todas las personas que actúan en la vida social.

De acuerdo con lo anterior, el actuar del opositor en procesos de restitución de tierras no sólo debe ajustarse al pensamiento de actuar correctamente, sino que le exige, en

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de diciembre de 1969.

<sup>6</sup> Respecto a la relación del principio de buena fe y del concepto de abuso del derecho, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de octubre de 1994, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de agosto de 2000, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

especial en contextos de violencia generalizada y abandono forzoso, tomar todas las consideraciones y la diligencia debida para evitar, entre otras, sacar provecho de dichas circunstancias y de la posición de ventaja frente al estado de vulnerabilidad de las víctimas de los hechos violentos.

Al respecto, el Tribunal Superior de Antioquia, en su Sala Civil especializada en Restitución de Tierras, ha afirmado:

*“Entonces, la situación extraordinaria [sic] violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, vivida en el país, requiere un tratamiento excepcional, por eso se exige a quien alega ser adquiriente de buena fe exenta de culpa, respecto de un bien reclamado dentro del proceso de restitución y formalización de tierras, una indagación más rigurosa que la que realizaría el adquiriente en situaciones reguladas por normas de justicia ordinaria. De allí que se imponga al opositor de los reclamantes, no un simple estudio de títulos, sino el deber de probar su diligencia, prudencia, conciencia recta, acompañadas de averiguaciones exhaustivas sobre los predios, contextualizadas social e históricamente dentro del conflicto armado interno, para poder inferir que no se aprovechó de la situación de violencia, para privar, arbitrariamente, a una persona de la propiedad, posesión u ocupación de sus tierras o que adquirió de quien no sacó provecho de las circunstancias descritas (...) Por último cabe precisar que es suficiente que se configure el despojo de tierras, el aprovechamiento de la situación de violencia, que se da con el conocimiento de la situación y la compra a propietarios que, con poca o ninguna capacidad de decisión, se ven obligados a vender o transferir sus inmuebles” (Subraya fuera del texto original)<sup>8</sup>.*

Adicionalmente, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado en sentencia C-330 de 2016<sup>9</sup>, respecto de la constitucionalidad y la importancia de la expresión exenta de culpa como una herramienta procesal fundamental en el marco de una justicia transicional:

*“La expresión ‘exenta de culpa’ contenida en los artículos 88, 91, 98 y 105 de la Ley de víctimas y restitución de tierras es un elemento relevante del diseño institucional del proceso, que obedece a fines legítimos e imperiosos: proteger los derechos fundamentales de las víctimas en materia de restitución de tierras, revertir el despojo y desenmascarar las estrategias legales e ilegales que se articularon en el contexto del conflicto armado interno para producirlo.*

*(...)*

*De lo anterior pueden extraerse algunas diferencias precisas entre la buena fe simple y la buena fe exenta de culpa. Si bien es cierto que en los dos eventos se*

---

<sup>8</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras, sentencia del 31 de mayo de 2013, M. P. Juan Pablo Suárez Orozco.

<sup>9</sup> Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

*parte del supuesto de que la persona obró con lealtad, rectitud y honestidad, la buena fe simple se presume de todas las actuaciones o gestiones que los particulares realizan ante el Estado, de ahí que sea éste quien deba desvirtuarla. Por su parte, la buena fe exenta de culpa exige ser probada por quien requiere consolidar jurídicamente una situación determinada. Así, la buena fe exenta de culpa exige dos elementos: de un lado, uno subjetivo, que consiste en obrar con lealtad y, de otro lado, uno objetivo, que exige tener la seguridad en el actuar, la cual solo puede ser resultado de la realización actuaciones positivas encaminadas a consolidar dicha certeza.*

*En relación con el tema que ocupa la atención de la Corte, vale decir que la aplicación y la interpretación de la buena fe exenta de culpa a que se refiere la Ley de víctimas y restitución de tierras en los artículos demandados se circunscribe a la acreditación de aquellos actos que el tercero pretenda hacer valer en relación con la tenencia, la posesión, el usufructo, la propiedad o dominio de los predios objeto de restitución. Estos actos pueden ser, entre otros, posesiones de facto, negocios jurídicos de carácter dispositivo o situaciones que tienen origen en órdenes judiciales o actos administrativos. La comprobación de la buena fe exenta de culpa lleva a los terceros a ser merecedores de una compensación, como lo dispone la Ley 1448 de 2011.*

*En ese sentido (...) la regulación obedece a que el Legislador, al revisar las condiciones de violencia generalizada que se dieron en el marco del conflicto armado y que originaron el despojo, halló un sinnúmero de modos de dar apariencia de legalidad a los actos de usurpación y despojo y, en consecuencia, previó medidas estrictas hacia los opositores, dirigidas a evitar una legalización basada en tres factores inadmisibles constitucionalmente: 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” (Negrilla fuera del texto original).*

De acuerdo con lo anterior, el cambio planteado en el proyecto de ley desconfigura y afecta gravemente el propósito del proceso de restitución en relación con la protección de la población víctima del conflicto armado, por encontrarse en especial situación de vulnerabilidad, y pretende incorporar una disposición que exige la existencia de una buena fe simple, que no debe probarse por ser presumida en todas las actuaciones de los ciudadanos ante las autoridades, sin que el opositor deba probar que actuó conforme a derecho, es decir, con buena fe exenta de culpa, sin beneficiarse del dolo ajeno y sin abusar del derecho.

Así las cosas, el proyecto de ley pretende revertir la carga de la prueba para que sea la víctima la que deba probar la mala fe del opositor, pues la buena fe simple de este no debe probarse, y de esta manera permitir los supuestos de legalización de tierras despojadas o abandonadas forzosamente rechazados por la Corte Constitucional a saber: 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.

**3. La incorporación del concepto de “venta forzada” y otras garantías de participación para las personas beneficiarias del despojo o abandono forzado de tierras (artículo 74, artículo 81, artículo 82, artículo 97, artículo 76, numeral 3 del artículo 77, parágrafo del artículo 78 y literal f del artículo 86).**

El proyecto de ley incorpora la siguiente definición de venta forzada

*“VENTA FORZADA; Se entiende por Venta Forzada la llevada a cabo por una persona impulsada por el temor o el miedo propiciado en el marco de la violencia generalizada, sin que mediere de manera directa ninguna de las circunstancias consagradas en el artículo 3 de la presente Ley”.*

Dicha definición parece sugerir que los casos de despojo o abandono forzado de tierras no se debió a una verdadera situación que afectó de manera directa la situación de las víctimas sino al temor generado por una situación general del conflicto armado que llevó a la víctima a negociar voluntariamente los predios.

Al respecto, como se indicó en el numeral 1, los estudios en la materia y la jurisprudencia en materia de restitución de tierras, incluida aquella relacionada con el proceso de justicia y paz, permiten concluir que el despojo y el abandono no ocurre en contextos generalizados de violencia per se, sino que se convirtió en una estrategia de los actores armados y algunos económicos para aumentar su propiedad. Así las cosas, el contexto de violencia es solo de los elementos a considerar en situaciones de desplazamiento forzado, despojo y abandono, en la medida que el conflicto se ve representado de múltiples maneras que afectan de manera directa, y no insustancialmente, la relación con la tierra de las víctimas.

Adicionalmente, el contexto generalizado de violencia no conlleva, como pretende el concepto de venta forzada, a un simple temor situacional que conlleva a tomar buenas decisiones y a realizar negocios jurídicos que responden a sus elementos esenciales. Como se indicó en el numeral 1, el contexto generalizado de violencia conlleva de una parte a eliminar el desconocimiento que alega quien es beneficiario del despojo o abandono por ser una situación evidente y percibirle por cualquier persona y, de otra,

conlleva la configuración de causa ilícita y ausencia de consentimiento en las obligaciones contraídas por las partes teniendo en cuenta el estado de necesidad, indefensión y vulnerabilidad en que se encuentran las víctimas.

Igualmente, de acuerdo con lo mencionado en el numeral 2, la Corte Constitucional ha señalado que las regulaciones a favor de las víctimas del conflicto armado, como aquella relacionada con la buena fe exenta de culpa, obedece a que el Legislador revisó las condiciones de violencia generalizada que se dieron en el marco del conflicto armado y que originaron el despojo, encontrando diversos modos de despojo que pretendían dar apariencia de legalidad por lo que fue necesario prever que se dieran las condiciones que permitieran una legalización de la usurpación.

De acuerdo con lo anterior, el concepto de “venta forzada” incorporado en el proyecto de ley resulta beneficioso para los beneficiarios de los despojos o abandonos forzados, entre los que se encuentran los diversos grupos armados, y desfavorable para los derechos de las víctimas.

De otra parte, la reforma propuesta pretende introducir una serie de derechos al propietario, poseedor u ocupante del predio en la etapa administrativa como son: el derecho de conocer la solicitud, formular alegaciones, contradecir pruebas, desvirtuar la pretensión de inclusión del predio reclamado en el registro y todas las demás actuaciones que garanticen el debido proceso administrativo, debiéndose notificar todas las actuaciones.

Sobre este punto, es necesario recordar que el proceso de restitución de tierras tal como fue diseñado en la Ley 1448 de 2011, tiene dos etapas procesales, una de carácter administrativa, y otra de carácter judicial. La primera de ellas tiene como propósito ser un mecanismo de procedibilidad y verificación de los requisitos establecidos en los artículos 75 y 81 de la mencionada ley, para luego acudir al escenario judicial, este último con una función claramente litigiosa.

Al respecto la Corte Constitucional en su sentencia C-330 de 2016 señaló:

*“El proceso de restitución de tierras está compuesto por dos etapas: una administrativa, a cargo de la Unidad de Restitución de Tierras (artículo 82 de la Ley 1448 de 2011), y otra judicial, a cargo de los jueces y magistrados especializados de restitución de tierras.*

*Durante la fase administrativa, que constituye un requisito de procedibilidad de la acción judicial, se busca que la URT identifique física y jurídicamente los predios, determine el contexto de los hechos victimizantes, individualice a las víctimas y sus núcleos familiares, identifique la relación jurídica de la víctima con la tierra y establezca los hechos que dieron origen al despojo o abandono forzado. Esta etapa*

*termina con la decisión de la Unidad de Restitución de Tierras de incluir o no a los solicitantes y a los predios objeto del trámite en el Registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente”.*

En ese sentido, las acciones que se adelantan en la etapa administrativa son de caracterización e identificación y no otorgan per se un derecho a los reclamantes, más allá de la inscripción en el registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente como puerta de ingreso a la etapa judicial. Lo anterior indica que la etapa administrativa no tiene una función litigiosa. Diferente sucede con la etapa judicial, en la cual la ley le otorga los derechos propios de la contradicción a quien considere que se puede ver afectado con el proceso de restitución.

Sobre lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-099 de 2013 determinó que:

*“La inscripción del predio en el Registro Único de Tierras Despojadas o Abandonadas es el requisito de procedibilidad para el inicio de la etapa judicial de restitución. No obstante, la existencia del certificado de inscripción no conduce automáticamente a que el juez decrete la entrega del bien al reclamante, pues en todo caso, el acervo probatorio recolectado por la Unidad se debe someter a debate probatorio. Dado que el legislador estableció un procedimiento mixto (administrativo y judicial) para la restitución, es claro que el juez no cumple una función notarial o de registro, ni es un convidado de piedra que debe atenerse únicamente lo probado por la Unidad”.*

Así las cosas, los derechos de contradicción que pretende incluir la reforma tendrían pleno sentido, si el procedimiento establecido, solo tuviese la etapa administrativa, en la que se decide de fondo el derecho o no a la restitución de tierras, en cambio no tiene razón de ser, considerar que se dará un litigio en la etapa administrativa y luego un segundo litigio (seguramente con los mismos argumentos) en la etapa judicial. A lo cual debe sumarse un posible tercer escenario al incluir esta misma reforma la segunda instancia judicial. Lo anterior indica que el proceso se haría largo y repetitivo.

A lo anterior debe sumarse que, el escenario de temor y amenaza en el que deciden declarar muchos solicitantes, se vería aún más minado si desde el primer momento el posible opositor tuviese conocimiento de las declaraciones que ha dado el solicitante.

#### **4. Cambios en las presunciones del despojo administrativo o judicial (artículo 77)**

El numeral 13 de la reforma propone: *“Elimínese lo dispuesto en la norma vigente en literal (e) del numeral 2 del artículo 77 de la Ley 1448 de 2011 y modifíquese el numeral 3 y 4, y elimínese el numeral 5 del artículo”.* Lo anterior indica la eliminación: 1. de la

reputación de inexistencia en los contratos donde no se logre desvirtuar la ausencia de consentimiento; 2. de la presunción de despojo administrativo y; 3. de la presunción de despojo judicial. Todos los supuestos jurídicos eliminados son transversales para el diseño de la ley de restitución de tierras, pues reconocen que en Colombia el despojo no solo se ha dado de hecho, sino que se ha materializado a través de vías jurídicas, administrativas y judiciales.

Sobre la eliminación del literal e del artículo 77, el cual supone la inexistencia del contrato cuando hay ausencia de consentimiento, se tiene que la Ley 1448 de 2011 consagró en su numeral segundo (literales a, b, c y d) la presunción de ausencia del consentimiento en contratos sobre predios en cuya colindancia hubiesen ocurrido actos de violencia generalizados, fenómenos de concentración, contratos celebrados con personas extraditadas por narcotráfico o delitos conexos o en casos de lesión enorme. Dichos supuestos obedecen a patrones de despojo previamente documentados en el país.

Ahora bien, frente a la ausencia del consentimiento como una causal de inexistencia de los contratos que la presente reforma pretende eliminar es importante señalar que, esta no es una creación de la Ley 1448 de 2011, sino un traslado de la teoría del negocio jurídico propio del derecho civil y comercial colombiano, el cual advierte que los contratos pueden reputarse inexistentes o declararse su nulidad absoluta sino cumplen con el lleno de requisitos establecidos en la ley.

Como ya se dijo, el artículo 1502 del Código Civil Colombiano advierte que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º) que sea legalmente capaz; 2º) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º) que recaiga sobre un objeto lícito; y 4º) que tenga una causa lícita. sí las cosas, de acuerdo al artículo 1741, se estará frente a una nulidad absoluta cuando se encuentre incapacidad absoluta, objeto ilícito, causa ilícita o falten las solemnidades propias del acto o contrato<sup>10</sup>.

En cambio, se estará frente a la inexistencia del acto jurídico cuando no se reúnan las condiciones de hecho esenciales para su configuración<sup>11</sup> y, por tanto, no puede producir efectos jurídicos entre las partes. Al respecto, la doctrina ha señalado que el consentimiento es un elemento esencial del negocio jurídico, por tanto su ausencia da lugar a la inexistencia: *“En otras palabras, sería absurdo considerar que la ausencia total del consentimiento fuese sancionada por el ordenamiento con una nulidad relativa,*

---

<sup>10</sup> Sobre la falta de solemnidades hay doctrina suficiente que explica que las consecuencias de su ausencia demuestran más una inexistencia que una nulidad absoluta.

<sup>11</sup> Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial, ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. (Artículo 1501 del Código Civil)

*cuando lo esencial en el negocio jurídico, es justamente el consentimiento de las partes*<sup>12</sup>. En ese sentido, se entiende el consentimiento como libertad la que goza una persona para celebrar un contrato, determinar su contenido, efectos y duración.

Por otra parte, de acuerdo al artículo 1508 del Código Civil, este consentimiento puede estar viciado, entre otros, por la fuerza, lo cual dará lugar a declarar la invalidez del contrato. Al respecto se tiene que, muchos de los despojos sufridos en Colombia estuvieron marcados por contratos en que medió la violencia, la fuerza, el temor y el aprovechamiento de la situación de violencia generalizada, la cual pudo darse de manera directa por quien se benefició del contrato o a través de un tercero.

Sobre lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que esta modalidad de fuerza como vicio del consentimiento se caracteriza *“porque deja de atender, aun menos que dentro de la concepción clásica, al origen de la fuerza, o sea si esta proviene de un acto de una de las partes, o de un tercero, o de hechos meramente naturales en que no interviene la voluntad humana, sino que mira directamente el verdadero vicio del consentimiento, cual es la intimidación de la víctima y porque introduce una nueva aplicación en lo que toca con el requisito tradicionalmente exigido de que la fuerza sea injusta, en el sentido de considerar como tal, ya no solo las actuaciones humanas violentas y, por ende, condenables dentro del ordenamiento jurídico, sino también el aprovechamiento del temor o estado de necesidad de la víctima, cualquiera que sea su causa, para el logro de ventajas económicas excesivas, aunque estas no alcancen el límite a partir del cual se configura la lesión enorme”*.

Y agrega el tribunal:

*“La doctrina jurisprudencial francesa que se viene a exponer ha sido recibida en Colombia (Cas. 17 de octubre ya cit.). Pero, es más: con fundamento en las mismas directrices que informan dicha doctrina, aquí se encontró nuevo y vasto campo de aplicación con motivo de la proliferación de actos jurídicos celebrados bajo el imperio de la violencia generalizada y habitual que azotara al país durante no pocos años. Así, la Corte tuvo la oportunidad de declarar la procedencia de la rescisión de los contratos celebrados en tales circunstancias, aprovechadas para el logro de beneficios desproporcionados (Cit. Cas. 28 de julio 1958, LXXXVIII, 561 a 63). Y esta nueva aplicación jurisprudencial de la referida doctrina inspiró la expresión de la Ley 201 de 1959, cuyo artículo primero conceptúa: ‘En caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento del estado de anormalidad que se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan*

---

<sup>12</sup>URIBE HERNANDO. Criterios - Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional. La ineficacia del negocio jurídico en el derecho privado colombiano. Vol. 3. N.º 1 p. 19-43. Enero-junio de 2010. Pag 24.

*desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera celebrado. Queda en estos términos aclarado el sentido y alcance del artículo 1513 del Código Civil en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada”<sup>13</sup>.*

Así las cosas, si una persona no logra desvirtuar la ausencia de consentimiento, elemento esencial del contrato, el efecto jurídico es la inexistencia consagrada en el literal e del artículo 77 de la Ley 1448 de 2011 que la presente reforma pretende borrar. Dicha eliminación, no solo desconoce los patrones de despojo vividos en el país, sino también la teoría clásica del negocio jurídico.

En cuanto a la eliminación de las presunciones del despojo administrativo y despojo judicial, dicha acción desconoce las realidades propias del conflicto armado vivido en el país: la primera y más grave, corresponde a la corrupción y la capacidad de los actores que se beneficiaron del conflicto de permear escenarios gubernamentales y judiciales; la segunda, la incapacidad de defensa técnica en la que las personas en situación de desplazamiento entran al momento mismo en que deben abandonar sus territorios, lo cual les impide proteger su derecho de propiedad, posesión u ocupación.

Sobre las presunciones establecidas en el artículo 77 de la Ley 1448 de 2011, el Tribunal de Antioquia en sentencia 2013-00571 de 08 de abril de 2015 señaló:

*“La institución procesal de las “presunciones” ha sido configurada por nuestro legislador para reconocer la existencia empírica de situaciones reiteradas y recurrentes, respetando las reglas de la lógica y la experiencia, comúnmente aceptadas, convirtiendo en derecho lo que simplemente es una suposición ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda conllevar a la pérdida de ese derecho. De este modo, una vez demostrado el supuesto de hecho en que se funda, no será preciso demostrar mediante los medios probatorios ordinarios lo presumido por la ley”.*

En cuanto al uso de mecanismos jurídicos, administrativos o judiciales para legalizar el despojo, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (en adelante CNRR) afirma que los despojos: *“pueden combinar de manera compleja y variable la coerción física con la movilización de recursos legales –judiciales, administrativos y políticos–, o bien pueden caracterizarse por el uso preferencial de uno de estos instrumentos”<sup>14</sup>.*

Al respecto, se ha entendido como despojo administrativo aquellos que se han realizado con complicidad o por negligencia de la autoridad competente; o despojo por vía administrativa como aquel en el que se utilizan métodos administrativos pero

---

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> “Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. 2009. El Despojo de Tierras y Territorios. Aproximación conceptual. Página 35.

sin consentimiento de la autoridad. En ambos casos, la legalización se materializa mediante el uso de actos administrativos que en todo caso merecen una declaración de nulidad.

Sobre esta forma de despojo, la CNRR advierte diferentes tipos de modalidades asociadas a este, por ejemplo: la ilegalidad por adjudicación de derechos sobre la tierra mediante actos administrativos sin fundamento legal; revocatorias de adjudicación de predios a beneficiarios de reforma agraria y re-adjudicación a victimarios y; adjudicación de tierras por irregularidades en zonas de colonización o de frontera.

Un ejemplo contundente de la sistematicidad del despojo administrativo, está ilustrado en un informe de la Superintendencia de Notariado y Registro, en el que la entidad identificó más de 67 formas de despojo jurídico, dentro de las que se encuentra la adquisición de más de 134 parcelas en San Ángel y Chibolo (Magdalena) a favor de testaferros de Jorge 40 con complicidad de funcionarios del antiguo Incora<sup>15</sup>.

En cuanto a la presunción en decisiones judiciales, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, señala que se han caracterizado acciones de despojo asociadas a vías judiciales, tales como: ilegalidad por adjudicación de derechos sobre la tierra mediante sentencias judiciales sin fundamento legal, embargo y remate de propiedad abandonadas; compra de derechos de propiedad a partir de la adquisición de hipotecas y deudas, entre otras.

Lo anterior indica que la eliminación de la presunción de actos administrativos nulos y providencias judiciales nulas, desconoce que el despojo en el país se presentó de múltiples maneras, entre ellas en complicidad de funcionarios públicos y judiciales, y no solo a través del imaginario despojo material en el que, en cualquier caso, requería una legalización posterior. En ese sentido, la eliminación de estas es regresiva y desconoce los patrones del despojo documentados incluso por la misma Superintendencia de Notariado y Registro

**5. El concepto de acción sin daño a favor de las personas vinculadas o beneficiadas con el despojo o el abandono (numeral 11 del artículo 73 y artículo 102).**

El concepto de acción sin daño, ha sido considerado como aquel enfoque ético, basado en el antiguo principio de la medicina de no hacer daño, la cual desprende toda una reflexión sobre el que hacer, sus consecuencias e impactos. Dicho enfoque, reconoce que las intervenciones externas realizadas por diferentes actores humanitarios o de

---

<sup>15</sup> RTVC. Supernotariado revela mitos y leyendas sobre el problema de la tierra en el país. 29 de mayo de 2017. (consultado el 28 de septiembre de 2018) Disponible en: <https://www.radionacional.co/noticia/supernotariado-revela-mitos-y-leyendas-sobre-el-problema-de-la-tierra-en-el-pa-s>

desarrollo no están exentas de hacer daño con sus acciones u omisiones, por ello busca considerar de manera previa qué implicaciones negativas podría generar en las comunidades dicha intervención, para luego buscar soluciones que tengan como fin la reducción de dichas tensiones.

Así, la acción sin daño es un instrumento que busca desarrollar alternativas en el que las intervenciones o decisiones que realice cualquier organización o entidad estatal, contribuyan a generar condiciones para la construcción de la paz y la transformación de los conflictos, y no el aumento de las tensiones sociales:

*“El enfoque tiene varios puntos de partida: 1) la constatación de que la intervención hace parte del contexto y, por tanto, tiene la potencialidad de generar daños o de aportar a la construcción de paz; 2) debido a lo anterior, la necesidad de hacer una lectura cuidadosa de los contextos en que se interviene; 3) la referencia a la ética de las acciones, la cual es una adición que le da una identidad especial al enfoque en nuestro país; 4) el imperativo de que ante la evidencia de cualquier impacto negativo o daño identificado es necesario y también posible, proponer opciones que lo mitiguen”<sup>16</sup>.*

En ese sentido, el concepto de acción sin daño ya viene siendo aplicado en el marco del proceso de restitución de tierras a través de las providencias judiciales que reconocen las diferentes complejidades y situaciones propias de un proceso de justicia transicional. No obstante, este concepto no puede considerarse de manera amplia para todos los actores del proceso, pues supondría mantener las cosas tal como están, bloqueando en cualquier caso la posibilidad de restitución.

Así las cosas, el concepto se ha enfocado en tres grupos poblacionales específicos: 1. Las víctimas reclamantes, buscando que tanto las actuaciones procesales como las decisiones que se tomen no generen una revictimización; 2. Personas que se encuentran en una condición de vulnerabilidad que se puede ver agravada con la decisión del proceso de restitución, como es el caso de los segundos ocupantes y; 3. Aquellas personas que son víctimas del conflicto armado y que también sufrieron abandono o despojo sobre el predio reclamado en restitución.

El caso de los segundos ocupantes, se encuentra ampliamente dilucidado por los principios Pinheiro, por la jurisprudencia de los Tribunales de Restitución de Tierras y de la Corte Constitucional, la cual ha advierte que se trata de personas que habitan los predios objetos de restitución o derivan de ellos su mínimo vital, que se encuentran en condición de vulnerabilidad y que no tuvieron ninguna relación (ni directa, ni indirecta) con el despojo o el abandono forzado del predio<sup>17</sup>. En estos casos la corte ha admitido la compensación como un mecanismo que permite garantizar la restitución

---

<sup>16</sup> Dejusticia. 2017. Justicia transicional y acción sin daño: una reflexión desde el proceso de restitución de tierras.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia C-330 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

a quien fue víctima de abandono y/o despojo, y a su vez no generar un daño mayor a quien, como resultado de la sentencia de restitución, debe entregar el predio, pero depende económicamente de este.

En cuanto a las víctimas sucesivas, es decir, aquellas múltiples víctimas que sufrieron abandono o despojo de un mismo predio, el párrafo tercero del artículo 76 de la ley 1448 de 2011, entrega al juez la potestad de restituir a unos y compensar a otros, de acuerdo al material probatorio recaudado en el proceso, donde claramente el enfoque de acción sin daño orienta la decisión más acertada.

De acuerdo con lo anterior, existen tres escenarios de posibles actores en el proceso:

- i. Opositores tal como los considera la ley, caso en el cual no es conceptualmente posible hablar de acción sin daño, porque bajo este supuesto, no habría lugar nunca a lograr la restitución. Sumado a ello la ley le ofrece la posibilidad de probar su buena fe exenta de culpa, caso en el cual tiene derecho a la compensación.
- ii. Personas en condición de vulnerabilidad, es decir, segundos ocupantes, en los que ya se viene aplicando el enfoque de acción sin daño.
- iii. Víctimas sucesivas de un mismo predio, caso en el cual el juez determina a quien compensar y a quien restituir.

Lo anterior indica que, la propuesta de ampliar el enfoque de acción sin daño a cualquier tercero vinculado en el proceso, contradice la razón de ser del mismo, pero además impediría a todas luces la restitución como medida preferente de reparación.

#### **6. La afectación y limitación del derecho a la restitución de las víctimas cuya relación con la tierra era en calidad de poseedores u ocupantes (literales a y b del párrafo 1 del artículo 75 y numeral 4 del artículo 77)**

La reforma en cuestión adiciona un párrafo al artículo 75, en el que pretende exceptuar del derecho a la restitución: a) Quienes hayan obtenido la posesión de manera viciada, clandestina o violenta, sea de manera directa o indirecta o a través de la comisión de cualquier delito. Dicha norma no es lo suficientemente clara y desconoce los principios propios de la posesión.

De acuerdo con el artículo 762 del Código Civil se considera poseedor a la “(...) *tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo*”.

*Siendo la posesión “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño”, la persona que tiene la posesión de un bien debe ejercerlo con la íntima convicción de*

ser señor y dueño de la cosa, esto es, realizar todos los actos propios de una persona que es propietaria, como mantener, preparar, acondicionar, cultivar, explotar la cosa, celebrar contratos sobre ésta, entre otros.

La posesión podrá considerarse regular o irregular, dependiendo de la forma en que se haya ejercido y de donde provenga la relación de ánimo de señor y dueño. Si la misma proviene de un justo título y ha sido adquirida de buena fe, será una posesión de carácter regular, si por el contrario falta alguno de los dos elementos, será una posesión irregular. Al respecto, el artículo 764 del Código Civil: *“Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión”*.

Es importante resaltar que la posesión irregular, es decir aquella que carezca de título o sea de mala fe, tiene la misma validez que aquella de carácter regular en Colombia y en lo único que se diferencian, es en el término de prescripción que tienen una y otra. En ese sentido, no es claro el término “viciado” que pretende introducir la reforma legislativa, pues como ya se señaló en Colombia existe y es reconocida la posesión de carácter irregular.

De otra parte, y frente a la clandestinidad que propone la reforma como forma de exclusión frente a la posesión, es de señalar que, la publicidad ha sido un elemento esencial de la posesión, incluso en aquellos caso en que el mero tenedor pasa a convertirse en poseedor, por tanto no se entiende el interés de su inclusión en dicho artículo.

Al respecto, la legislación civil admite el paso de mero tenedor a poseedor, lo que se conoce en el derecho como la interversión, para lo cual, como bien lo advierte el artículo 777 del Código Civil, el ejercicio público de señor y dueño es esencial: *el simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión. Sin embargo esto no obsta para que con posterioridad quien fuere mero tenedor pueda intervertir su título y convertirse en poseedor; esta transformación o interversión se da en el momento en que el tenedor de manera pública y fehaciente realiza verdaderos actos de posesión a su nombre, negando derecho alguno del propietario y acreditándose plenamente como poseedor, tal y como sucede en la presente demanda.*

Sobre el particular, la Corte Suprema Justicia de Colombia se refirió al tema en Sentencia del 15 de septiembre de 1983:

*“Y así como según el artículo 777 del Código Civil, el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión, quien ha reconocido dominio ajeno no puede frente al titular del señorío, trocarse en poseedor, **sino desde cuando de manera pública, abierta, franca, le niegue el derecho que antes le***

***reconocía y simultáneamente ejecute actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo de aquel”.***

En igual sentido, la Honorable Corte Constitucional expresa que el hecho de expresarse públicamente y en contra del propietario con actos posesorios da resultado a la interversión del título, la cual es una figura permitida por el artículo 2531 del Código Civil, así:

*“No obstante, el mero tenedor de la cosa, en el caso dado el usufructuario, puede mudar su condición en la de poseedor. Ello cuando opera la llamada interversión o inversión del título; es decir, cuando el tenedor se rebela expresa y públicamente contra el derecho del propietario o contra la posición del poseedor, desconociendo la calidad de señor de éstos y empezando una nueva etapa de señorío en su propio nombre. De forma concordante con ello, el artículo 777 del Código Civil prescribe que el mero transcurso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión” (Subraya fuera del texto original).*

Todo lo anterior expone los elementos propios de la posesión, los cuales fueron diseñados y establecidos mucho antes de la creación de la Ley 1448 de 2011, la posibilidad de ejercer una posesión irregular en Colombia e incluso de transformar la mera tenencia en posesión. Así las cosas, no es dable imponerle al sujeto previamente reconocido por la legislación unas cargas adicionales y vagas a las establecidas en la normatividad señalada.

De otra parte, este mismo párrafo pretende excluir a quienes hayan obtenido la explotación de bienes baldíos o bienes provenientes del Fondo Nacional Agrario de manera viciada, clandestina o violenta o a través de la comisión de cualquier delito. No se hará referencia a la forma de obtener una explotación de bienes a través de la comisión de delitos, por la obviedad de su exclusión, en cuanto a las demás, hay que decir algo similar a lo dicho frente a la posesión, esto es, la figura de la ocupación se encuentra previamente determinada y regulada en la normatividad agraria.

Al respecto se tiene que, son ocupantes de acuerdo con la ley 160 de 1994 aquellas personas que habitan o explotan predios del Estado y que cumplen con los requisitos para la adjudicación establecidos en el artículo 69 y siguientes de la mencionada ley, estos son: explotación económica las dos terceras partes de la superficie cuya adjudicación solicita, acreditarse una ocupación y explotación previa no inferior a cinco (5) años, no tener un patrimonio superior a mil salarios mínimos mensuales legales, no ser propietario o poseedor de otros predios en el territorio nacional, entre otros.

Así las cosas se advierte que tanto la figura de la posesión como la de ocupación ya cuentan con una regulación y unos requisitos previos a expedición de la Ley 1448 de 2011, por tanto no se encuentra sentido, en imponer requisitos adicionales y sin contenido claro de cada uno de ellos para que sean excluidos del proceso de restitución de tierras. Esto conllevaría un trato inequitativo y de errores en su interpretación.

Por lo anterior, tanto la calidad de poseedor como de ocupante parten del supuesto que no son propietarios, es decir, que no adquirieron los predios con ocasión de negocios jurídicos registrados ante las autoridades correspondientes, sino que cumplen condiciones básicas de una u otra relación con la tierra, en los términos del Código Civil y de la ley 160 de 1994, y que no tendría porque ahora ser considerado como ilegal bajo los términos como “viciada” o “clandestina” o etcétera.

Además, es importante que en un contexto de justicia transicional las cuestiones asociadas a la posesión y la ocupación de las víctimas del conflicto armado, incorpore cuestiones relativas la posesión pacífica e ininterrumpida, el ánimo de señor y dueño, la habitación y explotación, y demás requisitos civiles y legales sin cambiar las reglas de juego. Ese cambio solo favorece a las personas responsables del despojo o abandono, o que han sido beneficiarias de las mismas al impedir el ejercicio del derecho a la restitución.

Así las cosas, el proyecto establece que ciertas condiciones exigidas históricamente por la ley para acceder a la propiedad, aplicables en el caso de las posesiones y las ocupaciones, ahora deban ser más exigentes para las víctimas del conflicto armado interno sin justificación alguna.

**7. El concepto de “propietario del proyecto productivo” con el propósito crear un derecho real de superficie a favor de personas vinculadas o beneficiarios del despojo o abandono de las tierras, incluso ante la prueba de existencia de “buena fe simple”, y la entrega de los proyectos productivos existentes en los predios al Ministerio de Agricultura (artículo 99)**

En el derecho civil colombiano no existe la figura del “derecho real de superficie”, como si ocurre en el derecho civil argentino o español.

Y no existe porque, aunque puede dar respuesta a una serie de conflictos relacionados con la tierra, resulta arbitraria en determinados contextos donde es claro que la producción de un predio es consecuencia de la existencia misma de este y no una condición distinta que permita esto.

En esa medida, plantear la incorporación del derecho real de superficie, entendido como el derecho de propiedad sobre un proyecto productivo sin incluir el predio, en un contexto de restitución de tierras solo conlleva una consecuencia: los titulares del derecho a la restitución podrían recibir su predio pero no poder ejercer actos de señor y dueño sobre el proyecto productivo que se desarrolle en el mismo, beneficiando a quienes se beneficiaron del despojo o abandono, y condenándolo a no poder desarrollar sus actividades económicas con libertad en el predio restituido.

En términos de la Corte Constitucional en sentencia C 330 de 2016, el despojo no solo afecta el derecho de propiedad (posesión u ocupación), sino otros que se derivan de este:

*“El hecho lesivo que origina la pretensión de restitución afecta bienes mucho más amplios que el conjunto de facultades sobre un terreno, en que se concreta el derecho de propiedad o el hecho de la posesión, es decir, la relación material de la persona con su predio. Ese hecho desconoce o vulnera bienes iusfundamentales adicionales, como la vivienda digna, el mínimo vital, el acceso a la tierra y la producción de alimentos. Genera entonces un desarraigo, que incide en el ejercicio del derecho a la autonomía y menoscaba la dignidad de la persona. Esa situación se extiende en el tiempo, desde el hecho desencadenante del abandono o despojo hasta el momento en que sea posible la reparación”.*

En el caso que plantea el proyecto de ley las víctimas no tendrían derecho a gozar efectivamente de su derecho a la restitución porque, aunque les sea devuelta y entregada la condición jurídica de propiedad sobre el mismo, tendrían que tener uno o varios proyectos, así como terceras personas, que incluso pudieron ser sus opositores, explotando el predio.

Adicionalmente, en relación con dichos opositores, que tienen proyectos productivos, el proyecto de ley baja el estándar probatorio en relación con la “buena fe exenta de culpa”, actualmente exigida, a la buena fe “simple”, es decir, aquella que se presume de todas las actuaciones o gestiones que los particulares realizan, y trasladarían la carga de la prueba al Estado en perjuicio de los derechos de las víctimas.

Finalmente, la propuesta de entrega de los proyectos productivos existentes en predios restituidos es contrario a la jurisprudencia constitucional, en especial la sentencia C-820 de 2012 según la cual:

*“El derecho a la restitución consiste en la facultad que tiene la víctima despojada o que se ha visto obligada a abandonar de manera forzada la tierra, para exigir que el Estado le asegure, en la mayor medida posible y considerando todos los intereses constitucionales relevantes, el disfrute de la posición en la que se*

*encontraba con anterioridad al abandono o al despojo. Las víctimas restituidas son titulares de una garantía -fundada en el derecho a la propiedad y al libre desarrollo de la personalidad- para decidir de manera libre la destinación de los bienes a cuya restitución tienen derecho. A esta garantía se adscribe un mandato de contar con su consentimiento para tomar las decisiones más importantes respecto de los bienes restituidos, y entre tales decisiones se encuentran aquellas relativas a la continuidad o no de los proyectos iniciados en su predio, a las condiciones de administración o explotación de los mismos, a la distribución de sus frutos naturales o civiles y a la elección de la persona natural o jurídica que se encargará de adelantar la explotación”.*

Esta situación dejaría sin efectos el propósito del proceso de restitución y afecta gravemente los intereses de las víctimas, en especial su consentimiento frente a la administración de su predio restituido.

**8. La indicación de disposiciones que resultan inanes, por ser esenciales a cualquier actuación pública y al normal desarrollo de los procesos de restitución de tierras (artículos 28A, parágrafo 3 artículos 66, parágrafo del artículo 68 y numeral 9 del artículo 73)**

El proyecto de ley incorpora referencias a la responsabilidad de las partes e interesados en el proceso de restitución de tierras que no configuran una novedad o exigencia adicional a las establecidas para estas en cualquier proceso administrativo o judicial, desde el punto de vista ético, disciplinario o penal. Por ejemplo, el proyecto incorpora los elementos de “obrar con lealtad, rectitud con las instituciones del Estado”, “denunciar presiones indebidas de personas o instituciones con intereses políticos, o de cualquier orden”, “no realizar actos que atenten o perturben la propiedad, así como actos vandálicos que atenten contra personas, instituciones o bienes”

Adicionalmente, el proyecto incorpora en varias de las disposiciones propuestas la obligación de contar con información sobre las víctimas durante el proceso de restitución, como elemento básico para su desarrollo, y así mismo en caso de retorno para efectos de que el Estado responda por sus obligaciones y responsabilidades sociales y de reparación sobre ellas, lo cual ya existe actualmente. Así las cosas, no es necesario el establecimiento adicional de un “censo y caracterización del grupo familiar retornado” como se propone.

Incluso, se incorporan elementos no claros en relación con las exigencias a las partes e interesados en el proceso, como principio del mismo, como la “confianza legítima” la cual ha sido definida por la Corte Constitucional como “(...) mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita

*en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse”, y que no tendría que ser aplicable a los procesos de restitución de tierras pues precisamente en el marco del proceso podría encontrarse que actos administrativos relacionados con los hechos permitieron o facilitaron el despojo o abandono de los predios objeto de restitución.*

Por las razones expuestas le sugerimos respetuosamente al Senado que, para proteger los derechos de las víctimas y el cumplimiento de la Constitución política, los propósitos de la restitución de tierras establecidos por la Corte Constitucional y las obligaciones internacionales del Estado, depure el contenido del proyecto de ley, de acuerdo con los análisis y las sugerencias efectuadas, o decida su archivo. Asimismo, los alentamos para que continúen el debate sobre la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos la cual ha sido establecida por la Corte Constitucional como eje definitorio y pilar esencial de nuestra Constitución<sup>18</sup>.

*Comisión Colombiana de Juristas  
18 de octubre de 2018*

---

<sup>18</sup> Sentencias C-579 de 2013, C-577 de 2014 y C-084 de 2016.