



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y SU IMPACTO
EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS QUE RECAEN SOBRE INMUEBLES.

ISRAEL ADALBERTO FRANCO MESA

Bogotá D.C. – Colombia

2020



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

Línea de investigación: Derecho y sociedad

Denominación del trabajo de investigación

*El derecho fundamental a la restitución de tierras y su impacto en los negocios jurídicos
que recaen sobre inmuebles.*

Director de la investigación

César Alberto Correa Martínez

Autor

Israel Adalberto Franco Mesa

Bogotá DC – Colombia

2020

El derecho fundamental a la restitución de tierras y su impacto en los negocios jurídicos que recaen sobre inmuebles.

Resumen

Realizando un profundización sobre el acto jurídico de compraventa y los impactos de la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (en adelante LVRT), se contrasta la garantía del derecho a la restitución de la tierra de las personas víctimas del conflicto armado en Colombia, frente a los derechos de los segundos ocupantes, con énfasis en las poblaciones con especial protección constitucional (EPC) y especial protección constitucional reforzada (EPCR), mediante una regla de ley de ponderación.

Palabras claves: Restitución de Tierras, víctimas, protección especial constitucional, justicia transicional, contrato de compraventa.

Abstract

Conducting a deepening on the legal act of purchase and the impacts of Law 1448 of 2011 LVRT, contrasts the guarantee of the right to the restitution of the land of the victims of the armed conflict in Colombia to the rights of the so-called second occupants, with emphasis on the populations with special constitutional protection (EPC) and special reinforced constitutional protection (EPCR), through a rule of law of weighting.

Keywords: Restitution of lands, victims, special constitutional protection, transitional justice, purchase agreement.

Contenido

1. Introducción.....	5
2. Resultados.....	11
2.1. El Acto jurídico como fuente de obligaciones.....	11
2.2. Justicia transicional.....	16
2.3. Implementación de la Ley de Restitución de tierras.....	18
2.4. El derecho a la restitución de la tierra	21
2.5. Instituciones jurídicas en conflicto	22
3. Análisis de ponderación por las instituciones jurídicas en conflicto	29
3.1. Principios que colisionan en la regla de la Ley de ponderación.....	32
3.1.1. Perjuicio ocasionado por un principio.	32
3.1.2. Importancia de la realización de los otros principios	33
3.1.3. Incumplimiento del otro principio.	34
3. Conclusiones.....	36
Referencias.....	38

Lista de gráficas

Gráfica 1: Porcentaje de solicitudes para restitución de tierra.....	18
Gráfica 2: Número de solicitudes para restitución de tierras.....	18

1. Introducción

Desde que el Congreso de la República de Colombia profirió la Ley 1448 de 2011, LVRT, se replanteó el derecho a la propiedad, toda vez que desde el artículo 77 de la antedicha norma se adoptó la figura de la presunción legal y de derecho de los “...contratos de compraventa y demás actos jurídicos mediante los cuales se transfiera o se prometa transferir un derecho real...” (Ley 1448, 2011), lo anterior, con relación a los predios inscritos en el registro de tierras despojadas por el conflicto armado. Esta situación sui generis, ha transformado una tradición jurídica en la adquisición de la propiedad, impactando de manera definitiva a más de 7.502 predios en el país, que equivalen a 341.725 ha. (URT, 2019), en las que se ha despojado del derecho real de dominio a sus anteriores propietarios, en virtud de sentencias judiciales proferidas en el marco de la Jurisdicción de restitución de tierras.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, en adelante URT a corte del 8 de enero de 2019, ha recibido más de 121.462 solicitudes de 84.164 presuntos titulares, que piden la restitución de 110.623 predios que se encuentran en controversia sobre la legalidad del derecho real de dominio atribuido a estos (URT, 2019). Ahora bien, del número de solicitudes elevadas, solo 71.284 han sido resueltas a nivel administrativo, que corresponde, aproximadamente, al 60% del total de las solicitudes en 8 años de haber promulgado la Ley. De la misma manera, la tardanza se ha agolpado en estrados judiciales, en donde solo se han resuelto mediante sentencia un total de 9.983 solicitudes al 3 de mayo de 2019, aun cuando en los estrados

judiciales hay identificados más de 17.978 casos para resolver ante los jueces de restitución de tierras (URT, 2019).

La lentitud con la que en apariencia se ven enfrascados los procesos de restitución de tierras, obedece a múltiples factores; al respecto, Ferro (2018) señala que “Cada dos meses aparece algún dato, a los tres meses se hace una visita o aceptan un documento, le dicen a la gente que ya está en trámite ... que aceptaron unas solicitudes y ... la demanda”. Adicionalmente, la tardanza en los trámites se dio por la reglamentación de la Ley, la apropiación de recursos específicos según los fines perseguidos por la misma, la contratación y capacitación de los funcionarios de la administración, la puesta en marcha del registro de tierras presuntamente despojadas y abandonadas forzosamente, la presentación personal de los documentos y pruebas respectivas, el conflicto generado con los propietarios que en ejercicio de su derecho de acción y defensa se oponen a la restitución, entre otros.

Es menester considerar que el diseño propio para el logro de la restitución de tierras, no parten únicamente de la voluntad y aporte de pruebas para la inscripción, (y-seguir con las etapas administrativas y judiciales), sino que adicionalmente existe la que se denomina “etapa post fallo” que, aunque es la materialización de los propósitos de la Ley de Restitución de Tierras, “...se llega a convertir en una eternidad del proceso, demorando más incluso que la fase de debate. Lo que nos hace pensar seriamente en quiénes son los verdaderos opositores de la restitución” (Lozano, Retos de la restitución de tierras y territorios, 2016, pág. 35). A todo lo anterior, se suma que el tiempo estimado para la garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado es limitado, según el artículo 208 de la Ley 1448 de 2011, debido a que la vigencia de esta normativa, que se da en un marco de justicia transicional,

será de hasta 10 años (estos se cumplen el 10 de junio de 2022), por lo cual, es necesario identificar de manera específica los límites que tienen los derechos en conflicto, para cumplir eficazmente los postulados de la seguridad jurídica.

Entre los aspectos que se encuentran en conflicto y que convergen en la restitución de la tierra, se prioriza en la presente investigación, el conflicto de derechos entre el propietario y la persona desplazada o víctima del conflicto armado; por una parte, el primero en ejercicio de su derecho real de dominio defiende su derecho a la tierra y, por otra parte, el segundo que, al estar investido de una protección constitucional reforzada, busca recuperar lo que considera aun es suyo; al respecto así señala Cabal (2018) frente a:

“...la ley de restitución de tierras que nació con el objetivo de compensar al que le habían quitado por fenómenos de violencia y conflicto armado, y terminó generando un efecto terrible en los campesinos que perdieron su único medio de subsistencia”.

Por lo anterior, se circunscribe el fenómeno de investigación en la necesidad de generar una armonización de los derechos en conflicto, lo que resulta imperativo, considerando que aunque a la jurisdicción especializada en restitución de tierras se le concedió una facultad transicional, consecuencia de esto no se pueden invisibilizar los derechos de la población opositora o propietaria que de buena fe adquirió los predios, aun cuando se acerquen los plazos que se otorgaron como vigencia por la legislación.

Dicho de esta manera, la pregunta problematizadora se formula como ¿prevalece el derecho fundamental a la Restitución de tierras sobre el principio de seguridad jurídica de los contratos de compraventa de bienes inmuebles, bajo la óptica de la justicia transicional?

La hipótesis de la investigación se establece en que, si bien las presunciones de ley y de derecho planteadas en la Ley 1448 de 2011 buscan que las víctimas de despojo y abandono forzado tengan una posición garantista, estas presunciones no pueden crear una situación de inseguridad jurídica de los contratos de compraventa sobre inmuebles y se deben buscar garantías para las personas que adquirieron predios que son objeto de reclamación.

Como respuesta al interrogante postulado se establece como objetivo: determinar cuál es el derecho o principio que prevalece frente a los contratos de compraventa de bienes inmuebles que se hayan realizado durante el ámbito de aplicación de la Ley 1448 de 2011, con el fin de generar unas condiciones de armonización para aplicación en sede judicial.

Como metodología de investigación se empleará una de tipo cualitativo y descriptivo, teniendo como soporte instrumental las estrategias o técnicas de investigación como: el análisis documental de la normatividad imperante en el sistema jurídico colombiano, asimismo los conceptos de doctrinantes que sobre los diferentes aspectos de la investigación establezcan criterios orientadores sobre las instituciones del derecho; y la triangulación conceptual, con el propósito de esclarecer las vertientes entre los postulados del derecho real de dominio, el derecho a la restitución de las tierras en la justicia transicional y los derechos

de las poblaciones con especial protección constitucional (EPC) y especial protección constitucional reforzada (EPCR).

Los postulados teóricos sobre los que se analizarán los conceptos ya anotados será desde los enfoques del test de proporcionalidad de Alexy (2002), que refiere sobre este asunto en torno a las cargas de argumentación que “En caso de empate, es decir, cuando los principios opuestos a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica no tuviesen un peso mayor sino igual, la precedencia debería concederse a estas últimas” (pág. 44). En el mismo sentido Bernal (2005), afirma que “...la valoración correcta de los argumentos interpretativos de las disposiciones legislativas y constitucionales, y en este sentido, son criterios para la fundamentación correcta de las decisiones que se adoptan en el control de constitucionalidad” (pág. 61) , por lo cual, el análisis hermético cobra aquí mayor importancia, ya que es en sede judicial en donde se pueden escudriñar los límites de los derechos subjetivos frente a determinadas conductas o en colisión con otros.

Por lo anterior, la hermenéutica jurídica es necesaria para la realización eficaz de la interpretación sistemática del derecho, al respecto Kelsen (1982) lo define como “un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior” (pág. 349), por lo cual, de manera complementaria Dworkin (1988), considera que es función del órgano jurisdiccional dar el sentido normativo del sistema jurídico, al decir que “Los jueces deberían decidir lo que en el Derecho es interpretado, la práctica de otros jueces, decidiendo lo que el derecho es... ” (pág. 440). Por

lo cual, Dworkin (1988) concluye que la interpretación se debe realizar desde una óptica de lo real, en una “... perspectiva constructiva, se ocupa de la interacción entre el propósito y el objeto” (pág. 52).

Teniendo en cuenta los propósitos de la investigación junto con la metodología a desarrollar en la misma, la construcción del documento se hará realizando una exposición de la metodología de investigación utilizada junto con las técnicas o instrumentos de recolección de datos empleados, seguidamente se mostrarán los resultados obtenidos en 6 subcapítulos denominados: El acto jurídico como fuente de obligaciones, Justicia transicional, implementación Presunción de la ley de restitución de tierras, el derecho a la restitución de la tierra, instituciones jurídicas en conflicto y análisis de ponderación por las instituciones jurídicas en conflicto.

Finalmente, cumplidos los anteriores acápite se presentarán las conclusiones de la investigación, las referencias y los anexos.

2. Resultados

En la búsqueda de desarrollar los propósitos de la investigación los resultados se agrupan en las siguientes categorías: el Acto Jurídico como fuente de obligaciones, la Implementación de la Ley de restitución de tierras y el análisis de las instituciones jurídicas en conflicto.

2.1. El Acto jurídico como fuente de obligaciones

El acto jurídico hace relación según la doctrina nacional de Colombia a "...las transformaciones producidas por el hombre, contempladas en la norma, en cuanto a tales y en cuanto al factor humano" (Hinestrosa, Derecho Civil Obligaciones, 1969, pág. 187). Estos actos que producen consecuencias jurídicas diversas son clasificados de diferentes maneras, pero para la investigación que se ocupa este documento se hace referencia a los que se desarrollan como actos lícitos e ilícitos, en el entendido de que "...lícito es lo conforme al derecho, lo que se produce de acuerdo con sus orientaciones y trazados. Ilícito lo que se separa de ellos, lo opuesto al derecho. Jurídicos son ambos actos, pues están formulados por la norma..." (Hinestrosa, Derecho Civil Obligaciones, 1969, pág. 187).

En este aspecto hay posiciones encontradas doctrinalmente a nivel internacional, que expresan que no es posible clasificarle dentro de la ilicitud, teniendo en cuenta que "Este parecer es inaplicable dentro de la sistemática de nuestro Código Civil, que asigna el carácter de licitud al acto jurídico" (Leon, 1991). De la misma manera, con relación a la legalidad del acto jurídico ilícito

A pesar de lo anterior, la categoría referida es solo ilustrativa e imaginaria, ya que hace alusión en mayor medida al diseño exhaustivo del entendimiento del derecho a través de los siglos, lo que genera tradiciones milenarias fundamentadas en el derecho romano hasta la modernidad (Beitti, 1942).

Los contratos

Ahora bien, este acto jurídico es utilizado en el desarrollo práctico del derecho de diferentes maneras, ejercitándose de manera uniforme bajo diferentes términos que conducen a una misma realización de la autonomía de la voluntad, en palabras del profesor Hinestrosa (1999):

Háblese de convención, o de contrato o más genéricamente de acto jurídico, o con mayor rigor y similar amplitud, de negocio jurídico, o como tradicionalmente se solía hacer, de "declaración de voluntad", con empleo del giro con el cual se introdujo a la doctrina la locución "negocio jurídico", de lo que se trata y aquello que está en juego es la autonomía privada, que ciertamente presupone un sistema político y económico que reconozca la iniciativa particular, si que también el derecho subjetivo, dentro del cual sobresale el de propiedad, independientemente del radio de acción de aquella iniciativa y del ámbito de los derechos.

Por otra parte, un elemento necesario para el análisis de la operabilidad del acuerdo de voluntades que se manifestó anteriormente es con relación a la oponibilidad o inoponibilidad de los contratos, en este sentido frente a la eficacia de estos, la cual ha estado condicionada al acuerdo de las partes que se convierte en ley para las mismas, así se ha dicho que al haber incumplimiento o un vicio en el negocio jurídico:

... esa ineficacia legal derivada de la imposición de una sanción por parte del ordenamiento jurídico vulnerado, opera *erga omnes* (es decir, afecta al acto tanto en sus efectos para las partes como para terceros), estaremos en presencia de la nulidad, sea el acto nulo o anulable, sea la nulidad absoluta o relativa, sea el vicio patente o latente, sea la nulificación total o parcial; en cambio, cuando el acto mantiene su plena vigencia entre partes, pero respecto de los terceros de determinado sector de ellos, o de uno en particular -se lo tiene como si no lo hubiera existido-, estaremos ante una causa de ineficacia legal relativa del acto jurídico, denominada inoponibilidad... (Saux, 2002, pág. 157)

La conceptualización anterior, claramente permite identificar que tradicionalmente los actos jurídicos han sido protegidos por la legislación y el Estado, los cuales adoptaron la institución jurídica que por la doctrina fue definida como "... el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas" (Savigny citado por Cabanellas, 2003), teniendo en cuenta que estas relaciones pueden producirse para crear, modificar, disolver o extinguir una obligación determinada. El Código Civil adoptado en Colombia no solo retoma esta posición, sino que a su vez en el artículo 1495 define que una parte puede ser de una o de muchas personas.

Con motivo al objeto de estudio, el contrato de compraventa guarda unas características especiales que lo diferencian de los demás, en el entendido que se llega a este por medio del consenso, es bilateral (con la salvedad ya referida del número de personas de la que conste una parte) y oneroso.

Elementos y características para la eficacia de los contratos

El Código Civil las destaca desde el artículo 1501, entre las que se encuentran: 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, adicionalmente el máximo tribunal de la justicia ordinaria en lo civil ha considerado imperativo verificar adicionalmente si fueron "...atendidas las cláusulas del negocio, si se cumplieron los requisitos esenciales que lo tipifican y ...en caso de existir duda razonable o controversia..., dilucidar cuál fue ... la intención real de los contratantes... más allá ... del mismo texto..." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, 2000).

Frente a las características generales de los contratos antes referidas, en el caso de bienes inmuebles solo se logra el ejercicio del derecho real de dominio cuando se cumple con la ritualidad que prevé el artículo 756 del Código Civil, en el que estipula que "Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos" este artículo se complementa con el 759 de la misma normativa, que establece que "Los títulos traslativos de dominio que deben registrarse, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho mientras no se haya verificado el registro en los términos que se dispone en el título del registro de instrumentos públicos".

Finalmente, esta tradición de cosas inmuebles guarda relación con la general contemplada en el Código Civil en el artículo 742, en la que se establece que

"Para que la tradición sea válida, deberá ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante. Una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho

sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño”.

Teniendo en cuenta lo anterior, las características del contrato en general y de compraventa en particular tienen plena vigencia y guardan consecuencias jurídicas específicas para adquirir el derecho real de dominio sobre un bien inmueble.

El derecho a la propiedad privada y la vivienda

En Colombia se determinó mediante legislación nacional la preferencia en el derecho a la propiedad privada y la garantía del derecho a la vivienda, así fue dispuesto por la Constitución política de Colombia en los artículos 51 y 58, así:

ARTÍCULO 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.

ARTÍCULO 58: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

De lo anterior se desprende el derecho que le asiste a los titulares de derecho de dominio sobre los bienes inmuebles, contando con una garantía especial desde la misma concepción

constitucional, siendo este derecho intrínsecamente ligado a libertad, y únicamente limitado frente al interés público o social, que ha encontrado una nueva limitante en la Ley 1448 de 2011.

2.2. Justicia transicional

Comúnmente se asocia la justicia transicional exclusivamente a mecanismos temporales en los ámbitos de responsabilidad penal, posiblemente debido a que el término que le otorgan algunos autores muestra más importancia a estos asuntos, por ejemplo: a nivel internacional para Teitel (2003) esta es entendida como "...la concepción de justicia asociada con periodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tiene el objeto de enfrentar los crímenes cometidos por 'regímenes opresores'"; para Naciones Unidas hace referencia a:

... toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carcer por completo de ella), así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos. (pág. 6)

Finalmente, en concepto de Rodrigo Uprimmy es: "una serie de procesos de transformación social, a nivel político y jurídico bien sea por el paso del régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz" (2006). De lo anterior se concluye que el contenido que se le da a los mecanismos

de la justicia transicional son los que conceptúan sobre su definición, pero teniendo en cuenta el contexto colombiano se toma este último concepto de Uprimmy para los análisis posteriores que se realizarán y a nivel internacional el de las Naciones Unidas, puesto que goza de mayor espectro de intervención.

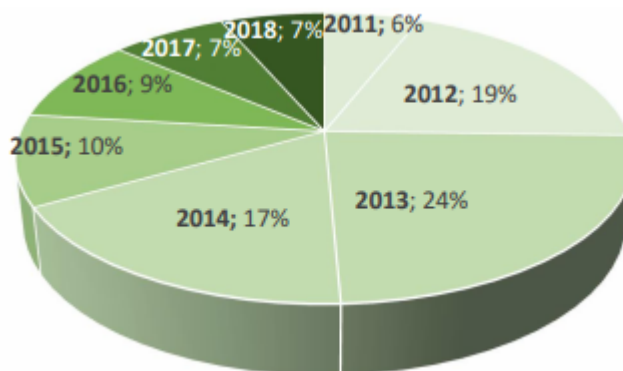
En el caso de Colombia, en materia de justicia transicional, se han adoptado diferentes mecanismos para su garantía, tal es el caso del Acto Legislativo 1 de 2012, desarrollando una preparatoria política de Estado a la que se llamó “marco jurídico para la paz”, con lo que se agregó a la Constitución Política la incursión de mecanismos para el desarrollo legislativo *a posteriori* que positivizara fórmulas de transición alternativas que pusieran fin al conflicto armado. La omisión de este tipo de eventos en la Constitución política de Colombia de 1991 trajo consigo crímenes y abusos contra la población civil, situación que no solo ocurre en Colombia, ya que “...en diversos países se ha intentado deslegitimar las voces de las víctimas que reclaman reconocimiento y justicia, equiparando esos reclamos a demandas exageradas y fanáticas que atentan contra la reconciliación nacional” (ONU, 2007).

Por lo anterior, se concluye en este aspecto, que los mecanismos de justicia transicional se adoptaron para este estudio en lo concerniente a la LVRT, con los que se busca entre otras cosas devolverles las tierras a las víctimas del conflicto armado en Colombia. Sobre esto, preocupa que “...los conflictos prolongados se olvidan con rapidez y las necesidades de emergencia se convierten en necesidades a largo plazo” (ACNUR, 2011), necesidades que por no ser solucionadas con agilidad es trasladada la responsabilidad del Gobierno a los ciudadanos, por lo cual, se establecen responsables a personas que no necesariamente tuvieron responsabilidad dentro del conflicto, lo que se analizará con detalle más adelante.

2.3. Implementación de la Ley de Restitución de tierras

La implementación de la política de restitución de tierras a las víctimas del conflicto armado se ha venido desarrollando de forma paulatina, teniendo en cuenta que en la Ley 1448 de 2011 se configuraron las causas para acceder a este derecho, que en cifras de la URT, en total se han elevado 121.462 solicitudes de 84.164 presuntos titulares, que solicitan la restitución de 110.623 predios que se encuentran en controversia sobre la legalidad del derecho real de dominio atribuido a estos (URT, 2019). En la siguiente gráfica se muestra el porcentaje de solicitudes que se han presentado por las presuntas víctimas:

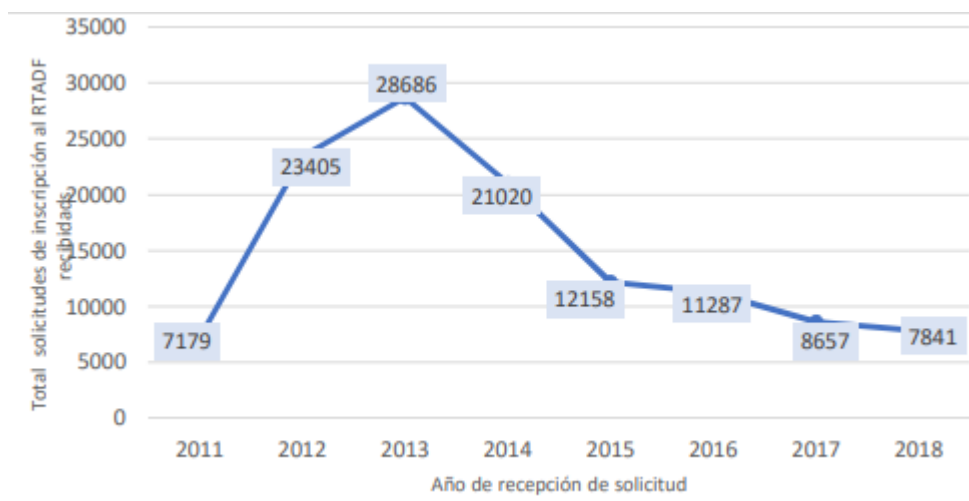
Gráfica 1: Porcentaje de solicitudes para restitución de tierra



Gráfica 1. Porcentaje de solicitudes para restitución de tierra. Copyright 2018, URT, pág. 24.

De la misma manera, el número de solicitudes a la URT discriminándolo por años, predomina el 2013 con 26.686 solicitudes, como se muestra a continuación:

Gráfica 2: Número de solicitudes para restitución de tierras



Gráfica 2. Número de solicitudes para restitución de tierra. Copyright 2018, URT, pág. 25.

De acuerdo con lo anterior y según la estadística revisada, el número de solicitudes mide un impacto de la implementación de la Ley 1448 de 2011, pero esto no quiere decir que necesariamente todas sean viables, ni que se funden en principios de veracidad y procedibilidad, por lo cual, la URT debe realizar primero una valoración administrativa de los casos. Por lo anterior, del número de solicitudes elevadas, solo 71.284 han sido resueltas a nivel administrativo, que corresponde aproximadamente al 60% del total de las solicitudes en 8 años de haber promulgado la Ley (URT, 2019).

Aunque el indicador anterior muestra una valoración o filtro de la calidad de las solicitudes, no necesariamente determina que las solicitudes a las que se les realizó los trámites administrativos son realmente víctimas o tengan el derecho a la restitución de las tierras, siendo un Juez de la República el que mida los argumentos de las partes en conflicto. Esta situación no es atípica, toda vez que se han registrado numerosas denuncias por parte de propietarios o segundos ocupantes que aun organizados algunos de ellos en el Urabá en Antioquia la Asociación de Colombianos propietarios tierra paz y futuro, el presidente de

dicha organización ha manifestado que “... la Ley de Restitución en sus inicios bien intencionada, se está convirtiendo en una mafia de poderosos falsos reclamantes y de personas inescrupulosas que pretenden despojar y generar una nueva ola de violencia, particularmente en esta región...” (Teleantioquia, 2017).

Lo anterior lo confirman testimonios como el de Efraín Tascón quien el Tribunal del Distrito Judicial de Cali le ordenó que restituyera el bien inmueble que adquirió según el de buena fe, quien manifiesta que le dieron “unos centavos”, lo sacaron de su tierra que era a lo que se dedicaba en la siembra en Timba Cauca, por lo cual, se considera una víctima de otro nuevo desplazamiento ya no de los grupos armados ilegales de los que fue también víctima alguna vez, sino ahora por parte del Estado Colombiano (Pacífico Noticias, 2015).

Ahora bien, se han resuelto mediante sentencia judicial un total de 9.983 solicitudes al 3 de mayo de 2019, aun cuando en los estrados judiciales hay identificados más de 17.978 casos para resolver ante los jueces de restitución de tierras (URT, 2019), lamentablemente pocos son los ciudadanos y especialmente los campesinos que conocen como defenderse en los estrados judiciales, también carecen de recursos económicos para contratar un abogado de confianza y demostrar no solo la buena fe con la que adquirieron las tierras en discusión, sino también el derecho que les asiste a todas las garantías sea de derecho real de dominio sobre la tierra o de la reubicación a otra vivienda con similares condiciones a las que tenía anteriormente para trasladarse y vivir en ella.

El caso de las personas que les ordenan restituir la propiedad a la víctima del conflicto armado se ven también enfrascadas ya no solo de no poseer una propiedad y pagar un arriendo, sino también de no ver realizado de manera ágil la reubicación, así lo expuso por

ejemplo Jose Serna en Antioquia, quien refiere que después de 1 año y medio de realizarse la orden del Tribunal a la URT, esta no los reubica (Teleantioquia, 2017). En este aspecto igualmente el Juez Civil del Circuito especializado de tierras de Quibdó Chocó dijo en su investigación "...se ha levantado estadística y materialmente un alto grado de insatisfacción, puesto que pese a las múltiples decisiones, la materialización de las órdenes no se vislumbra con la velocidad esperada legalmente..." (Lozano, 2016, pág. 27), por lo tanto, tanto las víctimas como los propietarios anteriores, tenedores de buena fe o segundos ocupantes han visto afectados sus derechos fundamentales al acceso a la justicia e igualdad.

Los anteriores son solo algunos casos en los que los ciudadanos que adquieren una propiedad se ven condenados a devolverlas, en virtud a una justicia transicional que le da la facultad al Gobierno nacional de considerar la restitución de tierras como una prioridad irrefutable y un derecho fundamental. De la misma manera, lo anterior muestra la visión de justicia que estableció el Estado, con el propósito de solidariamente cargar al nuevo propietario de la responsabilidad de restituir lo que en apariencia no le corresponde en favor de una población aparentemente con una protección constitucional más reforzada que la de aquellos.

2.4. El derecho a la restitución de la tierra

Del número de víctimas del conflicto armado, según una encuesta realizada en el marco de las exigencias realizadas por la Corte Constitucional en el Auto 008 de 2010, estas manifestaron que:

...el 55% de la población desplazada tenía tierras y el 94% debió abandonarlas como consecuencia del desplazamiento. Las relaciones de dominio con la tierra de la

población desplazada son: el 67,2% aseguró ser propietario, 6.2% poseedor, el 5,2% usufructuario, el 3,5% ocupante de hecho, el 2,9% ocupante de baldíos, y un considerable 13% se circunscribe a otros tipos de tenencia...

En este sentido la Corte Constitucional dispuso mediante de la revisión posterior de constitucionalidad de la Ley 1448, en donde se determinó mediante sentencia C-715 (2012) que:

La medida cumple con un fin constitucional el cual es la protección y garantía efectiva del derecho fundamental a la restitución de tierras a las víctimas despojadas, usurpadas u obligadas a abandonarlas, en cumplimiento de un deber del Estado, de manera que propende por lograr una restitución que atienda a los criterios de masividad, organización, planeación, igualdad y eficacia, entre otros.

Es por lo anterior, que el derecho a la restitución en calidad de fundamental permanece en la población debido a las características propias de esta, primeramente porque es una población con una protección constitucional especial e inclusive reforzada y también porque hace parte a su vez de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia que se armonizan con los Principios Deng y Principios de Pinheiro, también llamados la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas de 2005.

2.5. Instituciones jurídicas en conflicto

Como resultado de la pregunta de investigación se determina que son dos los derechos en conflicto, por una parte, está el propietario que con buena fe adquirió una propiedad y por lo tanto ejercita su derecho real de dominio y, por otra parte, la víctima del conflicto armado, que amparada por su derecho fundamental a la protección constitucional reforzada busca la

restitución del bien inmueble; para la investigación se concluye la no prevalencia de derechos en conflicto en menoscabo de otro, sino se propone como primera medida, igualar las condiciones en los sujetos de especial protección ante la LVRT, para que luego sea el juez especializado en restitución de tierras, quien de acuerdo a su competencia, analice caso a caso desde una ponderación de los derechos conforme al sistema jurídico colombiano.

2.5.1. Buena Fe en el ejercicio del derecho a la propiedad y vivienda.

Con relación a los derechos de la población propietaria nueva o tenedora de buena fe, es necesario que se le garantice la posibilidad de defender sus derechos, ya que las circunstancias particulares como se ha construido los campos y ciudades de Colombia han originado que exista cierta informalidad, dicho de otra manera, por Martínez (2013, pág. 15):

Pero la realidad colombiana se caracteriza precisamente por los altos niveles de informalidad de la propiedad rural, y por un atraso en el sistema oficial de notariado y registro de predios que se refleja en la falta de información actualizada y adecuadamente sistematizada.

Incluso hay áreas del país que no cuentan con ninguna formación catastral. Pero, además, la información del catastro no es congruente frente a otras fuentes oficiales y no contempla otros derechos diferentes a la propiedad de la tierra, tales como la posesión, la ocupación y la tenencia sobre la misma.

Sumado a lo anterior, la clasificación e identificación de las viviendas no es de fácil acceso para todos los pobladores, quienes aun inclusive mantienen en algunas ocasiones la certeza que una promesa de compraventa les da la titularidad de una propiedad. En sintonía con el argumento expuesto:

Una aplicación rígida e irreflexiva del estándar de buena fe exenta de culpa puede llevar a desconocer o transgredir derechos fundamentales de personas en situación de vulnerabilidad, y en esta medida, contradecir algunos presupuestos fundamentales del derecho constitucional dirigidos a garantizar la igualdad material y efectiva de la población sujeto de especial protección constitucional, así como algunos objetivos de la justicia transicional y del enfoque de acción sin daño que hacen un llamado a las diversas instituciones del Estado a diseñar mecanismos y propiciar escenarios que potencien la construcción de paz y la garantía de derechos de los ciudadanos. (Bolívar, Gutierrez, & Botero, 2017, pág. 11)

De cualquier forma, los tribunales de Bogotá, Cartagena y Antioquia han coincidido en determinar los elementos de la buena fe exenta de culpa (BFEC), que se resumen en un elemento subjetivo de que se está obrando con lealtad, el que se puede identificar desde la prudencia, creencia o conciencia; un elemento social, relativo a la certeza de que lo que realiza conforme a derecho, lo que se demuestra con un ejercicio propio de prudencia y diligencia; la presencia de un error o ignorancia invencible, que se ejercita cuando una persona puesta en una misma situación incurre en la actitud; que obra con honestidad, rectitud y lealtad (Bolívar, et al, 2017, págs. 30-33).

2.5.2. Restitución de las tierras y el derecho real de dominio.

En virtud a los mecanismos de justicia transicional el Estado, en cabeza de sus gobernantes, otorgó mayor importancia a los derechos fundamentales de las personas que buscaban la restitución de sus tierras, pero rompió con una tradición jurídica de existencia y validez los contratos pactados por los propietarios o segundos ocupantes de los inmuebles en

conflicto, los cuales concibió con trascendencia suficiente para producir los efectos jurídicos que se limitaron hasta la fecha (Paredes, 2016), lo que lleva a un escenario de incertidumbre jurídica, frente a las transacciones sobre bienes inmuebles que se han realizado en el ámbito de aplicación de la Ley entre el 1 de enero de 1991 y 10 años después de su promulgación, es decir hasta el 10 de junio de 2011.

Esta situación se agudiza cuando se pone en consideración que la justicia transicional o neconstitucionalismo (Perdomo & Sotomayor, 2016) se diseñó para el caso en estudio de la LVRT como un mecanismo de protección preferente a la población víctima del conflicto armado, en donde se interpretan en su favor los mecanismos propios de procedibilidad y asistencia jurídica y legal, pero la contraparte, que en algunos casos son personas analfabetas y/o campesinos sin mayor estudio tienen la carga no solo de la prueba sino de demostrar con argumentos sólidos y jurídicos una buena fe exenta de culpa, como se estudió anteriormente, lo que desborda e impone cargas injustas hacia una población igualmente con protección constitucional reforzada. Se concluye, por lo anterior, que frente a esta situación de derechos en conflicto le corresponde al juez de restitución de tierras dirimir cada situación en particular, porque al ser ambas partes sujetos de protección constitucional reforzada se les debe garantizar el disfrute de sus derechos en criterios de igualdad, es decir, sin dañar al otro, por lo cual debería ser el Estado quien le garantice otra tierra a la población desplazada, pero ambas partes podrán como mecanismo residual en caso de considerar violentados sus derechos podrían acudir a los mecanismos de la acción de tutela.

2.5.3. La justicia transicional y la protección especial constitucional.

La adopción de la justicia transicional como mecanismo que emerge en medio de diferentes conflictos trajo consigo la construcción de la LVRT, la cual, como se ha sostenido, está trayendo nuevas víctimas, que al no ser consideradas por dicha Ley como sujetos de EPC, ven desamparados sus derechos en favor de los beneficiarios de la LVRT. En este sentido, la justicia transicional que tiene como propósito la garantía a los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición, sigue produciendo víctimas dentro de dinámicas de conflicto y discrepancia con su desarrollo (Theidon & Betancourt, 2006).

Las poblaciones que ven afrentada su vida por la imposición de un “desalojo” legal o reubicación por orden judicial producto de la LVRT son principalmente los campesinos que derivan su sustento de la tierra cultivable que llevan trabajando durante años, la población analfabeta, la que se encuentra en estado de pobreza extrema y la población que ha sido desplazada igualmente por la violencia. Las comunidades referidas, tienen una atención especial y/o se han establecido en su favor la necesidad de promover acciones afirmativas positivas, teniendo en cuenta que estas comunidades son entendidas en Colombia como sujetos de EPC debido a su debilidad manifiesta o posición de indefensión, lo que es una realización del derecho a la igualdad en sentido amplio, que en palabras de Bernal & Padilla (2018) sobre esta refieren que:

Uno de los grandes avances que ha recogido tanto la Constitución Política como el proceso de interpretación que de ella ha hecho la Corte Constitucional, ha sido el reconocimiento y la protección del derecho fundamental a la igualdad, en el contexto

de una sentida necesidad de discriminación positiva hacia quienes se encuentran, por razones históricas o coyunturales, en condiciones menos favorables para el ejercicio efectivo de sus derechos; esto es, hacia el reconocimiento de la existencia de unos sujetos de especial protección constitucional a partir de la aplicación e interpretación del artículo 13 de la Constitución en concordancia con el articulado general respecto a los derechos humanos de la Carta Magna. (pág. 48)

Conforme a lo anterior, es necesario poner de presente la necesidad de establecer ciertos criterios para adentrarse en la concepción de la EPC, los que han sido referidos en la doctrina por Peláez Grisales (2015), resaltando los siguientes:

... 3) En el grupo de las víctimas de violencia generalizada: los desplazados, torturados, secuestrados, desaparecidos, refugiados, exiliados, líderes políticos y miembros de partidos políticos, periodistas y habitantes en zonas con problemas de orden público; ... Y 5) en el grupo de los sujetos en condiciones de pobreza, inferioridad, subordinación, dependencia, marginalidad, territorio y precariedad económicas están los pobres, consumidores, trabajadores, desempleados, campesinos, mendigos, habitantes de calle y los damnificados. (págs. 136-137)

La conceptualización anterior amplía el margen de las poblaciones que se pueden considerar como de EPC, sobre las cuales la jurisdicción especial de restitución de tierras tendría un margen más amplio de alcance en las sentencias respectivas, lamentablemente este parámetro doctrinal no es de uso libre en la formación de las sentencias, ya que por disposición de la Constitución política de Colombia en su artículo 230 “Los jueces están sometidos al imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del

derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Es de anotar que debe entenderse el imperio de la Ley en sentido amplio, es decir con referencia al sistema jurídico, esto según el expreso fundamento jurisprudencial de la Corte Constitucional, que en Sentencia C-486 de 1993 determinó que:

La enfática prescripción del artículo 230 de la CP –“los jueces, en sus providencias, sólo está sometidos al imperio de la ley”- , tiene el sentido de rodear a la actividad judicial de una plena garantía de independencia funcional frente a la intromisión de cualquier otro órgano público o privado. La factura reactiva de la garantía revela el indicado designio. La necesidad de la independencia judicial se deriva del sentido y alcance de la actividad sentenciadora de los jueces, la que se sujeta únicamente al ordenamiento jurídico estructurado a partir de la Constitución, sus principios y valores superiores y aplicado al caso concreto en términos de verdad y de justicia.

Por lo tanto, frente a la obligatoriedad de fundamentar las sentencias y decisiones en virtud del principio de motivación, la Corte Constitucional, siendo Magistrada ponente la doctora Clara Inés Vargas Hernández, profirió la sentencia T 819 de 2008 (que aunque tiene efectos interpartes es de obligatorio cumplimiento su ratio decidendi), determinando que se debe verificar el estado de indefensión en el cual se encuentre la persona que presuntamente manifiesta la vulneración de sus derechos fundamentales, por esto a nivel ilustrativo y no taxativo señala

... la Corte sin el ánimo de ser exhaustiva, ha establecido algunos supuestos en los que existe estado de indefensión, como por ejemplo, (i) cuando la persona está en ausencia de medios de defensa judiciales eficaces e idóneos, que permitan conjurar la

vulneración iusfundamental por parte de un particular; (ii) personas que se hallan en situación de marginación social y económica, (iii) personas de la tercera edad, (iv) discapacitados (v) menores de edad.” (Corte Constitucional, 2008)

Consiguientemente, se deben considerar estas poblaciones que a nivel demostrativo manifiesta la Corte Constitucional tener en cuenta, de cualquier manera, según el objeto de esta investigación estos conceptos es necesario armonizarlos y ponderarlos junto a las instituciones ya estudiadas de la buena fe exenta de culpa, la restitución de las tierras, la eficacia del derecho real de dominio y finalmente la justicia transicional.

3. Análisis de ponderación por las instituciones jurídicas en conflicto

Entre los mecanismos para realizar un análisis de pertenencia sobre los mecanismos en los cuales interesa razonar cual argumento tendría mayores alcances de justicia y que sean suficientes para no violentar contra la dignidad humana como bien supremo del ser humano, se encuentran los que buscan la realización de la ponderación, que se sintetizan en los que se enfocan en la adecuación, los relativos a la necesidad, y los de proporcionalidad, que se entrarán a analizar en adelante.

Frente a la adecuación, esta hace referencia a lo referido por el economista italiano Pareto, a lo que él llamó solución de eficiencia económica, cuando refirió que “Ya no puede ser que una persona esté mejor sin empeorar la condición de otra” (2001, pág. 548).

La fórmula de adecuación de subprincipio se traza como:

Si un medio M que fue establecido para promover la realización de un principio Pa, no fuera idóneo para esto mas sí perjudicara la realización de Pb; entonces de omitirse M no se originarían costos para Pa ni para Pb , aunque sí los habría para Pb de emplearse M. Pueden Pa y Pb ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades

materiales, de no producirse M; tomados conjuntamente, Pa y Pb prohíben el uso de M. (Alexy, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, 2009, pág. 8)

Sobre esta alternativa, Alexy manifiesta su inconformidad puesto que, “Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra” (Alexy, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, 2009, pág. 8).

La estructuración del subprincipio que antecede en el caso en estudio no es posible realizarse, teniendo en cuenta que la efectiva realización del mismo requiere que exista una contradicción entre los medios utilizados y los principios vulnerados, e inclusive estos deben excluir el principio, lo que en este caso no ocurre.

La segunda configuración posible en el orden de la ponderación es sobre el ámbito de la necesidad, que se basa en la optimización de principios dentro de los parámetros físicos o materiales, configurada con una fórmula semejante a la siguiente:

Éste requiere elegir, de entre dos medios que promueven Pa de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en Pb. Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio Pc afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en Pb. (Alexy, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, 2009, pág. 8)

La configuración del anterior subprincipio no es posible organizarse para el caso en estudio ya que los derechos en conflicto no son únicamente dos, sino es un número mayor; adicionalmente, no es conveniente el sacrificio de uno o de otro, ya que se configuran de tal

manera que son afectados entre sí por poblaciones vulnerables protegidas de manera especial y preferente por el Estado colombiano.

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad hace referencia a “...la optimización relativa a las posibilidades jurídicas (Alexy, 2009, pág. 9), este subprincipio se configura a su vez con la regla que recibe el nombre de “...ley de ponderación...” ” (Alexy, 2000, pág. 146), ya que tiene su misma equivalencia, lográndose su configuración de la siguiente manera:

La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro. (Alexy, 2009, pág. 9)

Teniendo en cuenta lo anterior, la pertinencia teórica expuesta con el análisis de los resultados fácticos-jurídicos de los resultados de esta investigación, determina que, por medio del subprincipio de proporcionalidad o regla de ley de ponderación, es conducente y pertinente realizar la valoración de los argumentos expuestos, ya que se configura el perjuicio que ocasiona un principio, la importancia de la realización de los otros y, finalmente, el incumplimiento del otro principio, como se realizará a continuación según el paso a paso determinado.

Siendo el juez especializado en restitución de tierras el llamado a realizar este ejercicio, de acuerdo con la competencia establecida por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU 648 de 2017:

...De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los jueces de restitución de tierras deben interpretar las reglas y principios jurídicos aplicables en favor de los derechos de las personas afectadas. Se debe propender por garantizar, al más alto nivel posible, el goce efectivo del derecho constitucional fundamental a la restitución. Las autoridades encargadas de hacer realidad este derecho deben tener en cuenta al momento de leer y determinar el alcance de las normas, permanentemente, la finalidad de protección del goce efectivo del mismo. En otras palabras, no es dado al intérprete de una ley que busca respetar, proteger o garantizar el derecho a la restitución, dejar de lado el espíritu de la ley, para apegarse a su letra. (Constitucional, SU - 648 - 2017)

3.1. Principios que colisionan en la regla de la Ley de ponderación.

Los principios que colisionan son los siguientes:

- El principio y derecho a la propiedad privada y la vivienda
- La restitución de la tierra en desarrollo de la justicia transicional

De lo anterior se analizarán los mismos según los pasos que desarrolla la regla de la ley de ponderación:

3.1.1. Perjuicio ocasionado por un principio.

El principio y derecho a la propiedad privada y la vivienda en virtud de los actos jurídicos materializados por los segundos ocupantes, es presuntamente valorado por la Ley 1448 de manera negativa. Se le señala de ocasionar un perjuicio indirecto, ya que se ocupa una tierra que, en tiempo de conflicto armado interno, fue de propiedad de otras personas que al ser desplazados por la violencia, fueron también víctimas del conflicto armado y son en virtud de la Ley los primeros ocupantes.

El perjuicio ocasionado por la restitución de la tierra en desarrollo de la justicia transicional, según la Ley 1448, es que no se contemplaron ni reconocieron las poblaciones que en virtud a su derecho real de dominio y por su condición de especial protección constitucional carecían de los recursos económicos y físicos para tener una defensa técnica (buena fe que tenían que probar por la inversión dispuesta de la carga probatoria) y/o para ser excluidos de la restitución en virtud de su buena fe.

3.1.2. Importancia de la realización de los otros principios

El principio y derecho a la propiedad privada y la vivienda es reconocido constitucionalmente, el cual contempla en el artículo 58: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. A esta situación se suma que la población con EPC tendría una protección especial debido a su estado de indefensión y vulnerabilidad, que le permitiría gozar de este derecho en preferencia de las demás personas. Finalmente, a esto se suma el hecho de que cuando se configuran más de dos situaciones de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, se puede tener una especial protección constitucional reforzada EPCR, esto en virtud de la sentencia T 919 de 2006 (que se convierte en precedente jurisprudencial de las sentencias de la Corte y por ello es reiterado por la Corte Constitucional en las sentencias T-299 de 2009, T-501 de 2009, T-033 de 2012, entre otras.) que refiere:

Entre el grupo poblacional de personas desplazadas, que de por sí amerita un tratamiento prioritario por su condición de especial protección constitucional, pueden encontrarse casos de individuos o familias que se encuentran en una situación de particular indefensión y vulnerabilidad, incluso mayor a la de la generalidad de personas desplazadas. Se trata de casos individuales y excepcionales, cuyas condiciones son especialmente extremas, y que por lo mismo requieren un tratamiento particularmente atento, por haber adquirido el status de sujetos

de protección constitucional reforzada, en virtud de las condiciones concurrentes de debilidad que les asisten (Corte Constitucional, 2006).

Por lo anterior, es necesario considerar la importancia de la realización de este principio fundamental en el ejercicio de los derechos de persecución y preferencia que le asisten a los segundos ocupantes en virtud al derecho real de dominio que ostentan.

Con relación a la importancia de la restitución de la tierra en desarrollo de la justicia transicional, está ligado a un número amplio de antecedentes que mostraron la fragilidad del Estado en la protección de sus conciudadanos, por lo cual, este estableció que regresaran las situaciones a su estado original, compensando a los segundos ocupantes con indemnizaciones que les permitían acceder a viviendas similares en otros lugares.

De ahí la importancia de resaltar que las víctimas de los delitos de despojo y desplazamiento a causa del conflicto interno se encuentran en situación de vulnerabilidad manifiesta, por tanto, el Estado debe contar con las disposiciones y medidas necesarias para superar esa vulnerabilidad y reparar en todas las dimensiones posibles sus derechos como víctimas (Varón, 2019)

3.1.3. Incumplimiento del otro principio.

Conforme se expresó la importancia del principio y derecho a la propiedad privada y la vivienda, no se tienen parámetros de discriminación positiva o de medidas alternativas ante las poblaciones que son de EPC y mucho menos de EPCR en la Ley 1448, por lo cual, se vulnera un conjunto de derechos y principios fundamentales como los ya relatados.

Conforme a lo anterior, satisfaciendo y dando garantía al derecho que le asiste a las personas con EPC y EPCR no se le vulneraría un derecho directamente por parte de los llamados segundos ocupantes, ya que estos no conocían la situación que se había vivido

anteriormente, por lo cual, le corresponde al Estado indemnizarles y garantizarle su derecho a la tierra, la propiedad privada y la vivienda, pero sin crear nuevas víctimas en el conflicto o postconflicto.

Ahora bien, garantizando el derecho que le otorgó la Ley 1448 a las víctimas del conflicto armado si se vulnerasen derechos de poblaciones que tienen su derecho real de dominio vigente y adicionalmente tienen una protección constitucional en virtud de ser reconocido como EPC o inclusive EPCR.

El análisis realizado en la investigación nos lleva a determinar que el criterio de Ley de ponderación, debe ser la regla de análisis de las decisiones de los jueces especializados en restitución de tierras frente a los casos con opositores titulares de derecho de dominio, y más ahora con la prórroga de la vigencia de la Ley por 10 años más, establecida mediante la sentencia C-588 de 2019 lo cual nos lleva a una inseguridad jurídica de los contratos que recaen sobre inmuebles hasta el 7 de diciembre de 2030.

Para lo cual se propone promover una modificación de LVRT en este sentido, eliminando las presunciones de Ley y de Derecho sobre los contratos establecidas en el artículo 77, lo cual nivelaría las posiciones de los intervinientes los cuales tienen las características de EPC o inclusive EPCR, y una resolución de la colisión de principios bajo el criterio propuesto.

3. Conclusiones

La Ley 1448 de 2011 no realizó una ponderación en los derechos que le asistían a comunidades con EPC y EPCR adicionales al desplazamiento forzado, por lo cual, privilegió de manera inequitativa a unas poblaciones víctimas del conflicto armado, pero desprotegió a personas con discapacidad, campesinos que viven únicamente de su tierra, personas analfabetas, adultas mayores, mujeres embarazadas, entre otras que tenían una o varias de estas condiciones o todas al mismo tiempo, por lo tanto, en estos casos le corresponde al Juez de restitución de tierras realizar una valoración e interpretación amplia del sistema jurídico, que traiga como consecuencia visibilizar los derechos de las personas con debilidad manifiesta y les brinde la seguridad jurídica que establece la normatividad vigente.

En la actualidad la seguridad jurídica está siendo violentada, ya que no se encuentra dentro de la formación de la Ley 1448 de 2011 la consideración de las personas con EPC y EPCR, y teniendo la normativa condiciones especiales para la valoración de las pruebas y formación de la sentencia, excluye a estas poblaciones de manera inequitativa y les pone en riesgo de padecer un mayor detrimento de sus derechos, a pesar de su vulnerabilidad o debilidad manifiesta.

La garantía del derecho a la propiedad en personas con EPC y EPCR en virtud al estado de indefensión y de debilidad manifiesta es necesario garantizarlo, ya que como se encontró, algunas personas viven del sustento específico que les da la tierra, por lo cual, despojarlos de la misma so pretexto de ser segundos ocupantes genera nuevas víctimas ya no de los grupos

ilegales alzados en armas, sino por parte del Estado que auspicia condiciones inequitativas para sus conciudadanos.

La justicia transicional fragmentó el Estado social de derecho y su legalidad para brindar una restitución tardía de la tierra, sin contemplar mecanismos alternativos de restitución de la tierra, en donde los últimos ocupantes, mal llamados “segundos ocupantes” fueron los que soportaron todas las consecuencias sociales, económicas y patrimoniales de la inoperancia del Estado Colombiano, ya que cobijó situaciones ocurridas desde el año 1985 y fue promulgada hasta el 10 de junio de 2011.

La tradición jurídica de los contratos de compraventa fue violentada, junto a los principios constitucionales de derecho a la vivienda y a la propiedad privada, en los artículos 51 y 58 de la Constitución política de Colombia, que contemplaban entre otras cosas garantías que no fueron protegidas, ya que aunque manifestaban que “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”, si fueron vulnerados, inclusive a personas con igual o mejor derecho en criterios de ley de ponderación, como son las EPC y EPCR.

En virtud a la ratio decidendi de las Sentencias fundantes o creadoras de derechos T 819 de 2008 y T 919 de 2006 promovidas por la Corte Constitucional, en donde se reconocían a las poblaciones con EPC y EPCR el reconocimiento a protegérseles sus derechos, son los jueces de restitución de tierras los que en primer lugar tienen que realizar el test de proporcionalidad para verificar las condiciones de igualdad que tienen pugna entre sí, pero al no encontrar una protección constitucional, los segundos ocupantes como nuevas víctimas

de los fallos en firme podrían acudir a la protección constitucional que les otorga el Estado, según se analizó y ponderó en esta investigación.

Referencias

- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*(11), 3-14. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Alexy, R. (2000). *Recht und Richtigkeit*, en KRAWIETZ et al. (eds.), *The reasonable as rational? Festschrift für Aulis Aarnio*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Beitti, E. (1942). *Istituzioni di diritto romano*. Padova: Prefazione, XIII.
- Bernal, C. D., & Padilla, M. A. (2018). Los sujetos de especial protección: construcción de una categoría jurídica a partir de la constitución política colombiana de 1991. *Revista Jurídicas*(15 (2)), 46-64. Obtenido de [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas15\(1\)_4.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas15(1)_4.pdf)
- Bolívar, J. A., Gutiérrez, B. L., & Botero, G. A. (2017). La buena Fe en la restitución de tierras, Sistematización de jurisprudencia. *DeJusticia*, 136. Recuperado el mayo de 2019, de <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/La-buena-fe-en-la-restitucion-de-tierras-PDF-final-para-web-1.pdf>
- Cabal, M. F. (18 de septiembre de 2018). Proyecto de modificación de Ley de Tierras ataca la “médula” de la restitución. *Verdad Abierta*. Recuperado el abril de 2019, de <https://verdadabierta.com/proyecto-de-modificacion-de-ley-de-tierras-ataca-la-medula-de-la-restitucion/>

Cabanellas, G. (2003). *Diccionario Enciclopédico de derecho usual tomo III*. España: Editorial Heliasta España.

Corte Constitucional. (2008). Clara Inés Vargas Hernandez. *Sentencia T-089 de 2008*. Bogotá.

Corte Constitucional. (9 de noviembre de 2006). Sentencia T - 919 de 2006. *expediente T-1407428*.

Corte Constitucional. (s.f.). *SU - 648 - 2017*.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia expediente 5577 (14 de agosto de 2000).

Ferro, J. G. (17 de abril de 2018). Entrevista: Lentitud en restitución de tierras le quita la esperanza a los campesinos de Montes de María. (CINEP, Entrevistador) Montes de María, Sucre, Colombia. Recuperado el marzo de 2019, de https://es.wikipedia.org/wiki/Montes_de_Mar%C3%ADa

Hinestrosa, F. (1969). *Derecho Civil Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, F. (1999). Autonomía privada y tipicidad contractual. *Conferencia pronunciada en el Seminario sobre el Contrato, Universidad Católica de Valparaíso, 24 a 26 de mayo de 1999*. Valparaíso: Revista de Derecho Privado. Recuperado el mayo de 2019, de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3300/3463>

Leon, B. J. (1991). *Tratado de Derecho Civil*. Lima: WG Editor / Gaceta Jurídica.

- Lozano, M. M. (Octubre - Diciembre de 2016). Retos de la restitución de tierras y territorios. *Revista Pluriverso*, 25 - 38. Obtenido de <https://servicios.unaula.edu.co/ojs/index.php/Pluriverso/.../289>
- Lozano, M. M. (2016). Retos de la restitución de tierras y territorios. *Pluriverso*(7).
- Martínez, P. (2013). *Ley de víctimas y restitución de tierras en Colombia en contexto. Un análisis de las contradicciones entre el modelo agrario y la reparación a las víctimas*. Berlin: FDCL / TNI.
- ONU. (2007). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones, recopilación de documentos de la ONU*. Comisión Colombiana de Juristas.
- Pacífico Noticias. (22 de octubre de 2015). Campesino denuncia que Unidad de Restitución de Tierras le entregó su finca a desplazados. *Pacífico Noticias*. Obtenido de <https://youtu.be/Xfd0u98qMOw>
- Paredes, H. A. (2016). *Ineficacia del Acto Jurídico* (Vol. II). Bogotá: Universidad de los Andes - Uniandes - Temis.
- Peláez, G. H. (2015). Una mirada al problema del derecho de los sujetos y grupos desaventajados de especial protección en Colombia y la apuesta por una necesaria fundamentación teórica desde las teorías contemporáneas de la justicia. *Revista de Estudios Socio Jurídicos*, 17(1), 125-168.
- Perdomo, E. A., & Sotomayor, C. (2016). La restitución de tierras consagrada en la Ley 1448 de 2011, a la luz de la teoría neoconstitucionalista. *Revista Academia & Derecho*, 100.

- Saux, E. I. (2002). *Estudios de derecho civil en su parte general*. Santa Fe: Ivana Tosti - Centro de publicación UNL. Recuperado el mayo de 2019, de https://books.google.com.co/books?id=OxQCC6o1RkUC&pg=PA110&dq=derecho+civil+valencia+zea&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwjEn7-Vx_riAhWHtlkKHe9-D3YQ6AEIPzAE#v=onepage&q=acto%20jur%C3%ADdico&f=true
- Teitel, R. (2003). *Genealogía de la justicia transicional*. (Vol. 16). Harvard Human Rights Journal.
- Teleantioquia. (11 de noviembre de 2017). Exponen problemas por la ley de restitución de tierras. <http://www.teleantioquia.co/noticias/>. Recuperado el mayo de 2019, de <https://youtu.be/54R880S-e4I>
- Theidon, K., & Betancourt, P. A. (2006). Transiciones conflictivas: combatientes desmovilizados en Colombia. *Análisis Político. IEPRI*, 58, 92-111.
- Uprimmy, R. (2006). *Justicia sin transición*. Bogotá.
- URT. (30 de abril de 2019). *Estadística en Restitución de Tierras*. Obtenido de <https://www.restituciondetierras.gov.co/estadisticas-de-restitucion-de-tierras>
- Varón, L. T. (2019). Fundamento jurídico de la acción judicial de restitución y formalización de tierras y su carácter predominante como medida de reparación. *Revista IUSTA*, 51(2), 107.
- Wonnacott, P., & Wonnacott, R. (2001). *Economía* (3 ed.). (E. d. Cataluña, Trad.) Madrid: McGraw-Hill.