

***Presunciones legales sobre ciertos actos administrativos, en la ley de Víctimas y
Restitución de Tierras***

Por: Israel Adalberto Franco Mesa ¹

INTRODUCCIÓN

La ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras creó un procedimiento mixto para restituir y formalizar la tierra de las víctimas del despojo y abandono forzoso que se hubieren presentado desde el 1 de enero de 1991 con ocasión del conflicto armado interno; siendo considerada una ley trascendental al reconocer, primero, la existencia de un conflicto armado interno y segundo, los derechos de verdad, justicia y reparación, de los afectados por el conflicto. Con la creación de este procedimiento la ley busca que el legítimo dueño de la tierra supere la situación de desarraigo y le sea restituida la tierra en un marco de justicia y garantía de goce de sus derechos, cerrando los ciclos de violencia relacionados con la propiedad rural. En su artículo 77 creó presunciones de despojo en relación con los predios que sean objeto de restitución, siendo una de éstas, la planteada en el numeral tercero: ***“Presunciones legales sobre ciertos actos administrativos. Cuando la parte hubiere probado la propiedad, posesión u ocupación, y el posterior despojo de un bien inmueble, no podrá negársele su restitución con fundamento en que un acto administrativo posterior legalizó una situación jurídica contraria a los derechos de la víctima. Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume legalmente que tales actos son nulos. Por lo tanto, el juez o Magistrado podrá decretar la nulidad de tales actos. La nulidad de dichos actos produce el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad de todos los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del bien o sobre parte del mismo.”*** (Negrita fuera del texto)

Precepto jurídico que nos lleva a realizar un estudio sobre los conflictos, que se generan frente a los actos administrativos expedidos por las autoridades competentes en las materias.

¹ Abogado Universidad Católica de Colombia – Estudiante Especialización Derecho Administrativo – Universidad Santo Tomás de Aquino Sede Bogotá

La investigación se realizará bajo el método axiomático deductivo, el cual abrirá su análisis sobre las presunción legales estipuladas en el artículo 77 de la ley 1448 de 2011 y la implicación que esta conlleva en los actos administrativos. Siguiendo con el conflicto que genera la presunción establecida en la ley frente a la teoría del acto administrativo, sobre la eficacia y validez de los actos administrativos. Conflicto frente al principio de presunción de legalidad de los actos administrativos; conflicto frente al principio de debido proceso, bajo esta presunción de ilegalidad de los actos, y bajo el trámite que se plantea para dar trámite a la nulidad de estos actos, se evidencia una vulneración de este principio al encontrarse en contravía con lo planteado en la ley 1437 de 2011 artículo 93 sobre la revocatoria de los actos administrativos o en la ley especial. El legislador bajo esa presunción de ilegalidad de ciertos actos, rompe uno de los principales principios que rigen la actuación administrativa, generando incertidumbre jurídica sobre la legalidad de muchos actos expedidos por las entidades competentes en las diferentes materias. Conflicto frente al principio de juez natural, el encargado de determinar la legalidad de los actos que se presuman ilegales, bajo esta presunción corresponde a los jueces y magistrados especializados en restitución de tierras, en contravía con los estipulado en la ley 1437 de 2011 siendo la jurisdicción de los contencioso administrativo, el competente para determinar la legalidad de estos actos. Terminando con el análisis de este problema jurídico planteado en un contexto de justicia transicional como en el que se enmarca la aplicación de la ley de víctimas y restitución de tierras.

Cumpliendo los anteriores objetivos se concluirá, que el conflicto jurídico presentado, desaparece al reconocer que la legislación de víctimas y restitución de tierras y los jueces especializados de restitución de tierras, se encuentran investidos de características especiales, al estar dentro de la jurisdicción de la justicia transicional civil, buscando que en este marco sea una justicia pro víctima y no formalista, con el fin de dar cumplimiento a los compromisos planteados por la Corte Constitucional, al declarar el desplazamiento forzado como un estado de cosas inconstitucional “*Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la*

condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas” (Sentencia, 2004)., la cual le que exige soluciones al Estado, ya que una parte importante de esa inconstitucionalidad se debió a la masiva pérdida del derecho de propiedad territorial que sufrieron los desplazados por violencia, lo que conllevó a reconocer la restitución de tierras como un derecho fundamental “Las personas que se encuentran en situación de desplazamiento forzado y que han sido despojadas violentamente de su tierra (de la tierra de la cual son propietarias o poseedoras), tienen derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso, goce y libre disposición de la misma en las condiciones establecidas por el derecho internacional en la materia. En efecto, en estos casos el derecho a la propiedad o a la posesión adquiere un carácter particularmente, reforzado, que merece atención especial por parte del Estado. Ciertamente, si el derecho a la reparación integral del daño causado a víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, es un derecho fundamental, no puede menos que afirmarse que el derecho a la restitución de

los bienes de los cuales las personas en situación de desplazamiento han sido despojadas, es también un derecho fundamental.” (Sentencia , 2007)

1. DE LAS PRESUNCIONES LEGALES DE CIERTOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La ley de 1448 de 2011, fue creada con el fin de restablecer y hacer efectivo el goce de los derechos de las víctimas del conflicto interno armado², siendo uno de estos, y el que nos atañe, la restitución de tierras despojadas, que se dieron en el país por las diferentes formas de despojo jurídico que se han identificado y en especial el despojo por vía administrativa que de acuerdo con el Centro de Memoria Histórica este se da por tres fenómenos,

*“Ilegalidad por adjudicación de derechos sobre la tierra mediante actos administrativos sin fundamento legal. Esta es una categoría excesivamente amplia porque la adjudicación de tierras por vía administrativa puede estar afectada de ilegalidad por las más diversas razones: por falta de competencia de la autoridad involucrada; por incumplimiento de alguna de las etapas del procedimiento de adjudicación; por vulneración de derechos de terceros de buena fe; por inalienabilidad del bien; por desconocimiento de derechos constitucionales de grupos étnicos, entre otras. **Revocatoria de adjudicación de predios a beneficiarios de reforma agraria y re-adjudicación a victimarios.** Un caso asociado con esta tipología se relaciona con la revocatoria de titularidad a beneficiarios de reforma agraria en el departamento del Magdalena por parte del gerente del Incora en el año 2003, y la posterior titulación a terceros relacionados presumiblemente con grupos paramilitares. Argumentando el abandono de los predios y el incumplimiento de las obligaciones crediticias de los beneficiarios, el gerente del Incora seccional Magdalena despojó de los títulos de propiedad a 253 familias, para luego titularlas a testaferros de los*

² ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales.

victimarios. Adjudicación de tierras con irregularidades en zonas de colonización o de frontera....” (Centro de Memoria Histórica, 2009).

Esta situación que se encontró en los diferentes estudios sobre el despojo, es el génesis de la presunción consagrada en el artículo 77 y que es materia de estudio en la presente investigación, y razón por la cual el legislador ante la documentada ilegalidad de actos administrativos por medio de los cuales se realizaron transferencia de derechos a través de instancias administrativas, le dio una presunción de ilegalidad a los actos que expidieron en contravía de los derechos de las víctimas, en materia probatoria lo que conlleva a una inversión en la carga probatoria y el cambio de competencia frente al juez que puede decidir la legalidad de estos actos.

Las presunciones según la legislación colombiana está en dividida en dos grupos, las conocidas como legales que comúnmente se conocen como las que admiten prueba en contrario; y las de derecho, en aquellas situaciones en que no concurra una posibilidad de poder llegar a desvirtuar el hecho desde el cual fue construida la presunción, por lo que se concluye no admite prueba en contrario. (Código Civil Colombiano, Artículo 66)

Las implicaciones que tiene esta presunción dentro del proceso judicial de restitución han tenido gran impacto dentro de la ejecución de la política de restitución de tierras, debido a la inseguridad jurídica que genera frente a los diferentes actos administrativos que genera el estado (Adjudicaciones, títulos mineros, contratos administrativos, entre otros).

Estas presunciones se evidencian de forma más concreta en el Decreto ley 4633 por medio del cual se dictaron medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas que enuncia:

Artículo 163. Presunciones de derecho en relación con los territorios colectivos. En relación con los territorios colectivos inscritos en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, se tendrá como presunción de derecho la inexistencia de los actos jurídicos

enunciados en los numerales siguientes, cuando hubieren ocurrido a partir del 1° de enero de 1991 sobre resguardos indígenas constituidos:

b). La inexistencia de actos administrativos o la invalidez de sentencias judiciales cuando reconozcan u otorguen derecho real u otro derecho a favor de terceros sobre resguardos, reservas indígenas o tierras colectivas;

Artículo 164. Presunciones legales en relación con los territorios colectivos. En relación con los territorios inscritos en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, se tendrán en cuenta las siguientes presunciones legales cuando los hechos y actos jurídicos enunciados en el presente artículo hubieran ocurrido a partir del 1° de enero de 1991, sobre territorios no constituidos como resguardos indígenas:

1. Presunción de nulidad para ciertos actos administrativos en caso de comunidades sin título. Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución se presume legalmente de que están viciados de nulidad absoluta los actos administrativos que hubieren titulado u otorgado otra clase de derechos a terceros en tierras consideradas baldías ocupadas o utilizadas culturalmente por pueblos indígenas. La declaratoria de nulidad absoluta de tales actos podrá ser decretada por la autoridad judicial que esté conociendo de la demanda de restitución, y producirá el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad absoluta de todos los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del territorio o parte del mismo.

3. Presunción de nulidad de ciertos actos administrativos para casos individuales. Cuando se hubiere probado la propiedad, posesión y ocupación a título individual, y el posterior despojo de un bien inmueble, no podrá negarse su restitución a un integrante de una comunidad indígena con fundamento en que un acto administrativo posterior legalizó una situación jurídica contraria a los derechos de la víctima. Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume legalmente que tales actos están viciados de nulidad absoluta. Por lo tanto, el juez o tribunal podrá decretar su nulidad, la cual produce el

decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad absoluta de todos los actos jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del bien o parte del mismo.

Esta institución jurídica ha llevado a que jueces de restitución de tierras lleguen a determinar la legalidad y suspensión de actos administrativos, llevando a titulares de derechos adquiridos a su defensa antes los operadores judiciales, y no las entidades que expidieron estos actos, como en la sentencia expedida por la Sala Civil Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia, frente a la excepción presentada por el opositor Anglo Gold Ashanti Colombia, por falta de legitimidad por pasiva manifestó “ *En cuanto hace a las denominadas “Falta de legitimación pasiva para ser demandadas”, y “aprovechamiento indebido de la acción restitutoria” debe decirse que este proceso judicial está totalmente permeado por el paradigma de la justicia transicional, en consecuencia se creó un procedimiento especial, atípico, sustraído de los señalados en nuestro ordenamiento procesal civil o agrario y bastante cercano a otros que desarrollen acciones constitucionales. De hecho solamente se acude a otros conjuntos normativos para llenar sus vacíos exclusivamente cuando éstos sean más garantistas para la protección y restitución a los pueblos y comunidades indígenas. (..)*

No debe extrañarse entonces a los excepcionantes la posibilidad del fallador para decidir aún sobre temas que en principio se remiten a la jurisdicción contenciosa administrativa, a la agraria, a la de familia pues ellas emanan de los mismos principios de la creación de este tipo de justicia” (Tribunal Superior Distrito Superior de Antioquia - Sala Especializada en Restitución de Tierras - 23 de septiembre , 2014)

Con estas presunciones el legislador buscó, una estrategia regulatoria que respondan a las dificultades de orden probatorio que en su ausencia probablemente surgirían en el proceso de restitución de tierras, ya que se trata de una realidad donde se hacen recurrentes las maniobras tendientes a borrar los rastros de los hechos, como lo atestigua la caracterización de los diferentes actos de despojo. Surge, entonces, la necesidad de acudir a criterios de ponderación y flexibilidad de las normas que rigen la actividad probatoria:

“En los procesos de justicia transicional, en los cuales se averigua acerca de la ocurrencia de violaciones graves de derechos humanos y de derecho humanitario, no resulta extraña tal situación, por lo cual, en el contexto de la justicia transicional adquieren extraordinaria importancia criterios de valoración probatoria tales como hechos notorios, juramento estimatorio, inversión de la carga probatoria, presunciones legales y de derecho, y la aplicación de las reglas de la experiencia” (Sala de Casación Penal - Radicado No. 34547, 2011).

La flexibilización en materia probatoria es parte esencial de la ley, la que toma distancia frente al principio general de la carga de la prueba contenido en el artículo 167 del Código General del Proceso según el cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”. Dotando a los jueces especializados en restitución de tierras de diferentes herramientas procesales de la ley.

2. Conflictos presentados frente a la teoría de los actos administrativos.

En este capítulo nos centramos en el problema central de la investigación y es el análisis de las diferentes teorías del acto administrativo, con las cuales se genera conflicto frente a las presunciones de legalidad estipulada en el capítulo de Restitución de Tierras de la ley 1448 de 2011. Las cuales con su simple lectura nos rompen las teorías estudiadas frente a la institución jurídica acto administrativo. Razón por la cual vamos a entrar a estudiar cada una de ellas, con el fin de que el lector se acerque, y tome posición frente a este conflicto.

2.1 La Validez (Existencia) y Eficacia de los Actos Administrativos

Para que todo acto administrativo nazca se requiere que la administración exprese su voluntad a través de un acto que de por terminado un procedimiento administrativo, para la Corte Constitucional la existencia hace referencia *“La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.”* (Corte Constitucional - Sentencia C - 069, 1995), la sola expedición del acto no genera efectos, por cual se requiere de la notificación dependiendo cual sea el caso, si es de a carácter general o particular, lo cual varía la forma de notificación. Que en palabras del profesor Agustín Gordillo señala

“...la terminología que diferencia la `existencia´ del acto, supuestamente nacido antes de su notificación, y la eficacia que nacería con tal notificación, no es la más adecuada. En tal terminología el acto nace, pero no al mundo jurídico, sino al mundo de la experiencia. No para una terminología apropiada para el lenguaje jurídico”. (GORDILLO, 1998)

Para que el acto que se expidió tenga eficacia en el mundo jurídico, la ley exige su publicación, comunicación o ejecución, conforme se contempla se estipule en la normatividad (PENAGOS, 2008), y para la Corte Constitucional *“La eficacia del acto administrativo se debe pues entender encaminada a producir efectos jurídicos. De lo anterior se colige que la eficacia del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico superior, puede llegar a producir*

efectos por no haber sido atacada oportunamente". (Corte Constitucional - Sentencia C - 069, 1995)

2.2. Principio de Presunción de Legalidad de los Actos Administrativos

El principio de legalidad de los actos administrativos consagrado en el CPACA en el artículo 88 que enuncia "Los actos administrativos se presumen legales **mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar." De este artículo se concluye que estamos frente a dos normas enfrentadas bajo presunciones legales, una particular bajo el modelo de justicia transicional que manifiesta que algunos actos administrativos se presumen ilegales y la norma especial que regula toda la actuación administrativa, que manifiesta que hasta que un juez de la jurisdicción contenciosa administrativa no lo declare ilegal este se presume legal. En este mismo sentido de presunción de legalidad de los actos se han expresado los maestros García de Enterría y Tomás Ramón Fernández

"Se trata como lo hemos dicho, de una presunción iuris tantum, operante solamente en tanto no se demuestre y se declare en firme la invalidez del acto. Pero es que, además, para que la presunción legal de validez opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad. Quiere esto decir que la presunción de validez que la ley establece no es algo gratuito y carente de fundamento, sino algo que se apoya en una base real que la presta, en principio, una cierta justificación. El acto administrativo se presume legítimo en la medida en que emana de una autoridad que lo es igualmente". (GARCIA DE ENTERRIA, 2006)

Y para el profesor José Roberto Dromi

"Es la presunción de validez del Acto Administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad

importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de `legalidad`, de `validez`, de `juridicidad` o pretensión de legalidad... Los acto administrativos, por serlo, tienen a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio; así como sucede cuando se han desconocido o vulnerado principios de derecho público o garantía individuales”. (DROMI, 1997)

Esta confrontación de legislaciones, ha creado un clima de inseguridad jurídica sobre los actos expedidos por las autoridades competentes, al romper la teoría que soporta el acto administrativo, y que me ha conducido a realizar la presente investigación. Este conflicto no sólo genera repercusiones jurídicas sino también en inversiones en las regiones, razón por la cual se debe realizar una revisión sobre el procedimiento y el alcance de estas presunciones frente a las víctimas. De esta certeza jurídica que debe estar investida los actos administrativos la Corte Constitucional a manifestado “*La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas // En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. En el plano constitucional ello se aprecia en la existencia de términos perentorios para adoptar decisiones legislativas (C.P. arts. 160,*

162, 163, 166, entre otros) o constituyentes (C.P. Art. 375), para intentar ciertas acciones públicas (C.P. art. 242 numeral 3), para resolver los juicios de control constitucional abstracto (C.P. art. 242 numerales 4 y 5). En el ámbito legal, las normas de procedimiento establecen términos dentro de los cuales se deben producir las decisiones judiciales (Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y de seguridad social, penal y Contencioso Administrativo), así como en materia administrativa (en particular, Código Contencioso Administrativo) // 4. La existencia de un término para decidir garantiza a los asociados que puedan prever el momento máximo en el cual una decisión será adoptada. Ello apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a dicho término no afectará sus pretensiones. En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley; en materia penal, debe señalarse, existe una clara excepción, por aplicación del principio de favorabilidad, que confirma la regla general // Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Consolidación que se torna derecho por razón del principio de seguridad jurídica y, además, constituye un elemento del principio de legalidad inscrito en el derecho al debido proceso”. (Corte Constitucional T - 502, 2002).

2.3. Principio al debido proceso administrativo

Los jueces Especializados de Restitución de Tierras, se han abrogado la función de revisión de la legalidad de los actos administrativos, con base en la presunción de ilegalidad de los actos estipulada en la ley de restitución de tierras, lo cual ha convertido este proceso judicial en un trámite sui generis, donde el juez ordena desde suspensiones hasta anulación de actos administrativos, lo cual desde una vista rápida evidencia un conflicto de competencias debido a que la jurisdicción contenciosa administrativa, tiene arraigo constitucional, artículos 236 al 238 de la Constitución Política, y reglada mediante la ley 1437 de 2011, mediante la cual se hizo una reforma profunda sobre el trámite administrativo, *“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”* (Congreso de la República - Ley 1437 Art. 104, 2011). Situación que se encontraría en contradicción con el principio constitucional de juez natural consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, y que el tribunal constitucional a determinada como *“Por lo demás, hace ver esta Corte que la noción constitucional de "Juez o Tribunal competente" consignada en el inciso segundo del artículo 29 de la Carta de 1991, se refiere a la prohibición de crear Jueces, Juzgados y Tribunales de excepción, lo cual se reitera en los artículos 213 y 214 de la misma normatividad superior.*

Tal concepto no significa en modo alguno que el legislador -ordinario o extraordinario- no pueda -sobre la base de criterios de política criminal y de racionalización del servicio público de administración de justicia-, crear nuevos factores de radicación de competencias en cabeza de los funcionarios que pertenecen a la jurisdicción ordinaria -en este caso, a la penal- o modificar los existentes, respetando -desde luego- los principios y valores constitucionales.

La competencia ha sido definida tradicionalmente como la facultad que tiene el juez para ejercer, por autoridad de la ley, una determinada función, quedando tal atribución

circunscrita a aquellos aspectos designados por la ley. Normalmente la determinación de la competencia de un juez atiende a criterios de lugar, naturaleza del hecho y calidad de los sujetos procesales.

Este principio de carácter normativo definido por la Constitución, comprende una doble garantía en el sentido de que asegura en primer término al sindicado el derecho a no ser juzgado por un juez distinto a los que integran la Jurisdicción, evitándose la posibilidad de crear nuevas competencias distintas de las que comprende la organización de los jueces. Además, en segundo lugar, significa una garantía para la Rama Judicial en cuanto impide la violación de principios de independencia, unidad y "monopolio" de la jurisdicción ante las modificaciones que podrían intentarse para alterar el funcionamiento ordinario". (Sentencia C - 208/93 M.P. Hernando Herrera Vergara)

3. Trámite Judicial de Restitución de Tierras dentro de la justicia transicional

3.1. Como una acción de carácter constitucional

El conflicto armado en Colombia ha traído múltiples consecuencias, llevando a una pérdida de legitimidad del estado en las regiones que fueron afectadas por este flagelo, entre ellas los derechos de propiedad sobre la tierra, debido al desplazamiento forzado de campesinos llevando a una nueva configuración de la propiedad basada en el despojo y el abandono forzado. Ante la falta de una política clara frente a este flagelo, la Corte Constitucional expidió la sentencia T- 025 de 2004 declarando el desplazamiento forzado como un estado de cosas inconstitucional, que exige soluciones al Estado. Una parte importante de esa inconstitucionalidad se debió a la masiva pérdida del derecho de propiedad territorial que sufrieron los desplazados por violencia, lo que conllevó a reconocer la restitución de tierras como un derecho fundamental en la sentencia T – 821 de 2007.

Este reconocimiento tiene validez a la luz del ordenamiento internacional, en los principios Pinheiro³, sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas y en los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones⁴, reconocido en nuestro ordenamiento interno por el elemento integrador del bloque de constitucionalidad (C.P. art. 93.2)⁵.

El desarrollo de este derecho por vía constitucional, fue una gran victoria para las víctimas de desplazamiento y despojo, “que en cifras de la tercera encuesta nacional de verificación de la comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado se estima que entre el año 1980 y julio de 2010 se habrían abandonado y/o despojado de manera forzosa, como consecuencia del accionar sistemático de algunos grupos violentos legales e ilegales, cerca de 6,6 millones de hectáreas” (Garay y Vargas, 2012, p. 16). Para poder materializar este derecho, la Corte Constitucional a través del auto 008 de 2009 prescribió al estado para que desarrollara una política pública enfocada en la restitución de tierras. Con base en estos precedentes el estado colombiano expidió la ley 1448 de 2011, convirtiéndose en el mayor reconocimiento y garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado en Colombia. Dentro de este ordenamiento fue creada la acción de restitución de tierras, enmarcada en un contexto de justicia transicional⁶ y como una acción constitucional que busca hacer efectivo el derecho social fundamental a la restitución (Ramirez, 2013, p. 17).

³ Los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas formulados en el presente documento tienen por objeto prestar asistencia a todos los actores competentes, tanto nacionales como internacionales, en el tratamiento de las cuestiones jurídicas y técnicas relativas a la restitución de viviendas, tierras y patrimonio en situaciones de desplazamiento en que las personas afectadas se hayan visto privadas de forma arbitraria o ilegal de sus anteriores hogares, tierras, bienes o lugares de residencia habitual. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/pinheiro_principles_sp.pdf

⁴ Resolución aprobada por la Asamblea General ONU el 16 de diciembre de 2005

⁵ Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

⁶ Ley 1448 de 2011 ARTÍCULO 8°. JUSTICIA TRANSICIONAL. Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.

Al ser concebida como una acción constitucional, el proceso de restitución de tierras, y los operadores judiciales toman una connotación especial, debiendo tomar como núcleo del debate jurídico no solo la propiedad materia de litigio, si no la restitución de tierras como derecho fundamental, y propender que sean los jueces y magistrados especializados en restitución de tierras quienes decidan sobre los procesos⁷. Esto implica un reto grande para estos operadores judiciales, debido a que la ley no reguló a minucia el procedimiento y todas las variables que pueden contener los procesos de restitución de tierras, por la complejidad de las situaciones de despojo o desplazamiento.

En la sentencia C-052 de 2012, la Corte Constitucional estableció que la justicia transicional puede ser entendida como “una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes.”

De este modo, la justicia transicional surge como respuesta para recuperar el principio de Estado de derecho, el cual indudablemente se ve afectado por las situaciones de conflicto que generan la violación masiva de los derechos de sus ciudadanos.

La jurisprudencia también ha indicado que “en situaciones como la del conflicto colombiano, la política de justicia transicional que envuelva verdaderos criterios de integralidad, va depender del contexto en el que se implante, e implica por un lado la incorporación de medidas novedosas pero concretas para cumplir eficientemente sus fines, tales como la memoria histórica, el fortalecimiento e integración de las instituciones públicas, medidas de desmovilización, etcétera; mientras que por el otro lado, envuelve una certera reforma institucional, dándose correlativamente una reformulación y replanteamiento en las funciones legislativas y judiciales.”

⁷ Ley 1448 de 2011 artículo 79: Competencia para conocer los procesos de restitución

En ese sentido, la definición de justicia transicional establecida en los artículos 8 y 9 de la Ley de Víctimas y, en especial, su componente de tierras, hace que en los procesos judiciales que se lleven a cabo las actuaciones de los jueces estén encaminadas a proteger a las víctimas bajo esa perspectiva.

Si esto es así, se da una yuxtaposición entre la justicia transicional y la justicia administrativa, debido a que tiene que plantearse una combinación entre los aspectos del derecho administrativo, derecho privado, el derecho agrario y la justicia transicional para facilitar el acceso a la administración de justicia y la reparación de las víctimas como mecanismo para resarcir conflictos que en tiempo de paz se resuelven con base en normas del derecho privado, como lo es el despojo de la propiedad.

En este orden de ideas, la interpretación de las normas administrativa en el contexto de la justicia transicional ocurre de forma distinta porque “implica la reconfiguración de los principios procesales. La prueba se aliviana para las víctimas reclamantes, se da una verdadera inversión en la carga de la prueba, se establecen unas presunciones legales y de derecho en relación con los predios inscritos en el Registro de Tierras en favor de las víctimas.” Corte Constitucional C – 388/2000

En este marco, las potencialidades del derecho administrativo, civil y agrario deben articularse e integrarse con los principios y garantías propios de la justicia restaurativa.

El análisis de la ley 1448 de 2011 y de las sentencias en su conjunto, permiten concluir que ha operado una adecuada integración y mutuo enriquecimiento entre las premisas y el conjunto de reglas de carácter más operativo, propias de los ordenamientos procesal, administrativo, civil y agrario entre otros y, el cuerpo de normas y principios propios del derecho constitucional, de los derechos humanos y del derecho humanitario, enderezados a remediar una violación sistemática, prolongada, masiva y de tan profundo impacto como el fenómeno del desplazamiento forzado y despojo de tierras.

Expedientes muy afines al derecho ordinario, como: (i) la inversión de la carga de la prueba; (ii) las presunciones de hecho o de derecho; (iii) el establecimiento de principios de favorabilidad; (iv) la flexibilidad probatoria; (v) la exigencia de patrones de conducta como la buena fe exenta de culpa; (vi) la definición de eventos de inexistencia y nulidad; (vii) la consideración de factores que afectan la libertad negocial como la fuerza o el estado de necesidad; ensamblados todos ellos desde un enfoque propio de la justicia transicional, para que sirvan de vehículos para la restauración de derechos, explican la razón por la cual, no obstante tratarse de disposiciones informadas por ramas del derecho caracterizadas por contar con normas de textura abierta, principios y mandatos de maximización, no obstante la labor de los jueces han estado dominadas más bien por la definición de estándares muy claros, propios de las áreas del derecho caracterizadas por la aplicación de reglas, vale decir, por operaciones de subsunción, sin que ello quiera decir, ni mucho menos que la propia complejidad de la realidad imponga en algunos casos realizar una función integrativa de complejidad mayor.

CONCLUSIONES

La legislación creada con el fin de suplir el flagelo de las víctimas del conflicto armado, y en especial en el capítulo de Restitución de Tierras despojadas, ha causado que las personas dedicadas al estudio y práctica del derecho comencemos a ver derecho desde una óptica diferente, romper esa tradición dogmática y legalista que estamos acostumbrados, la ley de víctimas debe ser vista, bajo el precepto de que el debate jurídico se debe centrar en el restablecimiento de los derechos de estas personas, que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Los jueces especializados en restitución de tierras se encuentran, en el centro del debate jurídico por el poder que ellos tienen en este momento y que pueden llegar a afectar, situaciones jurídicas que se entendían resueltas. Por eso mismo deben respetar los principios de nuestro ordenamiento jurídico, para evitar una falta de legitimidad de nuestras instituciones, y una sensación de inseguridad jurídica como se ha sentido después de decisiones polémicas como la presentada, frente a la suspensión de contratos de concesión y títulos mineros, en la sentencia de restitución de derechos colectivos del Alto Andagueda. (Tribunal Superior Distrito Superior de Antioquia - Sala Especializada en Restitución de Tierras - 23 de septiembre , 2014)

Dentro de la presente investigación se evidenciaron los problemas jurídicos que han surgido dentro del proceso judicial de restitución de tierras, con la presunción de ilegalidad de algunos actos administrativos, lo cual nos demostró, que bajo el amparo de la justicia transicional, estos actos serán vistos bajo esta óptica, mientras se da por concluida la temporalidad de la ley, y se da con superado el estado de cosas inconstitucionales, que nos encontramos desde el año 2004, frente a las víctimas del conflicto armado.

También se concluyó que los jueces de restitución de tierras, al ser investido de la figura de juez constitucional, y con el fin que se persigue en la ley en su artículo 72 de “El Estado colombiano adoptará las medidas requeridas para la restitución jurídica y material de las

tierras a los despojados y desplazados”, de esto se entiende que no sólo es restituir el inmueble, sino también, de buscar que este sea entregado con los saneamientos, los jueces buscar que los limitantes que llegaran a tener, que sean originados por actos administrativos, sea determinada su legalidad en este estadio judicial.

Esta ley se ha convertido en el punto de partida, para el posconflicto, y en el laboratorio de reconciliación y de saneamiento de la deuda histórica que tiene estado, frente a las víctimas del conflicto armado, por ende bajo la dicotomía de aplicación de uno u otro ordenamiento frente al proceso de Restitución de Tierras, en lo relevante a los actos administrativos, considero que, debemos empezar a entender este nuevo derecho bajo una óptica de principios y bajo la premisa de una justicia pro víctima.

Por último considero que se debe realizar una demanda de constitucionalidad, para que sea la Honorable Corte Constitucional, la que nos de herramientas para poder determinar cuál debe ser el alcance real que debe la presunción de ilegalidad de algunos actos administrativos, con el fin de guiar al operador judicial, en una implementación eficaz y garantista de frente a terceros.

Bibliografía

Bolívar, A.P.; Sánchez N. C. y Uprimny R. (2012). Restitución de tierras en el marco de justicia transicional civil: Módulo de formación autodirigida, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial.

Centro de Memoria Histórica. (2009). *El Despojo de Tierras y Territorios. Aproximación conceptual*. Bogotá: Editorial Kimpres Ltda.

Código Civil Colombiano. (Artículo 66). *Código Civil Colombiano*.

Congreso de la República - Ley 1437 (18 de enero de 2011).

Congreso de la República - Ley 1448 (18 de enero de 2011).

Corte Constitucional - Sentencia C - 069, D - 699 (Corte Constitucional 23 de febrero de 1995).

Díaz Gómez C, Sánchez C, Uprimny Yepes R. (2009). Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión. (1ª Ed). Bogotá D.C. Centro Internacional para la Justicia Transicional y Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia.

DROMI, J. R. (1997). *El Acto Administrativo . Tercera Edición* . Buenos Aires , Argentina: Ediciones Ciudad .

Garay Salamanca L, Vargas Valencia F. (2012) Memoria y reparación: elementos para una justicia transicional pro víctima. . (1ra Ed.). Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.

GARCIA DE ENTERRIA, E. -F.-R. (2006). *Curso de Derecho Administrativo I* (Vol. II). Madrid, España: Civitas Ediciones, S. L.

GORDILLO, A. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo Parte General* (primera edición colombiana ed.). Medellín: Biblioteca Jurídica Díké.

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (2012). ABC para jueces en Materia de Restitución de Tierras. (1ra Ed.). Bogotá D.C. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

PENAGOS, G. (2008). *El Acto Administrativo* (Vol. Tomo I). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda .

Principio de Seguridad Jurídica , T-554767 (Corte Constitucional 27 de junio de 2002).

Rodríguez Garavito, C y Rodríguez Franco D. (2010) *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. (1ª Ed). Bogotá D.C. Colección Dejusticia.

Sala de Casación Penal - Radicado No. 34547 (Sala de Casación Penal 27 de abril de 2011). Sentencia , T - 1642563 (5 de octubre de 2007).

Sentencia, Expediente T - 653010 y acumulados (22 de enero de 2004).

Sentencia C - 208/93 M.P. Hernando Herrera Vergara .

Tribunal Superior Distrito Superior de Antioquia - Sala Especializada en Restitución de Tierras - 23 de septiembre , 2014005 (Tribunal Superior Distrito Superior de Antioquia 23 de Septiembre de 2014).