



Cartagena de Indias, D. T. y C., 25 de Octubre de 2018

Doctora

YAENZ LORENA CASTELLÓN GIRALDO

Honorable Magistrada Ponente

Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras en Descongestión

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA

Ciudad

Asunto.	Concepto
Radicado	132443121003-2016-00059-00
Interno	
Solicitante	Pedro Nel Mangones Arteaga
Opositor	Nicanor Pérez Villegas
Predio	San Marcarda
Ubicación	Corregimiento de Macayepo -Zona Alta El Carmen de Bolívar

Respetada señora Magistrada,

En mi condición de agente del Ministerio Público asignado para intervenir en el asunto de la referencia, y en aras de atender el mandato constitucional establecido en el artículo 277-7 de nuestra Carta Política, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 24, 26 y 37 el Decreto Ley 262 de 2000 y lo señalado en los artículos 86 literal d y 119 parágrafo 2 de la Ley 1448 de 2011, acudo a su despacho de manera respetuosa para presentar concepto dentro del expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas – Dirección Territorial Bolívar– (en adelante UAEGRTD), con base en lo establecido en el artículo 82 de la Ley 1448 de 2011, formuló en favor del señor Pedro Nel Mangones Arteaga, solicitud de restitución de tierras despojadas y/o abandonadas forzosamente, respecto del siguiente predio:



No.	Predio	Matricula Inmobiliaria	Cedula Catastral	Extensión	Relación Jurídica
1	San Marcanda	062-17206	13244-0003-0001-0113-000	16 Has	Adjudicatario 1/25 Parte

1. Demanda. Fundamento Fáctico

La UAEGRTD, luego de reseñar el contexto histórico de violencia y abandono forzado en la zona Alta del Municipio de El Carmen de Bolívar y las circunstancias relativas a la adquisición del predio de mayor extensión por parte del INCORA, relató los hechos particulares que a continuación se transcriben:

“PRIMERO. Manifestó el solicitante señor PEDRO NEL MANGONES ARTEAGA, en solicitud de inscripción en el registro de tierras despojadas, que con su compañera la señora AIDA DE LAS MERCEDES MARTINEZ GARCIA, ingresó al predio San Marcanda el año 1985, por invitación de unos amigos tales como; Manuel Mendoza, Danilo Berrio, Mario Berrio, Justo Pérez, quienes se encontraban en el predio trabajando.

SEGUNDO: Continúa narrando, que desde el momento de su ingreso al predio se dedicó a explotar el predio con cultivos de maíz, yuca, ñame, plátano.

TERCERO: Así mismo, dijo que para el año 1990 llegaron al predio funcionarios del extinto INCORA, quienes midieron el predio, estableciendo parcelas de 16 hectáreas por familia, iniciando el proceso de adjudicación de las parcelas.

CUARTO: En ampliación de hechos rendida por el solicitante señor PEDRO NEL MANGONES ARTEAGA, el día 16 de mayo de 2014, expresó que para el año 1996 hacen presencia los frentes 35 y 37 de la guerrilla de las FARC.



QUINTO: El solicitante en compañía de su núcleo familiar abandonan el predio el 12 de septiembre de 1997, luego que un grupo de hombres armados pertenecientes al 35 frente de las FARC asesinaron a los Hermanos Bolaños, y buscaban al solicitante señor PEDRO NEL MANGONES ARTEAGA con el fin de asesinarlo, motivo por el cual se desplazó hacia la ciudad de Sincelejo.

SEXTO: Tres años después del desplazamiento llegó hasta Sincelejo el señor Carlos Salazar pidiendo en arriendo la parcela al solicitante señor PEDRO NEL MANGONES ARTEAGA, pero el señor PEDRO NEL MANGONES ARTEAGA, le ofrece la parcela en venta.

SEPTIMO: Manifiesta el solicitante que la venta se acordó por la suma de Quinientos Mil (\$500.000) Pesos, de los que recibió la suma de Trecientos Mil (\$300000) Pesos y el resto como a los 3 meses.

2. Demanda. Pretensiones

La UAEGRTD solicitó proteger el derecho fundamental a la restitución y formalización de tierras del solicitante Pedro Nel Mangones Arteaga en los términos establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia T-821 de 2007 y auto de Seguimiento A-008 de 2007, y en consecuencia, se ordenara a la Dirección Técnica de Baldíos del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural — INCODER- (Hoy Agencia Nacional de Tierras) le adjudicara una veinticincoava parte en común y proindiviso del predio denominado San Marcanda.

Frente a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de El Carmen de Bolívar, se solicitó:

- a) Inscribir la sentencia en los términos señalados en el literal c) del artículo 91 de la ley 1448 de 2011.



- b) Cancelar toda antecedente registral, gravamen y limitaciones de dominio, título de tenencia, arrendamiento, falsas tradiciones y medidas cautelares registradas con posterioridad al abandono, así como la cancelación de los correspondientes asientos e inscripciones registrales que figuren a favor de terceros ajenos a la solicitante de esta acción.
- c) Actualizar las áreas, linderos y el titular del derecho del folio de matrícula inmobiliaria conforme a la información predial indicada en la sentencia de restitución.
- d) La inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria de las medidas de protección patrimonial previstas en la ley 387 de 1997, siempre y cuando medie consentimiento expreso de la víctima, y de la prohibición de transferir el dominio sobre el bien restituido por acto entre vivos en los términos del artículo 101 de la ley 1448 de 2011.

Asimismo, pidió en favor de sus representados y su núcleo familiar la inclusión a la oferta institucional del Estado en materia de reparación integral en el marco del conflicto armado interno, la realización y diseño de planes de retorno y reubicación, subsidio de vivienda, proyecto productivo, el saneamiento de pasivos de conformidad con la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios, apoyo psicológico, programas de salud integral; y en general todas aquellas órdenes que sean necesarias para garantizar la efectividad de la restitución jurídica y material del inmueble y la estabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos del solicitante de restitución, conforme a lo establecido en el literal p) el artículo 91 de la ley 1448 del 2011.

3. Actuación Procesal

La demanda fue admitida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de El Carmen de Bolívar, mediante providencia interlocutoria del 20 de mayo del 2016, en la cual se ordenó notificar al Instituto



Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) y por auto del 26 de mayo siguiente se ordenó notificar al señor Nicanor Pérez Villegas.

Surtida las notificaciones y la publicación de que trata el literal e, del artículo 86 de la Ley 1448 de 2011, el señor Nicanor Pérez Villegas formuló oposición a la pretensión restitutoria, la cual fue admitida mediante providencia del 9 de noviembre de 2016.

Por auto del 22 de marzo de 2017 se dispuso la apertura del periodo probatorio, y vencido éste, se ordenó el envío del expediente a la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cartagena en atención a lo normado en el inciso 3 del artículo 79 de la Ley 1448 de 2011.

II. OPOSICIÓN

El señor Nicanor Pérez Villegas representado por la Defensoría del Pueblo se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones que denominó *“Buena fe exenta de culpa”* y *“No revictimización por parte del Estado”*. En tal virtud sostiene que i) Son campesinos víctimas del conflicto en la región. ii) Son igualmente desplazados. iii) Ocuparon las tierras sin violencia, en forma pública, y hasta la fecha. iv) Explotan las tierras para el sustento propio y de sus familias. v) Les han hecho mejoras de toda clase que les genera costos.

III. PROBLEMA JURIDICO

Conforme a los antecedentes fácticos indicados, las pretensiones formuladas en la demanda, la oposición presentada por el señor Nicanor Pérez, corresponde constatar la condición de víctima de abandono forzado del solicitante y para determinar si se cumplen los presupuestos constitucionales y legales para disponer el amparo judicial al derecho fundamental a la restitución de tierras como



componente del derecho fundamental a la reparación de víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos. De establecerse el derecho en cabeza de la solicitante, debe valorar la Sala, si el opositor ostenta la condición de ocupante secundario y/o víctima sucesiva con derecho a compensación, además de la adopción de otras medidas con carácter reparador en un contexto de justicia transicional.

VI. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

No advirtiendo la existencia de vicio capaz de afectar la actuación surtida, se procede como Agente del Ministerio Público a emitir el concepto de rigor que le corresponde en el trámite del asunto sub examen, para lo cual se hará referencia a: 1) Carácter transicional y naturaleza constitucional de la acción de restitución de tierras, 2) Marco Normativo y requisitos de procedencia para el amparo del derecho fundamental a la restitución de tierras y 3) Buena fe exenta de culpa y ocupación secundaria; para con base en ello analizar el caso sometido a consideración.

1. Carácter transicional y naturaleza constitucional de la acción de restitución de tierras

La noción de justicia transicional presupone la existencia de una transición. La idea de transición a su vez, nos ubica en una serie de cambios o transformaciones al interior de una sociedad¹. Es así, como se habla de transiciones para denotar un periodo de tiempo en el cual se da el tránsito de un régimen autoritario a una democracia, o el paso de un contexto de guerra y/o de violación masiva de

¹ Cfr. UPRIMNY YEPES, Rodrigo / Saffon Sanín, María Paula / Botero Marino, Catalina / Restrepo Saldarriaga, Esteban: ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006. Justicia Transicional sin Transición.



derechos humanos fundamentales a uno de relativa paz, tras la finalización de conflictos armados internacionales o no internacionales².

Más allá de la dificultad propia para dar un concepto unívoco de justicia transicional, lo cierto es que aquel tipo de justicia se puede relacionar con un conjunto de medidas, instrumentos o mecanismos políticos, sociales y jurídicos que pueden ser utilizados en contextos concretos para superar la violación masiva, sistemática y generalizada de derechos humanos que se presenta en situaciones de guerra o en regímenes autoritarios, con el fin de restablecer un estado democrático de derecho y alcanzar la reconciliación³ al interior de una sociedad. De allí que la justicia transicional sea por excelencia temporal y excepcional.

En sentencia C-577 de 2014, la Corte Constitucional anotó al respecto: *“La justicia transicional está constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda⁴ en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos con el objeto de lograr la reconciliación y la paz, realizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, restablecer la confianza en el Estado y fortalecer la democracia, entre otros importantes valores y principios constitucionales.⁵”*

² Ibídem

³ Conforme a Naciones Unidas, la justicia transicional puede ser entendida como *“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”* (El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 4.)

⁴ ELSTER, Jon: Rendición de Cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica, Katz, Buenos Aires, 2006, 15; WEBBER, Jeremy: Forms of Transitional Justice, en: WILLIAMS, Melissa / NAGY, Rosemary / ELSTER, Jon: Transitional Justice, New York University Press, Nueva York, 2012, 98; PENSKY, Max: El pasado es otro pueblo. Un argumento a favor de los derechos póstumos como limitaciones normativas a las amnistías, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 113; UPRIMNY YEPES, Rodrigo: Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano, en: UPRIMNY YEPES, Rodrigo / Saffon Sanín, María Paula / Botero Marino, Catalina / Restrepo Saldarriaga, Esteban: ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006, 13. Sentencia C-771/11:

⁵ DE GREIFF, Pablo: Theorizing Transitional Justice, en: WILLIAMS, Melissa / NAGY, Rosemary / ELSTER, Jon: Transitional Justice, New York University Press, Nueva York, 2012, 48.; MINOW, Martha / CROCKER, David / MANI, Rama: Justicia Transicional, Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2011, 157.



De forma similar, en Sentencias C-771 de 2011⁶, C-052 de 2012⁷, y C-579 de 2013⁸, la Corte Constitucional ha definido la justicia transicional 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 [jurídicas] corrientes”*.

Y frente a la naturaleza excepcional de la justicia transicional, la Corte Constitucional ha entendido que aquella *“es un sistema o tipo de justicia de características específicas, que debe aplicarse de manera excepcional⁹. La justicia transicional busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz¹⁰, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades¹¹. Para ello es*

⁶M.P. Nilson Pinilla Pinilla

⁷M.P. Nilson Pinilla Pinilla

⁸M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-771 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁰OROZCO, Iván: Justicia transicional en tiempos del deber de memoria. Bogotá: Temis – Universidad de los Andes, 2009, 21; UPRIMNY YEPES, Rodrigo: Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano, en: UPRIMNY YEPES, Rodrigo / Saffon Sanín, María Paula / Botero Marino, Catalina / Restrepo Saldarriaga, Esteban: ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006,13; MALAMUD - GOTI, Jaime: Lo bueno y lo malo de la inculpación y las víctimas, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 158 y 159; KRITZ, Neil: The Dilemmas of Transitional Justice, en: KRITZ, Neil: Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Democracies, V. I, United States Institute of Peace, Nueva York, 1995, xxi; ELSTER, Jon: Justice, Truth, Peace: en: WILLIAMS, Melissa / NAGY, Rosemary / ELSTER, Jon: Transitional Justice, New York University Press, Nueva York, 2012, 77 y 78; DE GAMBOA TAPIAS, Camila: La transición democrática y la responsabilidad de la comunidad por su pasado, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 150; DE GAMBOA TAPIAS, Camila: La transición democrática y la responsabilidad de la comunidad por su pasado, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 150; ELSTER, Jon: Justice, Truth, Peace: en: WILLIAMS, Melissa / NAGY, Rosemary / ELSTER, Jon: Transitional Justice, New York University Press, Nueva York, 2012, 88.

¹¹ ELSTER, Jon: Justice, Truth, Peace: en: WILLIAMS, Melissa / NAGY, Rosemary / ELSTER, Jon: Transitional Justice, New York University Press, Nueva York, 2012, 88; MALAMUD - GOTI, Jaime: Lo bueno y lo malo de la inculpación y las víctimas, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 158 y 159; DE GAMBOA TAPIAS, Camila: La



necesario conseguir un delicado balance entre ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva)¹²¹³.

La única manera en que puede garantizarse y justificarse además la excepcionalidad de los mecanismos de justicia transicional tal como lo establece el artículo 66 transitorio de nuestra Constitución, es que aquellos tengan por objetivo eliminar las raíces del conflicto y facilitar la transición, y con ella el restablecimiento de la convivencia social pacífica. En efecto, las transiciones suponen ciertas concesiones en los estándares de justicia retributiva, en favor de la justicia restaurativa, con componentes adicionales de verdad y garantías de no repetición.

Al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia C-577 de 2014 ya citada, señaló: *“En efecto a justicia transicional busca superar la idea del castigo o de la retribución del victimario como única vía para lograr la realización de justicia; por el contrario, en este escenario se busca destacar la importancia de la reconciliación entre la víctima y el victimario, con particular atención al daño causado a la víctima y a la sociedad, y en la que aquella, por lo mismo, tiene que intervenir dentro del proceso y el resultado restaurativo para asegurar la paz social; todo esto, sin dejar de lado la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que no en todas las ocasiones resulta efectivo para el restablecimiento de la convivencia social pacífica.”¹⁴. De esta forma, la justicia transicional, más allá de las diferencias de los enfoques, hace referencia a reparar o compensar el daño infligido tanto a la víctima en particular como a la sociedad*

transición democrática y la responsabilidad de la comunidad por su pasado, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 150.

¹² MALAMUD - GOTI, Jaime: Lo bueno y lo malo de la inculpación y las víctimas, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 158 y 159; ELSTER, Jon: Justice, Truth, Peace: en: WILLIAMS, Melissa / NAGY, Rosemary / ELSTER, Jon: Transitional Justice, New York University Press, Nueva York, 2012, 77 y 78; DE GAMBOA TAPIAS, Camila: La transición democrática y la responsabilidad de la comunidad por su pasado, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 150.

¹³ Sentencia de la Corte Constitucional C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ Sentencia C-979 de 2005



en general¹⁵, contemplando la necesaria consideración del responsable del daño para reincorporarlo en el pacto social”.

Por tanto, la finalidad de cualquier mecanismo de justicia transicional “*va dirigida en último término a encarar las violaciones masivas de derechos humanos, tratando de equilibrar la necesidad de justicia con el anhelo de alcanzar la paz - dilema que está en el corazón del éxito de la justicia transicional¹⁶- lo que se traduce normalmente en la imperiosa necesidad de asegurar la reconciliación de la sociedad, a través de la cual se establezca el fundamento para la subsistencia estable del Estado”¹⁷.*

En términos de la Corte Constitucional, la reconciliación como finalidad última de la justicia transicional “*implica la superación de las violentas divisiones sociales, se refiere tanto al logro exitoso del imperio de la ley como a la creación o recuperación de un nivel de confianza social, de solidaridad que fomente una cultura política democrática que le permita a las personas superar esas horribles experiencias de pérdida, violencia, injusticia, duelo y odio, y que se sientan*

¹⁵ En este sentido, la Corte Constitucional en C-579 de 2013, ha expresado que: “*La justicia restaurativa o por algunos llamada reparadora, contempla numerosas y diversas formas: reparaciones, daños remedios, indemnizaciones, restituciones, compensaciones, rehabilitaciones o tributos. En este sentido, existe un consenso internacional en que: 1) el Estado está obligado a dar una compensación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos perpetrados por el Estado; 2) si el gobierno que incurrió en las vulneraciones no compensa el nuevo gobierno está obligado a realizarlas. En todo caso, la reparación también tiene un ingrediente colectivo, pues en los casos de graves y masivas violaciones a los derechos humanos, la sociedad en su conjunto sufre perjuicios (spillover effects) frente a los cuales se deben adoptar medidas.”*

¹⁶ Dilema sobre el que recae la definición del éxito de un proceso de justicia de transición. En este sentido KAI AMBOS ha expresado que el éxito de la justicia transicional depende del “grado que contribuya a la verdadera reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema judicial interno.” *Vid.* AMBOS KAI.: “El marco jurídico de la justicia de transición”, en AMBOSKAI, MALARINO EZEQUIEL Y ELSNER GISELA (EDS.). *Op. Cit.*, pag. 23 y 27. Por su parte, VALENCIA VILLA ha expresado al respecto que, El desafío fundamental de la justicia transicional es el equilibrio entre las exigencias por una parte de la justicia y la paz, por otra la obligación(o deber) de castigar el crimen y por otra el deber de reconciliación de las partes. VALENCIA VILLA, H.: “El derecho a la justicia en una sociedad democrática”, conferencia impartida en el Curso de Humanidades Contemporáneas “Democracia y Derechos Humanos: las libertades fundamentales en una Sociedad en transformación”, celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid, ponencia del 15 de marzo de 2006, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* – Número 14, enero de 2006, Págs.. 187-197

¹⁷ Ob. Cita 19



*capaces de convivir nuevamente unos con otros*¹⁸. En este sentido, los procesos de justicia transicional deben mirar hacia atrás y hacia delante con el objeto de realizar un ajuste de cuentas sobre el pasado pero también permitir la reconciliación hacia el futuro^{19,20}.

La restitución de tierras prevista en el título IV de la Ley 1448 de 2011, precisamente constituye uno de los mecanismos de justicia transicional²¹ iniciados antes de la finalización del conflicto armado interno, incorporado normativamente como una medida de reparación a las víctimas.

Antes de la promulgación del mecanismo judicial para reclamar la protección de este derecho, la Corte Constitucional ya lo había reconocido como derecho fundamental en la Sentencia T-821 de 2007, así: *“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*

¹⁸ PENSKEY, Max: El pasado es otro pueblo. Un argumento a favor de los derechos póstumos como limitaciones normativas a las amnistías, en: DE GAMBOA TAPIAS, Camila: Justicia Transicional. Teoría y Praxis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, 114.

¹⁹ OROZCO, Iván: Justicia transicional en tiempos del deber de memoria, Temis – Universidad de los Andes, Bogotá: 2009, 37 y 38.

²⁰ Sentencia C-579 de 2013

²¹ Tal concepción fue reconocida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-052 de 2013: *“Según lo ha planteado la jurisprudencia de esta Corte, puede entenderse por justicia transicional 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. Ahora bien, no obstante que el texto de esta ley no contiene ninguna específica precisión en ese sentido, de la lectura de su extenso articulado puede observarse que se trata de un conjunto de disposiciones especiales, adicionales a las previamente contenidas en los principales códigos y en otras leyes de carácter ordinario, relativas a los derechos de las víctimas de determinados hechos punibles y de otras situaciones consecuenciales, que en cuanto tales se superponen y se aplicarán en adición a lo previsto en tales normas ordinarias.*



*el derecho a la propiedad o a la posesión adquiere un carácter particularmente, reforzado, que merece atención especial por parte del Estado*²²²³.

El reconocimiento de un derecho subjetivo a la restitución de tierras deviene de la incorporación en nuestro orden jurídico de diversos instrumentos internacionales, entre ellos, el artículo 17 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949²⁴, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas²⁵ (principios Deng), y entre ellos, los Principios 21, 28 y 29²⁶ y los Principios sobre la restitución de las

²² En este sentido la Corte ya ha afirmado lo siguiente: “5.3.3. Finalmente, no observa la Corte que se haya demostrado que el diseño de la política de atención a los desplazados tenga en cuenta su condición de víctimas del conflicto armado, la cual les confiere derechos específicos, como lo son los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Para el caso específico de las personas víctimas del desplazamiento forzado, estos derechos se manifiestan, igualmente, en la protección de los bienes que han dejado abandonados, en particular de sus tierras – componente de protección que no ha sido resaltado con suficiente fuerza por las entidades que conforman el SNAIPD”. (Auto 218 de 2006). En idéntico sentido en la Sentencia T – 1037 de 2006, dijo la Corte: “Con todo, esta Corporación considera que el hecho de que el señor Quintero Durán se haya visto obligado a abandonar los inmuebles de su propiedad, víctima de la violencia, le confiere el derecho a que los mismos sean amparados hasta tanto él se halle en condiciones de hacerse cargo, a fin de evitar actos que recaigan sobre estos. Por tal razón, estima que al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER- y a la Alcaldía del municipio de Ocaña les corresponde adelantar las gestiones tendentes a garantizar la protección referida”.

²³ MP. CATALINA BOTERO MARINO

²⁴ “Artículo 17. Prohibición de los desplazamientos forzados. 1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación. 2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto”.

²⁵ Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998. Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el tema de los Desplazamientos Internos de Personas, Sr. Francis Deng.

²⁶ Los Principios 21, 28 y 29 de los principios rectores mencionados señalan:

Principio 21.- 1. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad o sus posesiones. 2. La propiedad y las posesiones de los desplazados internos disfrutarán de protección en toda circunstancia, en particular, contra los actos siguientes: a) expolio; b) ataques directos o indiscriminados u otros actos de violencia; c) utilización como escudos de operaciones u objetos militares; d) actos de represalia; y e) destrucciones o expropiaciones como forma de castigo colectivo. 3. La propiedad y las posesiones que hayan abandonado los desplazados internos serán objeto de protección contra la destrucción y la apropiación, ocupación o uso arbitrarios e ilegales.

Principio 28. - 1. Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento



viviendas y el patrimonio de los refugiados y las Personas desplazadas (principios Pinheiros), los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, en la medida que concretan el alcance de tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario respecto de los desplazados internos.

Pero, más allá de la reparación hay que tener en cuenta que la población que ha sufrido el flagelo del desplazamiento ha sido afectada en varios de sus derechos humanos, no solo en sus derechos negativos o de abstención, entre ellos, la propiedad en sentido amplio y su libertad de domicilio o tránsito; sino también en sus derechos positivos o de prestación, tales como educación, salud, vivienda y trabajo (mínimo vital) y que se evidencia en el nivel de vulnerabilidad en que se encuentra gran porcentaje de la población desplazada por la violencia²⁷. En efecto, desde la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional (ECI) como consecuencia de la vulneración masiva, generalizada y reiterada de los derechos constitucionales fundamentales de la

voluntario en otra parte del país. Esas autoridades tratarán de facilitar la reintegración de los desplazados internos que han regresado o se han reasentado en otra parte. 2. Se harán esfuerzos especiales por asegurar la plena participación de los desplazados internos en la planificación y gestión de su regreso o de su reasentamiento y reintegración.

Principio 29. - 1. Los desplazados internos que regresen a su hogar o a su lugar de residencia habitual o que se hayan reasentado en otra parte del país no serán objeto de discriminación alguna basada en su desplazamiento. Tendrán derecho a participar de manera plena e igualitaria en los asuntos públicos a todos los niveles y a disponer de acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos. 2. Las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron. Si esa recuperación es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan

²⁷Entre los derechos fundamentales que resultan amenazados o vulnerados por las situaciones de desplazamiento forzoso, la Corte, en la Sentencia estructural T-025 de 2004, identificó los siguientes: i) el derecho a la vida en condiciones dignas, ii) los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, los discapacitados y las personas de tercera edad, y de otros grupos especialmente protegidos, iii) el derecho a escoger su lugar de domicilio, iv) los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación, v) el derecho de sus miembros a la unidad familiar y a la protección integral de la familia, vi) el derecho a la integridad personal, vii) el derecho a la seguridad personal viii) la libertad de circulación por el territorio nacional y el derecho a permanecer en el sitio escogido para vivir ix) el derecho a la paz x) el derecho a la personalidad jurídica, xi) el derecho a la igualdad, xii) el derecho a la salud, xiii) el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio xiv) el derecho a una alimentación mínima xv) el derecho a la educación y xvi) el derecho a una vivienda digna



población desplazada por la violencia y emitió órdenes estructurales²⁸ a diversas entidades del Estado que incluía el desarrollo de una política pública en favor de la población desplazada, y con fundamento en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, decidió mantener la competencia para hacer seguimiento a dichas órdenes, y en esa medida ha expedido diversos autos de seguimiento.

Por ello, el proceso de restitución de tierras en un marco constitucional y transicional supone no sólo la restitución como una medida de reparación, sino también todas aquellas medidas necesarias para restablecer la convivencia pacífica, la reconciliación de la sociedad, así como el goce efectivo de los derechos fundamentales constitucionales en un marco de estado de cosas inconstitucional que no se ha superado en la actualidad, por lo que es necesario la implementación, en muchos casos, de acciones afirmativas por parte del Estado para proteger y garantizar el derecho a la vida en condiciones de dignidad y la superación de las condiciones de vulnerabilidad.

²⁸ La Sentencia T-025 de 2004 constituye la primera y más importante aproximación “experimental” de la Corte Constitucional para “desestabilizar” las instituciones públicas que por acción y omisión han contribuido a una masiva violación de los derechos fundamentales de la población desplazada (Para ampliar los conceptos de órdenes experimentales y desestabilización de derechos véase C.F. Sabel and W.H. Simon, “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds,” *Harvard Law Review* (2004): 1015–1101) Ante la grave situación humanitaria, la Corte decidió expedir un fallo de reforma estructural con la finalidad de atacar las fallas sistémicas y recurrentes que ocasionaban la vulneración de derechos, implementando un proceso de seguimiento que continua en la actualidad. Según Lamprea, los fallos de reforma estructural: (i) cobijan un gran número de individuos; (ii) involucran una variedad de instituciones estatales, actores privados, expertos y organizaciones de la sociedad civil que interactúan en audiencias públicas y mesas de trabajo con objeto de diseñar planes de reforma institucional; (iii) despliegan un conjunto de órdenes judiciales “experimentales” que requieren la ejecución del plan de reforma según parámetros o metas de cumplimiento; y (iv) generan procesos de seguimiento, transparencia, verificación y rendición de cuentas, a través de los cuales se busca asegurar el cumplimiento efectivo del plan y que son adelantados con apoyo de grupos de expertos independientes. (Everaldo Lamprea, “Daño ambiental, derechos colectivos y acciones judiciales”, en *Nuevas Tendencias de Derecho Administrativo*, Universidad de Los Andes –por publicar). En similar sentido, para Cesar Rodríguez los fallos de reforma estructural se caracterizan por: 1. afectar a un gran número de personas que alegan la violación de sus derechos, 2. Vincula a varias entidades y organismos públicos responsables de la política pública cuyas fallas contribuyen a la violación sistemática de derechos 3. Involucra remedios judiciales estructurales. (César Rodríguez-Garavito, “Latin American Constitutionalism: Social and Economic Rights: Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America,” *Tex. L. Rev.* 89 (2011): 1669–1977)



2. Restitución de Tierras. Marco Normativo y Presupuestos de Procedencia.

Como se refería en el punto anterior, la acción judicial de restitución de tierras constituye uno de los instrumentos jurídicos de justicia transicional, el cual tiene la finalidad de contribuir a la superación de la violación masiva, sistemática y generalizada de derechos humanos que se presenta en el marco del conflicto armado, a través de la reparación a las víctimas, como presupuesto esencial para reestablecer un Estado democrático y social de derecho y alcanzar la reconciliación al interior de la sociedad.

El propósito fundamental del recurso judicial es el amparo al derecho fundamental a la restitución de tierras, entendida como la prerrogativa que les asiste a las víctimas de abandono y despojo de bienes inmuebles a que el Estado conserve su derecho a la propiedad, posesión y/o expectativa de adjudicación, les restablezca el uso, goce y libre disposición.

A nivel internacional, el marco normativo de la restitución de tierras despojadas se encuentra entre otros, en los siguientes instrumentos:

- a. La Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8 y 10)
- b. La Declaración Americana de Derechos del Hombre (art. XVII),
- c. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 3, 9, 10, 14 y 15);
- d. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8, 21, 24, 25 y 63), y
- e. El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra (art. 17).

Además de los tratados y declaraciones, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos existen importantes documentos que han sistematizado y definido con mayor precisión las reglas y directrices, denominados por la doctrina *ius internacionalista "derecho blando"*, que para efectos interpretar el



contenido y el alcance de las obligaciones de los Estados frente a las víctimas de despojo y abandono forzado de sus territorios, resultan relevantes los siguientes:

- i) Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones;
- ii) Los principios sobre la restitución de viviendas y patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos (conocidos como los “Principios Pinheiro”); y
- iii) Los principios rectores de los desplazamientos internos (conocidos como los “Principios Deng”)

A nivel legal, se tiene que en sólo 30 normas primarias contenidas en el título IV de la Ley 1448 de 2011 se regulan los aspectos sustantivos y procedimentales de la acción de restitución de tierras despojadas y/o abandonadas por la violencia, que incluyen entre otros, la fijación de presunciones respecto del despojo, en relación con los predios inscritos en el registro de tierras (artículo 77), lo que tiene como resultado la inversión de la carga de la prueba a favor del despojado o de la víctima que se ha visto obligada a abandonar la tierra (artículo 78); se contemplan condiciones mínimas para las solicitudes de restitución así como un procedimiento ágil para tramitarlas (artículos 86, 87, 88, 89, 90, 93, 94, y 95); le asignan a la autoridad judicial amplias facultades para proteger los derechos de las víctimas previendo que el Juez o Magistrado, según el caso, mantendrá la competencia para garantizar el goce efectivo de tales derechos hasta tanto estén completamente eliminadas las causas de la amenaza (artículos 91 y 102); y se contempla un recurso general de revisión ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (artículo 92).

A diferencia de otros instrumentos normativos de Justicia Transicional, como la Ley 975 de 2004, la Ley 1448 de 2011 no cuenta con una remisión expresa a otros cuerpos normativos ordinarios, sino que por el contrario se ha resaltado de la naturaleza especial del procedimiento en los siguientes términos:



“La naturaleza especial de la acción de restitución prevista en la Ley 1448 de 2011, está mediada por la necesidad de garantizar la eficacia del derecho a la reparación a las víctimas, disponiendo de un procedimiento diferenciado y con efectos sustantivos no asimilables al derecho ordinario, puesto que quiebra, al menos, temporalmente, algunos de estos principios, por virtud de los efectos de la justicia transicional. Por tal razón, las reglas para la restitución de inmuebles a las víctimas, apuntan a proteger al despojado o desplazado, fijando hipótesis sobre la ausencia de consentimiento o causa lícita, marcando derroteros de inversión de la carga de la prueba, dando preferencia a los intereses de las víctimas sobre otro tipo de sujetos, optando por el establecimiento de restricciones a las operaciones que puedan realizarse sobre las tierras comprometidas en la restitución; imponiendo la obligación de probar la buena fe exenta de culpa a los terceros opositores, al punto de valerse de un régimen extenso y severo de presunciones de despojo, a favor del solicitante en relación con los predios inscritos en el registro de tierras despojadas. En fin, se trata de un catálogo de principios y de derechos, recalcados en el art. 73 de la novedosa Ley, y en otros preceptos de similar linaje en la misma normativa”²⁹.

De las normas indicadas de manera precedente se extraen que para la prosperidad de la acción se requiere previamente de la identificación física y jurídica del bien inmueble que se pretende restituir, así como el cumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 76 de la Ley 1448 de 2011, entendido como el agotamiento del procedimiento administrativo con la inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y/o Abandonadas Forzosamente -RTDAF.

Adicional a lo anterior, el artículo 75 precisa los requisitos de fondo para amparar el derecho fundamental a la restitución de tierras, en los siguientes términos:

²⁹ CSJ, STC844-2014 de 3 de febrero de 2014, rad. 00078-00, reiterada entre muchas en STC080-2017, STC1808-2017, STC4375-2017 y STC4382-2017, 29 mar. rad. 00757-00 y STC15450-2017



“Art. 75 Las personas que fueran propietarias o poseedoras de predios, o explotadoras de baldíos cuya propiedad se pretenda adquirir por adjudicación, que hayan sido despojadas de estas o que se hayan visto obligadas a abandonarlas como consecuencia directa e indirecta de los hechos que configuren las violaciones de que trata el artículo 3º de la presente Ley, entre el 1º de enero de 1991 y el término de vigencia de la Ley, pueden solicitar la restitución jurídica y material de las tierras despojadas o abandonadas forzosamente, en los términos establecidos en este capítulo”.

Del análisis de la norma en cuestión, la procedencia de la acción viene determinada por los siguientes dos elementos:

- a. La condición de poseedor, ocupante o propietario del bien reclamado en restitución de manera previa a los hechos que ocasionan el despojo y/o abandono forzado del inmueble, bien sea de la víctima directa o su cónyuge y/o compañero(a) permanente, o de sus causahabientes.
- b. El despojo o abandono forzado como consecuencia directa o indirecta de hechos que configuren infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, entre el 1º de enero de 1991 y el término de vigencia de la Ley.

El artículo 74 de la Ley 1448 de 2011 define el despojo como *“...la acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia.”*. Por su parte, el inciso 2º de la misma disposición normativa establece que el abandono forzado de tierras es *“...la situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona forzada a desplazarse, razón por la cual se ve impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios que debió desatender en su desplazamiento...”*



Si bien el abandono y el despojo son fenómenos distintos, ambos producen la expulsión de las víctimas de su tierra y la vulneración de sus derechos, como el acceso, control y explotación de la tierra, a la vivienda digna y al mínimo vital, pues en la huida quedan atrás las actividades que le permiten a la persona atender a su sostenimiento y al de su familia, truncándose las más preciadas relaciones familiares y sociales, perdidas las redes de apoyo y avocados a afrontar toda suerte de inconvenientes y necesidades que crecen como un espiral que deja a los desplazados en condiciones de tal precariedad que en muchos casos llega a la indigencia.

Por ello, como mecanismo para revertir las situaciones de despojo y abandono forzado de tierras y con ello el flagelo del desplazamiento, el Legislador previó la acción transicional y constitucional de restitución de tierras que incluye la inversión de la carga de la prueba en favor de los solicitantes y la aplicación de una serie de presunciones respecto a predios incluidos en el Registro de Tierras Despojadas y/o Abandonadas Forzosamente³⁰.

Así, el numeral segundo del artículo 77 de la Ley 1448 de 2011 incorpora varias presunciones de carácter legal de ausencia de consentimiento y/o causa lícita en los contratos realizados sobre predios incluidos en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, en los siguientes casos:

- a. Cuando en el predio, en cuya colindancia hayan ocurrido: i) actos de violencia generalizados, fenómenos de desplazamiento forzado colectivo, o violaciones graves a los derechos humanos en la época en que ocurrieron las amenazas, ii) hechos de violencia que se alega causaron el despojo o abandono.

³⁰ Precisamente el artículo 78 de la Ley 1448 prevé la inversión de la carga de la prueba en contra de quien se oponga a la pretensión de restitución, en los siguientes términos: *“Bastará con la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución, salvo que estos también hayan sido reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio”*



- b. Cuando en el predio objeto de restitución se haya solicitado las medidas de protección individuales y colectivas relacionadas en la Ley 387 de 1997 siempre y cuando la transferencia no haya sido autorizada por la autoridad competente³¹
- c. Cuando en los inmuebles colindantes, con posterioridad o en forma concomitante a las amenazas, los hechos de violencia o el despojo, se hubieren producido un fenómeno de concentración de la propiedad de la tierra en una o más personas, directa o indirectamente; o se hubieran producido alteraciones significativas de los usos de la tierra como la sustitución de agricultura de consumo y sostenimiento por monocultivos, ganadería extensiva o minería industrial.
- d. Cuando los contratos se hayan celebrado con personas que hayan sido extraditadas por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio, o a través de terceros.
- e. Cuando el valor formalmente consagrado en el contrato, o el valor efectivamente pagado, sean inferiores al cincuenta por ciento del valor real de los derechos cuya titularidad se traslada en el momento de la transacción.

³¹ Sin perjuicio claro está, de la revisión minuciosa de las resoluciones de autorización o levantamiento de las medidas de protección, por cuanto muchas de ellas se expidieron sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley para el efecto. (Cfr. Uprimny, Rodrigo, et al. (2011). *Las medidas de protección de tierras en Colombia. Un estudio Socio-Jurídico*. Bogotá: Dejusticia-Asdi). En efecto, la Superintendencia de Notariado y Registro, en los Informes de los resultados de investigación adelantados en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos en varias zonas del país, ha constatado varias irregularidades en relación con las ventas de predios protegidos, tales como: autorizaciones de enajenación de rutas colectivas posteriores a las escrituras de enajenación; resoluciones de autorización de enajenar que no indican el comprador; resoluciones de autorización de compraventa sin motivación; inscripciones sin autorización de venta y autorizaciones sin ejecutoria; autorizaciones de enajenación sin el cumplimiento de los requisitos de Ley; ausencia de inscripción de medida de protección en folios segregados de uno matriz; y predios objeto a propiedad parcelaria en los que no se inscribió la medida de protección (Superintendencia de Notariado y Registro. (2011). *Situación registral de predios rurales en los Montes de María*. Bogotá).



- f. Frente a propiedad adjudicada de conformidad con la Ley 135 de 1961 y el Decreto 561 de 1989, a empresas comunitarias, asociaciones o cooperativas campesinas, cuando con posterioridad al desplazamiento forzado se haya dado una transformación en los socios integrantes de la empresa.

Asimismo, en el numeral quinto de la misma disposición normativa se prevé una presunción legal de inexistencia de la posesión en los siguientes términos:

“5. Presunción de inexistencia de la posesión. Cuando se hubiera iniciado una posesión sobre el bien objeto de restitución, durante el periodo previsto en el artículo 75 y la sentencia que pone fin al proceso de que trata la presente ley, se presumirá que dicha posesión nunca ocurrió”.

Conforme a lo anterior, estructurada la presunción de orden legal, le corresponde al opositor desvirtuar la ausencia de consentimiento o causa ilícita en los contratos, así como la legitimidad de los hechos posesorios ejercidos, a efectos de que el negocio jurídico o la posesión ejercida sea declarada válida, pues de lo contrario se reputarán como inexistente y por ende, todos los actos o negocios jurídicos posteriores estarán viciados de nulidad absoluta.

3. Buena fe exenta de culpa y ocupación Secundaria

La buena fe puede ser contemplada desde dos puntos de vista, desde una perspectiva interna o subjetiva que como tal, toma en cuenta la convicción con la que la persona actúa en determinadas situaciones; y en segundo lugar, desde una perspectiva externa, que se materializa en una regla de conducta, es decir como la exigencia de comportarse en el tráfico jurídico con rectitud y lealtad. Desde esta última perspectiva, la buena fe hace referencia a ciertas exigencias de comportamientos, que en un momento dado, son exigibles a un sujeto con el fin de proteger intereses jurídicos ajenos, lo que conlleva ajustar la conducta



esperada a unos patrones socialmente exigibles relacionados con el recto, leal, prudente y diligente proceder³². De conformidad con lo expuesto de manera precedente, el ordenamiento jurídico distingue la buena fe simple de la buena fe cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa, en la medida en que la primera sólo equivale a la conciencia de obrar con lealtad, rectitud y honestidad, y por tanto solo es objeto de cierta protección por la Ley³³, mientras que la segunda requiere, además de la convicción del actuar de manera recta, honesta y leal, un elemento externo relacionado con la exigencia de ciertos actos, comportamientos y conducta relacionada con la debida prudencia y diligencia en el tráfico jurídico. La diferenciación entre la buena fe simple y la exenta de culpa, ha sido expuesta por la Corte Constitucional en Sentencia C-1007-02, citando a la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“La buena fe simple, que equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones. El Código civil, al referirse a la adquisición de la propiedad, la define en el artículo 768 como la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. (...) Además de la buena fe simple, existe una buena fe con efectos superiores y por ello denominada cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa. Esta buena fe cualificada, tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente

³²Al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, en Sentencia del 9 de agosto de 2000, Exp.5372 indicó: “Empero, desde otra perspectiva, la buena fe se vislumbra como un genuino hontanar de normas de comportamiento no formuladas positivamente pero implícitas en el ordenamiento que, por consiguiente, ante una situación dada, le imponen al sujeto una conducta determinada con miras a no agraviar los intereses jurídicos ajenos. Desde este punto de vista, la buena fe genera deberes y se califica cotejándola con un prototipo abstracto colocado en el contorno social de la persona”. Así mismo, en Sentencia del 24 de Enero de 2011 Exp. 11001 3103 025 2001 00457 01, agregó: “Síguese, entonces, que actuar de buena fe impone la observancia irrestricta de unas reglas de proceder conforme a la rectitud, honestidad, probidad y, contrariamente, asumir prácticas distintas a lo éticamente establecido en un momento y lugar determinado por cada grupo social, es desconocer tal principio”

³³ Por ejemplo, si alguien de buena fe adquiere el derecho de dominio sobre un bien cuyo titular no era el verdadero propietario, la ley le otorga ciertas garantías o beneficios, que si bien no alcanzan a impedir la pérdida del derecho si aminoran sus efectos. Es así que, el poseedor de buena fe condenado a la restitución del bien, no será condenado al pago de los frutos producidos por la cosa (C.C. art. 964 párr. 3º); o del poseedor de buena fe que adquiere la facultad de hacer suya la cosa poseída (C:C: arts. 2528 y 2529).



un derecho o situación que realmente no existía. La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: “ Error communis facitjuz”, y que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años, precisando que “Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fé simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fé cualificada o buena fé exenta de toda culpa.(...)”³⁴

De conformidad con lo anterior, la buena fe cualificada o exenta de culpa constituye una modalidad de la buena fe, que requiere, además de la conciencia de obrar con lealtad, un elemento objetivo o externo que revista al agente de la certeza sobre la apariencia en que se funda su creencia, y por tanto tiene como presupuesto la ausencia de culpa de quien la alega y por ende exige un comportamiento diligente. El deber de diligencia en la buena fe cualificada o exenta de culpa, se representa en la realización de las verificaciones y averiguaciones pertinentes, las cuales se realiza en beneficio propio por parte del agente que la alega, pues tiene como finalidad el corroborar el sustento objetivo de su creencia y reafirmar su propio convencimiento, logrando un grado tal de certidumbre que le permita ampararse en el reconocimiento de un derecho, que a pesar de no existir realmente tiene tal apariencia de certeza que hace que el error en que se incurre sea predicable de cualquier persona en las mismas circunstancias, razón por la que la ley le otorga

³⁴ Sentencia del 23 de junio de 1958 Corte Suprema de Justicia



una protección mayor³⁵. Por tanto, La buena fe exenta de culpa se acredita demostrando no solo la conciencia de haber actuado correctamente, sino también la presencia de un comportamiento ético encaminado a verificar la regularidad de la situación.

No obstante, la Corte Constitucional en Sentencia C-330 de 2016 indicó que los jueces y magistrados de la especialidad pueden flexibilizar la buena fe exenta de culpa en casos excepcionales tratándose de ocupación secundaria por personas en situación de debilidad manifiesta y condición de vulnerabilidad que debe ser constatada en todo caso por el juez como director del proceso. Sobre el particular señaló la citada sentencia:

"112.2. En lo que tiene que ver con el hecho calificado, o la buena fe exenta de culpa al momento de ocupar el predio, lo primero que debe resaltarse es que esta constituye la regla general, que debe observarse en la gran mayoría de los casos, pues es la decisión adoptada por el Legislador en defensa de las víctimas, y en consideración a la magnitud del despojo, la usurpación y el abandono forzado de los predios, derivados del conflicto armado interno.

Sin embargo, en casos excepcionales, marcados por condiciones de debilidad manifiesta en lo que tiene que ver con el acceso a la tierra, la vivienda digna o el trabajo agrario de subsistencia, y siempre que se trate de personas que no tuvieron que ver con el despojo, el juez deberá analizar el requisito con flexibilidad o incluso inaplicarlo, siempre al compás de los demás principios constitucionales a los que se ha hecho referencia y que tienen que ver con la equidad, la igualdad material, el acceso a la tierra por parte de la población campesina, o la protección de comunidades vulnerables. De no ser así, las decisiones podrían tornarse en fuente de las mismas injusticias que se pretenden superar.

³⁵ Cfr. Martha Lucía Neme Villarreal, Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. En Revista de Derecho Privado Externado 17-2009. Pág. 45 a 76 en <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/revistaDerechoPrivado/RDP%2017/REV.%20DER%20PRIVADO%2017.pdf>



Ahora bien, en la sentencia referenciada la Corte señaló siete parámetros interpretativos para la aplicación diferencial del estándar de la buena fe exenta de culpa, frente a personas en condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, así:

“Primero. Los parámetros para dar una aplicación flexible o incluso inaplicar el requisito de forma excepcional deben ser de tal naturaleza que (i) no favorezcan ni legitimen el despojo (armado o pretendidamente legal) de la vivienda, las tierras y el patrimonio de las víctimas; (ii) no debe favorecer a personas que no enfrentan condiciones de vulnerabilidad en el acceso a la tierra y (iii) no puede darse para quienes tuvieron una relación directa o indirecta con el despojo. (...)

Segundo. La compensación económica persigue fines de equidad social. Y se basa en los derechos de los segundos ocupantes, derivados de los principios Pinheiro y, principalmente, del principio 17, en el principio de igualdad material, en los derechos fundamentales a la vivienda digna y el mínimo vital, y en los artículos que promueven el acceso a la tierra y el fomento del agro (artículos 64 y 64 CP). Aunque sin ánimo de exhaustividad, son estas las normas que deben guiar la aplicación flexible del requisito.

Tercero. La vulnerabilidad procesal debe ser asumida por los jueces de tierras a partir de su papel de directores del proceso. El apoyo de la Defensoría del Pueblo y la facultad de decretar pruebas de oficio, siempre que existan suficientes elementos que permitan suponer que estas son necesarias para alcanzar la verdad real y dar prevalencia al derecho sustancial, son un presupuesto del acceso a la administración de justicia. (...)

Cuarto. Existe, para algunos intervinientes, la percepción de que los contextos de violencia eliminan cualquier posibilidad de desvirtuar la ausencia de relación con el despojo, debido a que si la violencia, el despojo y el abandono eran hechos notorios en algunas regiones, nadie puede alegar que no conocía el origen espurio de su derecho, o que actuó siquiera de buena fe simple.



Los contextos descritos hacen parte de los medios de construcción de la premisa fáctica, es decir, de los elementos a partir de los cuales los jueces establecen los hechos materiales de cada caso, y deberán ser valorados en conjunto con los demás elementos probatorios. Por ello, a través del principio de inmediación de la prueba, serán los jueces quienes determinen, caso a caso, si es posible demostrar el hecho.

Para ciertas personas vulnerables, en términos de conocimientos de derecho y economía, puede resultar adecuada una carga diferencial, que podría ser la buena fe simple, la aceptación de un estado de necesidad, o incluso una concepción amplia (transicional) de la buena fe calificada.

Quinto. Además de los contextos, los precios irrisorios, la violación de normas de acumulación de tierras, o la propia extensión de los predios, son criterios relevantes para determinar el estándar razonable, en cada caso.

Sexto. La aplicación diferencial o inaplicación del requisito, en los términos del artículo 4º Superior, exige una motivación adecuada, transparente y suficiente, por parte de los jueces de tierras. Aunque, en general, la validez y legitimidad de las sentencias yace en su motivación, en este escenario ese deber cobra mayor trascendencia, dada la permanente tensión de principios constitucionales que deben resolverse, y en virtud a las finalidades constitucionales que persigue la buena fe exenta de culpa.

Séptimo. Los jueces deben establecer si proceden medidas de atención distintas a la compensación de la ley de víctimas y restitución de tierras para los opositores o no. Los acuerdos de la Unidad de Tierras y la caracterización que esta efectúe acerca de los opositores constituyen un parámetro relevante para esta evaluación. Sin embargo, corresponde al juez establecer el alcance de esa medida, de manera motivada.



De igual manera, los jueces deben analizar la procedencia de la remisión de los opositores a otros programas de atención a población vulnerable por razones económicas, desplazamiento forzado, edad, o cualquier otra, debe ser evaluada por los jueces de tierras”.

En criterio de este Agente del Ministerio Público, la atención y protección de los segundos ocupantes deviene directamente de las garantías y derechos previstos en la Constitución Política y en el Bloque de Constitucionalidad. En efecto, la primera referencia directa sobre ocupantes secundarios la encontramos en el artículo 17 de los principios pinheiros, que señalan:

17.1. Los Estados deben velar por que los ocupantes secundarios estén protegidos contra el desalojo forzoso arbitrario o ilegal. En los casos en que su desplazamiento se considere justificable e inevitable a los efectos de la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, los Estados garantizarán que el desalojo se lleve a cabo de una manera compatible con los instrumentos y las normas internacionales de derechos humanos, proporcionando a los ocupantes secundarios las debidas garantías procesales, incluida la posibilidad de efectuar consultas auténticas, el derecho a recibir una notificación previa adecuada y razonable, y el acceso a recursos jurídicos, como la posibilidad de obtener una reparación.

17.2. Los Estados deben velar por que las garantías procesales otorgadas a los ocupantes secundarios no menoscaben el derecho de los propietarios legítimos, de los inquilinos o de otros titulares de derechos a volver a tomar posesión de las viviendas, las tierras o el patrimonio en cuestión de forma justa y oportuna.

17.3. En los casos en que el desalojo de los ocupantes secundarios sea justificable e inevitable, los Estados deben adoptar medidas positivas para proteger a aquellos que no dispongan de medios para acceder a otra vivienda adecuada cuando deben abandonar la que ocupan en ese momento, con el fin de que no se queden sin hogar y de que su derecho a



una vivienda adecuada no se vea menoscabado de ningún otro modo. Los Estados deben esforzarse por encontrar y proporcionar viviendas o tierras alternativas a dichos ocupantes, incluso de forma temporal, con el fin de facilitar la restitución oportuna de las viviendas, las tierras y el patrimonio de los refugiados y desplazados. No obstante, la falta de dichas alternativas no debería retrasar innecesariamente la aplicación y el cumplimiento de las decisiones que los órganos competentes adopten respecto de la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio.

17.4. En los casos en que los ocupantes secundarios hayan vendido las viviendas, las tierras o el patrimonio a terceros que las hayan adquirido de buena fe, los Estados pueden considerar la posibilidad de establecer mecanismos para indemnizar a los compradores que hayan resultado perjudicados. No obstante, cabe sostener que la gravedad del desplazamiento que originó el abandono de los bienes puede entrañar una notificación implícita de la ilegalidad de su adquisición, lo cual excluye en tal caso la formación de derechos de buena fe sobre la propiedad.

De acuerdo con la Sentencia T-821 de 2007 de la Corte Constitucional, los principios pinheiros como instrumento normativo internacional, hacen parte del bloque de constitucionalidad y deben tenerse en cuenta como criterio de interpretación de la Ley 1448 de 2011. Tal instrumento normativo involucra tres garantías a saber:

- a. Protección contra desalojo forzado o ilegal a todos los que puedan ser desplazados en procesos de restitución, siempre y cuando no se menoscabe el derecho de los restituidos a tomar posesión en forma justa y oportuna del predio.
- b. Medidas positivas para proteger el derecho a la vivienda adecuada frente a ocupantes que no dispongan de medios para acceder a otra vivienda adecuada, cuando el desalojo sea justificable e inevitable, teniendo en cuenta



que la falta de estas alternativas no debe retrasar el cumplimiento de las decisiones de restitución.

- c. Compensación a terceros de buena fe que hayan comprado a los segundos ocupantes las tierras, las viviendas o patrimonios, teniendo como limitante que la gravedad del desplazamiento que causó el abandono y/o despojo se entiende como una notificación de la ilegalidad de la adquisición de la tierra.

Teniendo en cuenta el marco constitucional expuesto y el instrumento internacional en cita podemos realizar una aproximación a un concepto restringido³⁶ de ocupantes secundarios como toda persona natural que habita o deriva su sustento del predio solicitado en restitución, que no haya participado directa o indirectamente en los hechos que ocasionaron el despojo y/o abandono, y que de privarla del bien inmueble o de una compensación, sufra una afectación sustancial en el ejercicio de sus derechos fundamentales a la vivienda y al mínimo vital.

Bajo esta perspectiva, dentro de la categoría de ocupantes secundarios podemos identificar: a. Campesinos sujetos de reforma agraria, b. Víctimas del conflicto armado, c. Población vulnerable y d. Otras personas de Especial Protección Constitucional. (Adultos mayores, personas en condición de discapacidad y menores de edad). Obsérvese que la definición de los ocupantes secundarios tiene una relación directa con el ejercicio de derechos constitucionales (derechos fundamentales a la vivienda, al mínimo vital, al trabajo, a la libertad de profesión y oficio, igualdad positiva, derecho de los campesinos al acceso de la propiedad agraria, principio pinheiros No. 17) que no pueden ser desconocidos en el trámite transicional. En esa medida es el juez, quien con base en las pruebas que obran en el expediente, define en cada caso la protección y las medidas de atención a los ocupantes secundarios de acuerdo a los parámetros establecidos en la jurisprudencia constitucional.

³⁶ En oposición a un concepto amplio de ocupación secundaria referente los titulares actuales de derechos de propiedad, posesión, ocupación y tenencia sobre el predio solicitado en restitución.



4. Análisis del Caso Concreto

4.1 Competencia

La Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en Descongestión es competente para proferir decisión de fondo en el presente asunto, habida cuenta de la ubicación del bien inmueble reclamado y a la oposición formulada por el señor Nicanor Pérez, en atención a lo normado en los artículos 79 y 80 de la Ley 1448 de 2011.

4.2 Presupuestos Procesales, legitimación en la causa y cumplimiento de la condición de temporalidad

La solicitud reúne los requisitos establecidos en el artículo 84 de la Ley 1448 de 2011, encontrándose en el presente asunto satisfechos los presupuestos procesales de capacidad para ser parte y capacidad para obrar procesalmente.

Dentro de la actuación procesal se acompañó copia de la constancia de inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas de que trata el literal c del artículo 84 de la Ley 1448 de 2011, por lo que el requisito de procedibilidad consagrado en el inciso 5° del artículo 76 Eiusdem se encuentra acreditado en este caso.

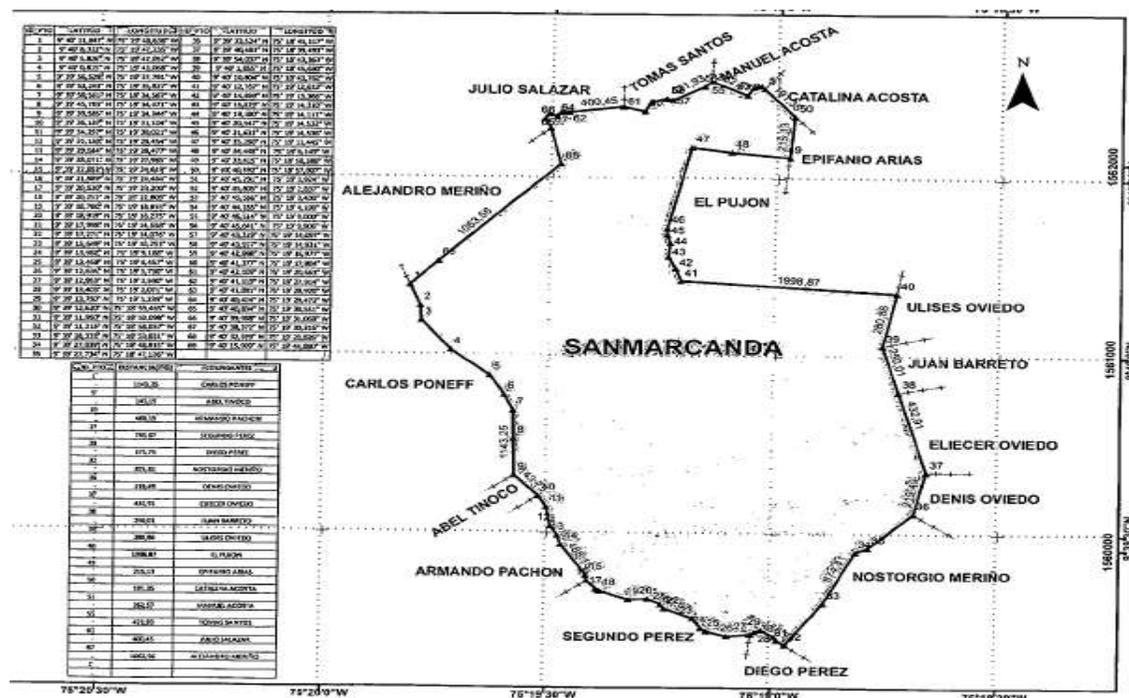
La legitimidad en la causa por activa se halla acreditada en el solicitante en su condición de explotador de un predio baldío cuya propiedad se pretende adquirir por adjudicación de cara a lo previsto en el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011, invocándose el abandono de la parcela con ocasión del conflicto armado dentro de la temporalidad prevista en la Ley 1448 de 2011; mientras que la pretensión restitutoria se dirige en contra del Estado como unidad de acción política -en virtud a que se trata de una acción para la defensa de los derechos humanos -, y en quienes formularon oposición ella por tener aspiraciones frente al predio, por lo que la legitimidad en la causa por pasiva no encuentra ningún reproche.



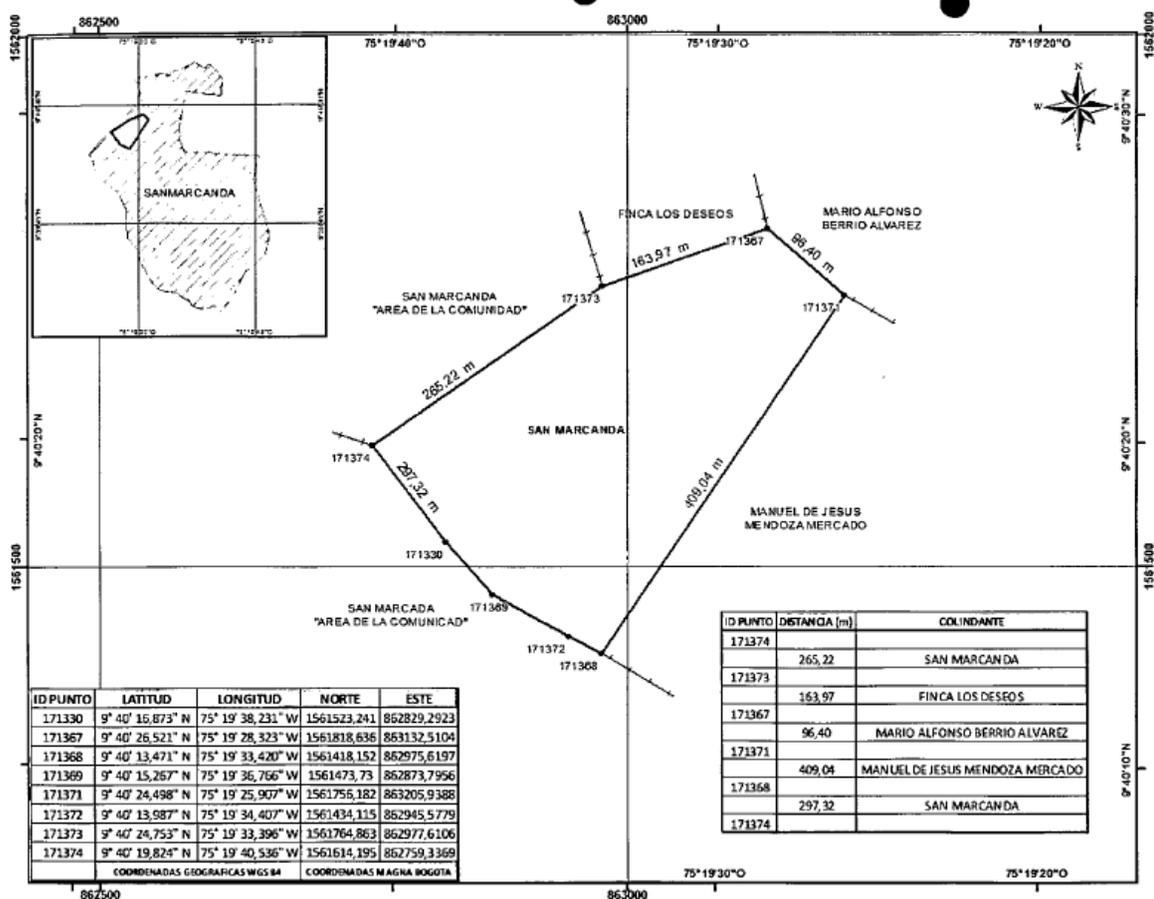
Por último, tanto los hechos victimizantes que se invocaron como causa del desplazamiento, el abandono y posteriores actos jurídicos realizados sobre el predio reclamado en restitución, se encuentra incluidos en la temporalidad prevista en el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011.

4.3 Identificación e Individualización del predio reclamado en restitución

El predio de mayor extensión denominado San Marcanda corresponde a un lote de terreno de 388 hectáreas y 1288 metros cuadrados que se encuentra ubicado en el Municipio de El Carmen de Bolívar (Bolívar), e inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de El Carmen de Bolívar bajo el folio de matrícula inmobiliaria No. 062-062-17206, el cual, no posee una cédula catastral actualizada, pero que fue identificado e individualizado por personal técnico adscrito a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (En adelante UAEGRTD) por los linderos y puntos de georreferenciación indicados en el informe técnico predial allegado con la demanda.



En virtud al cumplimiento de la orden emitida en la inspección judicial, el equipo catastral adscrito a la UAEGRTD identificó e individualizó los linderos y puntos de georreferenciación de la división material que el accionante reconocía como su parcela y que explotaba materialmente, así:



Coordenadas Geográficas

ID PUNTO	LATITUD	LONGITUD	NORTE	ESTE
171330	9° 40' 16,873"	75° 19' 38,231" W	1561523,241	862829,2923
171367	9° 40' 26,521"	75° 19' 28,323" W	1561818,636	863132,5104
171368	9° 40' 13,471"	75° 19' 33,420" W	1561418,152	862975,6197
171369	9° 40' 15,267"	75° 19' 36,766" W	1561473,73	862873,7956
171371	9° 40' 24,498"	75° 19' 25,907" W	1561756,182	863205,9388
171372	9° 40' 13,987"	75° 19' 34,407" W	1561434,115	862945,5779
171373	9° 40' 24,753"	75° 19' 33,396" W	1561764,863	862977,6106
171374	9° 40' 19,824"	75° 19' 40,536" W	1561614,195	862759,3369
	COORDENADAS GEOGRAFICAS WGS 84		COORDENADAS MAGNA BOGOTA	



Contrastada la información registral y catastral del predio reclamado en restitución con la labor de identificación e individualización realizada por personal técnico de la UAEGRTD, y de acuerdo con lo constatado en la diligencia de inspección judicial, es posible concluir que la identificación física y jurídica del inmueble realizada en el presente asunto no encuentra reparo sustancial, por lo que este presupuesto de la acción transicional se encuentra satisfecho en el presente caso.

4.4 Condición de víctima de abandono forzado de los señores Pedro Nel Mangones Arteaga y Aida de las Mercedes Martínez García

De acuerdo a lo previsto en el protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, es menester señalar que la población civil tiene derecho a gozar de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, y en ese sentido no pueden ser objeto de ataques, ni de actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar³⁷. Asimismo, el mismo instrumento internacional prevé que *"No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación. 2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto."* (Subrayado extratextual)

En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que: *"Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.(...). Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.(...) Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su*

³⁷ Artículo 13



correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación." (Subrayado extratextual).

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra: "Artículo I Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. (...) Artículo VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella. (...) Artículo VIII. Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad. (...) Artículo XXIII. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar."(Subrayado extratextual)

A su turno la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe: "Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes... Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad personales. (...) Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (...) Artículo 17. Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. (...) Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley." (Subrayado extratextual)



A nivel legal se tiene que el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 prevé que “Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño (...), como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”. Al respecto, la Corte constitucional en Sentencia C-093 de 2013 señaló:

“En relación con la condición de víctimas, vale la pena recordar que la calidad de víctima es una situación de hecho que surge de una circunstancia objetiva, por la existencia de un daño ocurrido como consecuencia de los hechos previstos en el artículo 3 de la Ley 1448 de 2012, tal como ha sido interpretado por la Corte Constitucional en las sentencias C-253 A de 2012, C-715 de 2012 y C-781 de 2012, independientemente de que la víctima haya declarado y se encuentre inscrita en el Registro Único de Víctimas.

Así lo reiteró en la sentencia C-715 de 2012, donde expresamente señaló “esta Corporación reitera su jurisprudencia en cuanto a la diferenciación entre la condición de víctima y los requisitos formales y exigencias de trámite para el acceso a los beneficios previstos por las leyes dirigidas a consagrar, reconocer y otorgar beneficios de protección para el goce efectivo de sus derechos. Sobre este tema, esta Corporación ha sostenido que la condición de víctima es un hecho fáctico, que no depende de declaración o de reconocimiento administrativo alguno. En este sentido, ha consolidado una concepción material de la condición de víctima del conflicto armado, entre ellos especialmente del desplazado forzado por la violencia interna, de tal manera que ha precisado que “siempre que frente a una persona determinada, concurren las circunstancias [fácticas] descritas, ésta tiene derecho a recibir especial protección por parte del Estado, y a ser beneficiaria de las políticas públicas diseñadas para atender el problema



*humanitario que representa el desplazamiento de personas por causa del conflicto armado.*³⁸³⁹

Ahora bien, es víctima de despojo y/o abandono forzado, quien ostentando la condición de propietario, ocupante o poseedor pierde de manera temporal o definitiva la titularidad, posesión, administración, explotación y en general el contacto directo con su predio con motivo de la situación de violencia del conflicto armado dentro de la temporalidad establecida en el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011.

En el caso objeto de estudio, el accionante refiere que el inmueble reclamado en restitución fue abandonado con ocasión del desplazamiento forzado de su familia hacia el Municipio de Sincelejo ocurrido en el mes de septiembre del año de 1997, luego de que hombres armados pertenecientes al Frente 35 de las FARC asesinaran a los hermanos Bolaños, y lo buscaran para asesinarlo.

Se encuentra probado que el solicitante, junto con otros parceleros eran adjudicatarios proindiviso del predio de mayor extensión San Marcanda, según Resolución 2490 del 31 de julio de 1992 y el expediente administrativo remitido por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER (Ahora Agencia Nacional de Tierras).

Asimismo, se encuentra acreditado que el accionante se encuentra incluido en el Registro Único de Víctimas por el hecho victimizante Desplazamiento Forzado en el Municipio de El Carmen de Bolívar (Bolívar), siendo el municipio receptor de las declaraciones el Municipio de Sincelejo (Sucre).

De otro lado, se encuentra documentado de manera suficiente en el expediente el contexto de violencia generalizada para la época del desplazamiento forzado

³⁸ Sentencia T-042 de 2009, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁹C-715 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva, SVP: María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV y AV: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).



invocado en la demanda. el contexto de violencia generalizada en la zona para la época de los hechos victimizantes invocados en la demanda, no es controvertida por el opositor, quien por el contrario reconocen los hechos de violencia generalizada y los desplazamientos que se presentaron en la zona por acciones de los grupos armados ilegales, donde también se advierten víctimas.

Al Respecto, en la contestación de la demanda realizada por la Defensoría del Pueblo se anota:

“Sea lo primero señalar que los actos de violencia generalizada e indiscriminada contra la población civil y en general contra la comunidad Montemariana descrito en el libelo de los hechos de la demanda, matizados en masacres, homicidios, desapariciones, extorsiones, desplazamientos forzados, entre otros, no son otra cosa distinta que el desarrollo del conflicto interno armado que azotó a Colombia durante más de treinta años, los cuales iniciaron durante los años 80 y alcanzaron su máximo rigor en el año 2005, hechos que no solo fueron del conocimiento local sino que además permearon las esferas del orden nacional, de tal manera que el conflicto interno en el que ha estado sumido el Estado Colombiano, durante esa época en que se produjo violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos por parte de grupos al margen de la ley tales como la guerrilla y/o grupos de autodefensas, nos permiten avalar sin asomo de dudas la posición asumida por el demandante, pues dicho contexto de violencia generalizada, debe ser calificado como un verdadero HECHO NOTORIO”.

Asimismo, en el escrito presentado por el señor Nicanor Pérez a la UAEGRTD en la etapa administrativa, se reconoce la presencia de grupos armados al margen de la Ley:

“Ingrese al predio objeto de la presente declaración en el año 1998, luego de que mi padre de crianza el señor CARLOS SALAZAR, le comprara el derecho de posesión sobre 13 hectáreas al señor PEDRO LEONEL



MANGONES, por un valor de \$ 400.000, dinero que fue cancelado en efectivo. Sobre ese negocio se firma un contrato de compraventa. El dinero para adquirir el predio fue producto de la comercialización de víveres y abarrotes en el corregimiento de Macayepo. Cuando mi padre adquirió el predio en la zona no se presentaba violencia. Si había presencia de grupos paramilitares pero en ese momento no habían atentado contra la los campesinos de la zona”.

Por último, es ilustrativa la declaración rendida por el señor Manuel Mendoza Mercado ante el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, en la cual, manifestó:

“SEXTO: sírvase informa si usted conoce el adjudicatario inicial del predio que ocupa el señor NICANOR PEREZ VILLEGAS, cuáles fueron los motivos o las circunstancias que llevaron al adjudicatario a no ocupar el bien. CONTESTO: El adjudicatario inicial es el señor PEDRO NEL MANGONEZ ARTEAGA, el no regresó más al predio porque a él lo amenazaron y se fue, entonces él le vendió al señor CARLOS SALAZAR, y él dice ahora que fue que se lo arrendo y no lo vendió”.

De conformidad con las pruebas enunciadas, es posible inferir de manera razonada la condición de víctima de despojo y/o abandono forzado de los señores Pedro Nel Mangones Arteaga y Aida de las Mercedes Martínez García y su familia en los términos establecidos en el artículo 74 de la Ley 1448 de 2011, en la medida en que la situación de violencia presentada en la zona Alta de El Carmen de Bolívar (Bolívar) condujo al abandono forzado del inmueble, y por lo tanto es procedente su amparo al derecho fundamental a la restitución de tierras.

4.5 De la condición de víctima sucesiva señor Nicanor Pérez y de las medidas de reparación en un contexto de justicia transicional

De acuerdo con lo constatado en la diligencia de inspección judicial y las declaraciones recibidas en el proceso y demás prueba documental que reposa en



el expediente, la zona donde se asentaba el solicitante, se encuentra ocupada por el Señor Nicanor Pérez.

La prueba testimonial que obra en el plenario indican sin lugar a dudas que la explotación que realiza el señor Nicanor Pérez no tiene un vínculo directo o indirecto con los hechos que motivaron el abandono del predio, y el informe de caracterización da cuenta de su situación de vulnerabilidad que requieren de una protección especial de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia constitucional referenciada de manera precedente.

Es más podría considerarse que su padre de crianza y su madre fueron víctimas sucesivas del predio, y su explotación como ocupante secundario deviene según su propio testimonio que se advierte espontaneo, preciso, coherente y consistente, de la solicitud que realizó su propia madre a raíz de la muerte de su padre de crianza.

En estas condiciones, considera este agente del Ministerio Público que las expectativas e intereses del señor Nicanor Pérez sobre el predio reclamado en restitución deben ser protegidas por lo que es procedente su reconocimiento como ocupante secundario para efectos de definir en el trámite posfallo la medida de atención desde un enfoque de construcción de paz territorial y acción sin daño.

Precisamente el concepto de construcción de paz y el enfoque de acción sin daño se encuentran en el corazón de la justicia transicional y en el núcleo esencial del derecho fundamental a la paz previsto en el artículo 17 de la Constitución Nacional⁴⁰, por lo que resultan de gran utilidad para los funcionarios judiciales al momento de enfrentar las tensiones y los retos que plantean las acciones de restitución de tierras en contextos conflictivos donde confluyen opositores, ocupantes secundarios y terceros.

⁴⁰ Podría referirse que tanto la construcción de paz y el enfoque de acción sin daño encuentra relación con uno de los fundamentos del Estado, en la medida en que nuestra Constitución fue edificada sobre la base de un proceso de paz.



El concepto de construcción de paz nace oficialmente en el seno de las Naciones Unidas en la década de los años 90⁴¹, como un avance frente a los instrumentos tradicionales que en el marco de su mandato sobre la paz y la seguridad internacional contaba la organización internacional. Desde la finalización de la guerra fría, las Naciones Unidas habían desarrollado las herramientas conceptuales de mantenimiento de la paz (*peace keeping*) y, logro negociado de la paz (*peace making*), los cuales se fundamentaban en una noción de paz negativa, entendida como la ausencia o reducción de la violencia directa. En contraste, la construcción de paz se apoya en una noción de paz positiva que tiende a la transformación creativa y no violenta de los conflictos. En efecto, las Naciones Unidas definieron el concepto de construcción de paz o *peace building* como “la acción de identificar y apoyar estructuras que fortalecen y solidifican la paz con el objeto de evitar la recaída en el conflicto”⁴².

La idea general de la construcción de la paz apunta a que su tarea es solucionar las causas profundas del conflicto violento, es decir aquellas causas estructurales y culturales que no son visibles en los contextos.

Según Johan Galtung⁴³, la construcción de la paz es un emprendimiento político de la sociedad y sus instituciones, que tiene como objetivo crear una paz sostenible enfrentando las causas estructurales o profundas de los conflictos violentos⁴⁴. En ese marco, el conjunto de mecanismos o medidas adoptados en la justicia transicional no se limitan únicamente a la reducción de la violencia directa, sino también en la transformación de las dinámicas sociales para la gestión no violenta

⁴¹Aunque en la literatura apareció en los años 70, cfr. Johan Galtung, «Three Approaches to Peace: Peacekeeping, Peacemaking, and Peacebuilding», *Peace, War and Defense: Essays in Peace Research*, Vol. II. Copenhagen: Christian Ejlertsen, 1976, pp. 297-298. Citado por Borja Paladini Adelle en *Acción sin Daño y Construcción de Paz Construcción de paz, transformación de conflictos y enfoques de sensibilidad a los contextos conflictivos*. Universidad Nacional de Colombia 2010 Pág. 11

⁴²UN General Assembly/Security Council. *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peacekeeping*, A/47/277 - S/24111. Nueva York: Naciones Unidas, 1992.

⁴³Johan Galtung, «Three Approaches to Peace: Peacekeeping, Peacemaking, and Peacebuilding», *Peace, War and Defense: Essays in Peace Research*, Vol. II. Copenhagen: Christian Ejlertsen, 1976, pp. 297-298. Citado por Borja Paladini Adelle en *Acción sin Daño y Construcción de Paz Construcción de paz, transformación de conflictos y enfoques de sensibilidad a los contextos conflictivos*. Universidad Nacional de Colombia 2010 Pág. 11.

⁴⁴Ibidem.



de los conflictos en el seno de una sociedad, con el fin de transitar hacia una paz duradera y estable.

Por su parte, el enfoque de acción sin daño (ASD) encuentra una relación directa con la construcción de paz, en la medida en que parte de la premisa que cualquier intervención institucional en contextos conflictivos tienen el potencial de contribuir o reforzar las dinámicas destructivas del conflicto, y, a su vez, tienen el potencial de prevenir la gestión no violenta de este y aportar a la transformación y a la paz. El enfoque de acción sin daño (ASD) parte del reconocimiento de la dignidad, autonomía y libertad de las personas y de las comunidades objeto de intervención; implica reconocer en los solicitantes, opositores, terceros y ocupantes secundarios, a seres humanos que poseen una finalidad en sí mismos, y que por ello no pueden ser instrumentalizados; que son capaces de darse a sí mismos sus propias orientaciones, respetando sus ideales de autorrealización de los individuos y de los grupos en el marco de la Ley, y dando valor a sus opiniones rompiendo con los esquemas paternalistas externos a la comunidad.

Este enfoque tiene como antecedente el estudio y valoración de los impactos negativos ocasionados por las acciones humanitarias “*bien intencionadas*” a lo largo de la década del noventa, en escenarios de conflicto, creando protocolos de intervención y un desarrollo analítico que puede ser trasladado a otro tipo de intervenciones, incluida la restitución de tierras despojadas o abandonadas por la violencia. Bajo este enfoque resulta imprescindible en cada intervención institucional o no institucional:

- a. Comprender el contexto y las características del conflicto en el cual opera.
- b. Entender la interacción entre intervención y conflicto.
- c. Actuar sobre la base del análisis de dicha interacción, procurando reducir los efectos negativos que profundizan el conflicto (no hacer daño / promover involuntariamente dinámicas destructivas de conflicto), y maximizar los positivos, orientados a promover las potencialidades locales hacia la paz



(promover dinámicas constructivas de conflicto / promover el enfoque de derechos)⁴⁵

Por lo general, los contextos conflictivos revelan por un lado divisores o fuentes de tensión y por el otro, conectores o capacidades locales que unen a las personas a pesar de la adversidad y los conflictos, que deben ser considerados por las instituciones que van a intervenir en dichos escenarios.

La Ley 1448 de 2011 fue expedida por el legislador para la resolución pacífica del conflicto interno colombiano sobre la base de la verdad, la reparación y la reconciliación nacional y con el fin último de lograr la paz duradera y sostenible en el país, y precisamente en el artículo 1 de la Ley se señaló que el conjunto de medidas judiciales, administrativas y económicas se adoptaban dentro de un marco de justicia transicional, entre cosas para la materialización de derechos constitucionales.

Los conflictos y tensiones de derechos dentro de los procesos de restitución de tierras entre solicitantes, terceros, opositores y ocupantes secundarios son previsible e inevitables en un escenario donde se busca revertir el despojo y abandono forzado de territorios como una medida de reparación de graves violaciones de derechos humanos en el contexto de una sociedad en transición. Por ello, no deben ser ignorados, ni evitarse en el trámite administrativo o judicial, sino por el contrario asumirse por toda la institucionalidad para canalizarlos y transformarlos constructivamente, teniendo como consideración el enfoque de acción sin daño y la construcción de paz territorial.

El proceso judicial de restitución de tierras es el escenario por excelencia para la transformación de los conflictos, y con ello la construcción de una paz sostenible y duradera, no solo como finalidad de la justicia transicional, sino también en el marco constitucional, en la medida que el artículo 17 (Derecho a la Paz) impone unos deberes correlativos a todos los servidores públicos.

⁴⁵Conflicto Sensitivity Consortium, 2004 citado en Julia Esmeralda Rodríguez Fernández. Módulo de Formación Acción sin Daño en el proceso de restitución de tierra.



Es por esto que el artículo 8 de la Ley 1448 de 2011, prevé que

"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 3° 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.

Conforme a lo expuesto, el enfoque de acción sin daño y la construcción de paz encuentran concordancia con las diferentes disposiciones normativas contenidas en la Ley 1448 de 2011 y con los principios y derechos incorporados en el bloque de constitucionalidad en favor de las víctimas de graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre ellos el principio de participación previsto en el artículo 73 de la Ley 1448 de 2011, que señala:

"7. Participación. La planificación y gestión del retorno o reubicación y de la reintegración a la comunidad contará con la plena participación de las víctimas"

Por lo anterior, estima este agente del Ministerio Público, que en este caso es procedente la protección tanto de los señores Pedro Nel Mangones Arteaga y Aida de las Mercedes Martínez García, como del Señor Nicanor Pérez, y en consecuencia ordenar a la Agencia Nacional de Tierras que una vez verifique el cumplimiento de los requisitos legales para proceder con la adjudicación, se asigne un predio tanto a solicitante como opositor; medidas que deben ser acompañadas de todo lo necesario para garantizar una reparación con vocación transformadora, como proyecto productivo y subsidio de vivienda, además de incluir a las víctimas reconocidas en el presente proceso y a sus núcleos familiares en programas de



salud, atención psicosocial, acompañamiento psicológico, educación y empleo rural y urbano, además de garantizar el goce efectivo de sus derechos constitucionales, teniendo en cuenta el enfoque diferencial previsto en el artículo 13 de la Ley 1448 de 2011 que señala:

“ARTÍCULO 13. ENFOQUE DIFERENCIAL. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque.

El Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley tales como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, campesinos, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de Derechos Humanos y víctimas de desplazamiento forzado.

Para el efecto, en la ejecución y adopción por parte del Gobierno Nacional de políticas de asistencia y reparación en desarrollo de la presente ley, deberán adoptarse criterios diferenciales que respondan a las particularidades y grado de vulnerabilidad de cada uno de estos grupos poblacionales. Igualmente, el Estado realizará esfuerzos encaminados a que las medidas de atención, asistencia y reparación contenidas en la presente ley, contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes.”

Por último, se debe resaltar que para la entrega del bien inmueble reclamado en restitución y la adopción de las medidas de reparación necesarias para el efectivo retorno, se deberá observar el enfoque de acción sin daño, la construcción de paz y la reconstrucción del tejido social, garantizando en todo caso: a) intervención



comunitaria por parte de profesionales sociales especializados de manera previa y posterior al retorno individual y colectivo, b) la promoción de esquemas asociativos entre los campesinos del sector, las familias restituidas e incluso -de considerarse viable por los profesionales sociales especializados- con los opositores y c) la participación de las comunidades, víctimas restituidas y ocupantes secundarios en la forma de cumplir las órdenes judiciales.

V. CONCLUSION

Conforme a lo anteriormente señalado, esta Agencia del Ministerio Público, respetuosamente solicita a la Honorable Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en Descongestión que se acceda a las pretensiones de la demanda en el sentido detallado en el presente concepto.

De las Honorables Magistradas,


JULIAN ANDRES RIVERA DELGADO
Procurador 16 Judicial II en Restitución de Tierras