

Caracterización del juez de restitución de tierras en Colombia como juez constitucional. Una visión desde el constitucionalismo democrático y la inclusión política del sector campesino

Observatorio de Restitución y Regulación de derechos de Propiedad Agraria

**Rocío del Pilar Peña Huertas
Luis Enrique Ruiz González
María Mónica Parada Hernández
Ricardo Daniel Álvarez Morales**

Panel “Conflicto y despojo de tierras en Colombia: una mirada institucional”

Trabajo preparado para su presentación en el VIII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 22 al 24 de julio de 2015

Bogotá, Colombia

Caracterización del juez de restitución de tierras en Colombia como juez constitucional. Una visión desde el constitucionalismo democrático y la inclusión política del sector campesino*

*Rocío del Pilar Peña Huertas**
*Luis Enrique Ruiz González**
*María Mónica Parada Hernández**
*Ricardo Daniel Álvarez Morales**

Resumen

Existe un debate en torno a la figura de los *jueces y magistrados especializados en restitución de tierras* creadas por la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448 de 2011). Por un lado hay quienes opinan que estos operadores jurídicos actúan bajo los principios de una jurisdicción transicional que, por ser el escenario de disputa de derechos de propiedad, toma elementos de la jurisdicción civil. Por otro lado, hay quienes consideran que esta justicia de transición, potente pero transitoria, debe ser aplicada primordialmente a los victimarios, en un claro proceso de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. Asimismo, para atender a los derechos de las víctimas de desplazamiento, abandono forzado, despojo, entre otros hechos victimizantes, estos jueces (consagrados en el artículo 119 de la Ley 1448 de 2011) actúan bajo las reglas de la justicia constitucional. La razón de ello es que la ley otorga a jueces y magistrados de restitución de tierras la función de ser garantes de derechos fundamentales tales como el de la restitución y formalización de predios despojados y/o abandonados, y otros derechos conexos que garantizan la reparación plena de las víctimas del conflicto armado.

De aquí surgen como preguntas de investigación: ¿Cuál es la naturaleza y carácter de la jurisdicción especializada en restitución de tierras, de cara a un contexto transicional que pretende atender algunos efectos y factores del conflicto armado y la violación masiva de derechos humanos? ¿Qué implicaciones puede tener la preponderancia de la jurisdicción de restitución en su legitimidad respecto de otros poderes públicos y de la ciudadanía, así

* Trabajo preparado para su presentación en el VIII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 22 al 24 de julio de 2015. Esta investigación se enmarca dentro del programa Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria.

* Abogada, especialista en Derecho tributario y Doctora en Derecho. Profesora de Carrera de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Coordinadora e investigadora del Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria. Correo: pena.rocio@urosario.edu.co

♦ Político y abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Investigador del Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria. Correo: luisenriquerugo@gmail.com

▼ Abogada y estudiante de sociología del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Investigadora del Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria. Correo: monicaparadaher@gmail.com

▲ Abogado y estudiante de ciencia política del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Investigador del Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria. Correo: Ricardo.alvarez.morales@gmail.com

como en el alcance de sus decisiones? ¿Qué límites tienen los jueces cuando ejercen la función de garantizar estos derechos fundamentales?

En este texto se sostiene que la jurisdicción de tierras es de naturaleza constitucional en tanto permite: (I) garantizar un derecho fundamental en particular, como es la restitución de tierras; y (II) incluir al campesinado en el sistema político, jurídico y económico, teniendo en cuenta que ha sido un sector tradicionalmente excluido de garantías institucionales y de acceso a la justicia.

Lo que se expone a continuación son los resultados preliminares del seguimiento al proceso de restitución de tierras que se realiza desde el programa Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad, iniciativa académica financiada por COLCIENCIAS, específicamente del proyecto *Diseños Institucionales de la Regulación de los Derechos de Propiedad Agraria en Colombia, en perspectiva comparada*.

Palabras clave: constitucionalismo democrático, restitución de tierras, reparación, juez constitucional.

Abstract

There is a debate around the institution of *judges and magistrates specializing in land restitution*, created by the Victims and Land Restitution Law (Law 1448 of 2011). On the one hand, there are those who believe that these legal operators are acting under the principles of a transitional jurisdiction and, as this is a scenario where property rights are disputed, they must take elements of the civil jurisdiction. On the other hand, some feel that this transitional justice, powerful but transient, should be applied primarily to the perpetrators, in a clear process of truth, justice, reparation and guarantees of non-repetition. Also, to address the rights of victims of displacement, forced abandonment, deprivation, among others victimizing events, these judges must operate under the rules of constitutional justice. The reason for this is that the law gives land restitution judges a function as guarantors of fundamental rights, such as the restitution and formalization of land, and other related rights that ensure full reparation of the victims of armed conflict.

Following this debate, some research questions arise: What is the nature and character of the jurisdiction specializing in land restitution, facing a transitional context that seeks to address some factors and effects of armed conflict and massive violation of human rights? What implications does the preponderance of the jurisdiction of restitution has in its legitimacy over other public authorities and citizens, as well as within the scope of their decisions?

In this research we argue that the jurisdiction of land is constitutional in its nature, as it: (i) guarantees a particular a fundamental right, such as land restitution; and (II) includes the peasantry in the political, legal and economic system, considering that it has been traditionally excluded from institutional guarantees and access to justice.

What is set out below are the preliminary results of monitoring the process of land restitution from the Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria program, academic initiative funded by COLCIENCIAS.

Keywords: democratic constitutionalism, land restitution, reparation, constitutional judge.

Introducción

Uno de los aciertos tangibles de la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras fue la creación de una institucionalidad especializada en adelantar procesos de reparación individual y colectiva a las víctimas de conflicto armado colombiano. Dentro de sus fines específicos se encuentra el de restituir a las víctimas que, en las últimas décadas, habían sido despojadas o forzadas a abandonar las tierras en las que habitaban o de las que derivaban su subsistencia. Así, además de un ente administrativo, que es la Unidad de Restitución de Tierras, se establecieron juzgados y tribunales especializados en restitución de tierras; es decir, se conformó una jurisdicción especializada en tramitar esta clase de procesos.

Desde su establecimiento, e incluso desde los antecedentes de lo que luego sería la Ley de Víctimas, la figura de los *jueces civiles especializados en restitución de tierras* ha generado todo tipo de debates, pues es la primera vez que Colombia está ante la presencia de una jurisdicción “transicional”, enfocada en la definición de derechos de propiedad, especialmente en el ámbito rural¹, y teniendo en consideración las particularidades del conflicto armado. Así las cosas, algunos hablaron de la jurisdicción de restitución como una *jurisdicción transicional civil* (Garay & Vargas Valencia, 2012) (Unidad de Restitución de Tierras, 2012) atendiendo a la proveniencia de estos jueces (de la jurisdicción civil ordinaria) y a que, a grandes rasgos, el proceso de restitución tiene como característica particular la flexibilización de ciertos procedimientos y elementos propios de los procesos civiles.

Además de buscar caracterizar a esta jurisdicción y resaltar sus rasgos especiales, otro ámbito de análisis y estudio ha sido el papel que esta jurisdicción, especialmente el papel que desempeñan estos jueces en un contexto de justicia transicional, que exige la atención y afrontamiento de muchos de los efectos y factores del conflicto armado que sufre el país. Entre estos es posible identificar la exclusión histórica del sector campesino en lo que tiene que ver con el diseño y ejecución de políticas públicas (Peña, Parada, Zuleta, 2014), que obedece en gran parte a problemas de reconocimiento del sujeto campesino como sujeto político y de especial protección por parte del Estado, teniendo en cuenta los efectos diferenciados del conflicto armado en las zonas rurales.

Otro aspecto que resulta del análisis de la figura de los jueces de restitución es el de las implicaciones que las decisiones proferidas en el marco de la Ley de Víctimas y

¹ Cabe anotar que en Colombia no ha funcionado una jurisdicción especializada en tratar asuntos agrarios, a pesar del intento de 1989 año en el que el Gobierno Nacional, mediante Decreto 2303, creó dicha jurisdicción que resultó inoperante.

Restitución de Tierras tiene en términos de legitimidad política de los jueces de restitución, y de la relación que esa legitimidad guarda con el alcance y cumplimiento de sus fallos.

De aquí surgen como preguntas de investigación: ¿cuál es la naturaleza y carácter de la jurisdicción especializada en restitución de tierras, de cara a un contexto transicional que pretende atender algunos efectos y factores del conflicto armado y la violación masiva de derechos humanos? En la presente investigación se propone sostener que la jurisdicción de tierras es de naturaleza constitucional en tanto permite: (I) garantizar un derecho fundamental en particular, como es la restitución de tierras; y (II) incluir al campesinado en el sistema político, jurídico y económico, teniendo en cuenta que ha sido un sector tradicionalmente excluido de garantías institucionales y de acceso a la justicia.

Como pregunta subyacente surge: ¿Qué implicaciones puede tener la preponderancia de la jurisdicción de restitución en su legitimidad respecto de otros poderes públicos y de la ciudadanía, así como en el alcance de sus decisiones? Se propone que los jueces adquieren relevancia en la garantía del derecho a la restitución y de derechos sociales implícitos en sus órdenes, que requieren del concurso de otras entidades estatales, partiendo de la obligación que tienen los jueces a la hora de establecer los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantener la competencia hasta que los derechos estén completamente restablecidos (Art. 90 L. 1448/11).

La ponencia pretende, entonces, caracterizar la jurisdicción especializada en restitución de tierras y estudiar la manera en la que a través de esta, se dispone de un escenario de inclusión política del sector campesino. Con lo anterior se ponen de presente algunos efectos de este proceso respecto de la legitimidad y el alcance de las decisiones judiciales.

Para ello, el grupo de investigación viene revisando la literatura disponible sobre constitucionalismo democrático, con el fin de evidenciar el papel de los operadores jurídicos en la garantía de derechos de los ciudadanos, especialmente en contextos de conflicto armado, como el caso colombiano. Asimismo, y con el fin de aterrizar los planteamientos teóricos, se ha realizado el análisis de las sentencias proferidas por jueces y magistrados de restitución de tierras entre 2012 (la primera sentencia fue expedida en octubre de ese año), y mayo de 2015. Para finales del presente año se espera contar con un análisis más completo del contenido de las sentencias, especialmente en lo que tiene que ver con las órdenes emitidas por los jueces y magistrados de restitución de tierras, con el fin de rastrear la articulación estatal para dar cumplimiento a las mismas.

Lo que se expone a continuación son los resultados preliminares del seguimiento al proceso de restitución de tierras que se realiza desde el programa Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad², iniciativa académica financiada por COLCIENCIAS, específicamente del trabajo realizado por el proyecto *Diseños*

² Iniciativa académica financiada por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias, mediante convocatoria N° 543 de 2011. Para más información consulte el portal www.observatoriodetierras.org

El carácter constitucional de la jurisdicción de restitución de tierras

El análisis de los procesos de restitución de tierras realizado parte de considerar como objeto de estudio las decisiones judiciales proferidas en el marco de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. En este sentido, la caracterización de jueces y magistrados como jueces constitucionales, que es la apuesta de la investigación, surge de considerar el objeto central de los fallos judiciales, que es la garantía de un derecho fundamental: el derecho a la restitución y formalización de tierras.

A partir de la Sentencia T-821 de 2007, la Corte Constitucional reconoció que la restitución de tierras constituye un derecho fundamental en cabeza de las personas vinculadas con cierta relación jurídica con bienes y que la perdieron como consecuencia de graves violaciones a los derechos humanos o infracciones al DIH. A esta conclusión llegó la Corte luego de la aplicación e interpretación de principios internacionales sobre la reparación a víctimas de violaciones de DD.HH que reconocen los derechos de verdad, justicia y reparación como derechos de las víctimas. La restitución de tierras sería tan solo uno de los componentes que garantizan el derecho a la reparación.

Otros fallos de la Corte reconocieron las deficiencias del Estado colombiano para atender en forma adecuada la garantía de las víctimas a la reparación y específicamente a la restitución de tierras, proponiéndose como un elemento necesario la disposición de una institucionalidad encargada de tramitar solicitudes de restitución. Algunos de estos elementos sirvieron de antecedente para la expedición de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.

Con esta Ley se creó un aparato institucional, encabezado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, encargado de la sustanciación de los casos y de la administración de un registro de tierras despojadas; además le fue asignada la labor de representación jurídica a las víctimas de despojo y abandono forzado ante los jueces de restitución de tierras. Adicionalmente, se creó una jurisdicción especializada de jueces y magistrados quienes, mediante sus sentencias, deciden si se encuentra probada la calidad de víctima de despojo y abandono forzado; determinan la relación jurídica de las víctimas con el predio solicitado; y, en últimas, garantiza el derecho a la restitución jurídica y material de los predios. Además, el reconocimiento del derecho a la restitución está acompañado de otras órdenes que tienen como propósito general la sostenibilidad, estabilidad y el restablecimiento de los derechos de la víctima, en una perspectiva transformadora.

Esto implica que las órdenes que emiten estos operadores jurídicos deben ir más allá de la definición de derechos sobre los predios despojados o abandonados, pues deben garantizar que las personas beneficiarias de la restitución cuenten con las condiciones materiales para el retorno, con la posibilidad de generar proyectos de vida sostenibles, y bajo un escenario en el que se garantice la no repetición de los hechos victimizantes. Es por ello que cuando se entiende que los jueces garantizan el derecho fundamental a la

restitución, es posible concluir que, desde un criterio material, pueda caracterizarse a jueces y magistrados de restitución de tierras como jueces constitucionales.

Este no es el único criterio a partir del cual se caracteriza a los jueces de restitución como constitucionales. Otro criterio relevante es la calidad del órgano o la institución competente. Este criterio orgánico parte de la base que el proceso de restitución de tierras no trata asuntos ordinarios o pleitos corrientes. Todo lo contrario, la restitución atiende la excepcionalidad de garantizar el derecho fundamental a la restitución de los predios en contextos de conflicto armado. Así, los jueces y corporaciones que deben resolver sobre acciones previstas para la aplicación de derechos constitucionales pertenecen a la jurisdicción constitucional y no a la jurisdicción civil ordinaria (Quinche et al, 2015, en preparación).

Por lo pronto, se infiere que, de acuerdo al criterio material (la garantía de derechos constitucionales fundamentales como la restitución de tierras) y al criterio orgánico (todo juez que resuelve acciones previstas para aplicar los derechos constitucionales pertenece a la jurisdicción constitucional), los jueces y magistrados especializados en restitución de tierras son jueces constitucionales.

Dicha caracterización tiene importantes alcances políticos, desde una perspectiva propia del constitucionalismo democrático. En primer lugar, hace que una discusión sobre la propiedad privada, que en principio es lo que se discute en el litigio en restitución de tierras, trascienda los ámbitos propios del derecho civil y se circunscriba en el campo del debate constitucional y de los derechos fundamentales.

El trabajo de Post y Siegel (2013) sobre el constitucionalismo democrático resulta de especial relevancia en tanto se refiere a la importancia que toma en el ámbito público la discusión sobre el contenido de las provisiones constitucionales. Así mismo exponen que la discusión constitucional no pone en cuestión la legitimidad del texto constitucional. Al contrario, esto refuerza la autoridad de la Constitución sobre los ciudadanos.

La discusión en el ámbito constitucional tiene sus contornos particulares según Post y Siegel. De acuerdo a estos autores (2013, pág. 34) las discusiones ante los jueces constitucionales no minan la autoridad y eficacia de las constituciones, como podría suponerse, sino que llevan a reforzar la autoridad de la Constitución. Las discusiones logran este cometido pues hacen efectivos los mecanismos judiciales a través de los cuales los ciudadanos pueden persuadir a jueces y demás ciudadanos de su interpretación constitucional. Esa posibilidad de persuadir haría posible que, a pesar de que la interpretación constitucional de un ciudadano no sea acogida por los jueces constitucionales, la interpretación divergente sea respetada y acogida por todos (Post & Siegel, 2013, pág. 33).

En segundo lugar, la posibilidad de considerar a los jueces de restitución como jueces constitucionales hace pertinente mencionar que, según Post y Siegel, tales jueces se convierten en un mecanismo de deliberación democrática, al permitir que los ciudadanos entablen reclamos al Estado de la interpretación de la Constitución a los que el Estado se

opone y responde, y en últimas se refuerza y construye la legitimidad y autoridad del texto constitucional (2013, pág. 44).

Además de los presupuestos del constitucionalismo democrático también retomamos algunos puntos de la legitimidad democrática que describe Rosanvallón. Una lectura de procesos políticos de hace dos décadas eran interpretados por Rosanvallón como escenarios en los que la legitimidad de un sistema democrático se estaba relacionando con otras características de la democracia como la imparcialidad y la pluralidad. En tales escenarios y, como consecuencia de estos cambios, surgían autoridades independientes y cortes constitucionales con cada vez más funciones y protagonismo (Rosanvallón, 2010, pág. 182)

En la lectura que hace Rosanvallón de esas cortes constitucionales un aspecto fundamental es que se convierten en mecanismo de control a los gobernantes: “el desarrollo de esas cortes también puede ser considerado como un instrumento de reducción del margen de maniobra de los gobernantes y, por lo tanto, como una forma de aumento del control social sobre los representantes” (Rosanvallón, 2010, pág. 182)

Teniendo en cuenta lo expuesto, los jueces de restitución de tierras como jueces constitucionales “[e]jercen una forma característica de autoridad para reconocer y garantizar derechos, de la cual gozan en virtud de la Constitución y de las normas de la razón jurídica profesional que emplean. La ciudadanía espera que los tribunales protejan valores sociales importantes y que impongan limitaciones al gobierno, toda vez que exceda las restricciones establecidas por la Constitución” (Post y Siegel, 2013).

Lo expuesto por Post y Siegel junto con Pierre Rosanvallón aportan las características políticas de los jueces de restitución como jueces constitucionales que conocen de la acción de restitución. Tal acción permite, en primer lugar, que la discusión que entablan las personas víctimas de despojo y abandono es el punto de partida para que de las provisiones constitucionales se deriven los alcances del derecho a la restitución en cada caso concreto. En términos de Post y Siegel, permite discutir el contenido y alcance de los textos constitucionales tratando de persuadir a los jueces de que derechos deben verse garantizados frente a un fallo de restitución favorable.

Esa discusión, en la que no solo participan las víctimas sino múltiples instituciones del Estado que se ven interpeladas para el cumplimiento de esas órdenes, también pone de presente el carácter deliberativo del debate constitucional que se suscita en el proceso judicial de restitución de tierras y la contención entre ciudadanos y agencias gubernamentales. Esta característica guarda relación con la descripción de los jueces constitucionales como mecanismo indirecto de control social a los gobernantes que expone Rosanvallón.

Las sentencias judiciales se convierten así en un escenario de debate político y de definición de derechos en el que los jueces, tomando elementos de la constitución política colombiana, garantizan derechos que, por vías ordinarias resultan de difícil acceso para las víctimas del conflicto armado. En este sentido, las sentencias adquieren una fuerza simbólica que permite afianzar la confianza de la ciudadanía, particularmente de las

víctimas, en el Estado y su compromiso con la superación del estado de cosas que permitió el desencadenamiento del conflicto armado y sus efectos.

Adicionalmente, y como se verá en el siguiente apartado, el proceso de restitución contribuyó a que sujetos políticos específicos, que históricamente habían estado relegados de la posibilidad de plantear sus discusiones constitucionales ante los jueces, hoy puedan hacerlo gracias a este proceso.

El carácter político de la jurisdicción de restitución. La inclusión del campesinado vía judicial

No se puede perder de vista que ya no solo el proceso de restitución sino todo el entramado institucional de la Ley de Víctimas ha brindado nuevos escenarios para la participación de las víctimas y entre ellas organizaciones sociales de extracción campesina, aunque con sus propios inconvenientes y obstáculos (Vargas Reina, 2014)

En principio, el proceso de restitución de tierras está dirigido a todas las personas que hayan sido despojadas de sus tierras u obligadas a abandonarlas sin consideración de ciertas características particulares de estas personas. Claro, de esta formulación general habría que tener en cuenta la aplicación de enfoques diferenciales y preferenciales a sujetos de especial protección constitucional como las mujeres, las comunidades étnicas, entre otros (Artículo 13 de la Ley 1448 de 2011).

Sin embargo, ciertas características del procedimiento de restitución han tenido especiales efectos favorables para ciertos grupos sociales como el campesinado en cuanto a su inclusión política.

Al menos dos aspectos fundamentales del proceso de restitución hacen que este contribuya a la inclusión democrática del campesinado en Colombia. El primero, retomando algo de lo expuesto en el primer apartado, es la posibilidad que la acción de restitución le brinda al campesinado de incidir y reforzar la autoridad de la Constitución. Además permite entablar disputas sobre los textos constitucionales de las cuales se pueden derivar la garantía de derechos sociales como la salud, la educación o la vivienda y que, bajo un enfoque de reparación transformadora, contribuyen a la estabilidad y sostenibilidad de la restitución. Todo esto es factor de inclusión política en la medida en que las discusiones ante los jueces constitucionales son políticas, es decir, delimitan la acción de los gobernantes e, incluso, son puntos de partida para la formulación de políticas públicas

Pero un segundo aspecto, que relaciona el proceso de restitución de tierras con la inclusión democrática, es el acceso a la administración de justicia. Debemos partir del hecho que el campesinado, como actor colectivo, ha sido afectado por un cierre institucional del régimen político para tramitar sus demandas (Gutiérrez Sanín, 2014; 2015). Este cierre institucional suele asociarse a los estamentos políticos de representación democrática como parlamentos o instancias colectivas de decisión de la administración como los consejos gremiales. Gutiérrez apunta a que la relación entre los gobiernos y los gremios y la estructura interna de estos últimos ha sido especialmente excluyente del campesinado en el proceso político (Gutiérrez Sanín, 2015).

Pero adicional a estos estamentos, un ámbito particular de ese cierre institucional son las barreras que tiene el campesinado para acceder a los servicios de justicia, ver garantizado su derecho de acceso a la administración de justicia y en últimas un recurso efectivo para la protección judicial de su propiedad y de sus derechos fundamentales.

Algunos estudios (Peña, Parada y Zuleta, 2014; Peña, Loaiza & Zuleta, 2015) (Rengifo Gardeazabal, 2011) muestran con suficiencia que esas barreras obedecen, en buena proporción, a los importantes costos y los conocimientos específicos que significan acudir ante los jueces para tramitar disputas sobre la tierra. El tiempo que toman los procesos, los costos económicos asociados al mismo, así como la necesaria asesoría jurídica constituyen costos prohibitivos para un campesino quien, en últimas, tiene fuertes incentivos para no interponer acciones legales con miras a proteger sus derechos de propiedad.

El desconocimiento sobre los derechos de los que son titulares los campesinos, los procedimientos a los que pueden acudir para garantizarlos y a las instancias a las que deben recurrir cuentan con evidencia empírica reciente. En este sentido, encuestas recientes hechas a potenciales beneficiarios del proceso de restitución de tierras dan un importante sustento empírico de este proverbial desconocimiento. Entre los resultados de estas encuestas se encuentra que el 74% de la población encuestada desconocía sus derechos. A este desconocimiento se suma casi que en forma necesaria, que el 75,8% de la población encuestada no se había acercado a las instituciones para recuperar sus predios; y de las personas que acudieron ante los jueces (4%) hay una importante correlación de los jueces con una percepción de un bajo interés de estos en los casos particulares³.

El correlato de estas barreras es la incapacidad del Estado de cumplir su función de administrar justicia y resolver pacíficamente las disputas. La vinculación entre esta incapacidad y factores de surgimiento y persistencia del conflicto armado en Colombia, han sido exploradas en otros estudios (García Villegas & Espinosa R., 2013).

Partiendo entonces de que un elemento importante del régimen democrático es la posibilidad de que los ciudadanos cuenten con recursos efectivos de justicia y que las barreras de acceso de los ciudadanos constituirían exclusiones del régimen democrático, aquellos diseños que remuevan estas barreras repercutirán necesariamente en la inclusión democrática. Precisamente, es este aspecto desde el cual se quiere valorar ciertas herramientas y características propias del proceso de restitución, pues ha contribuido a retirar ciertas barreras para que la población campesina (especial, más no exclusivamente) pueda acceder a los servicios de justicia.

Un primer ejemplo es el de la representación judicial. Los costos de la representación judicial, que en un proceso civil ordinario deben ser asumidos por el

³ Para ahondar en aspectos técnicos de la encuesta y la totalidad de sus resultados puede consultarse la página web <http://www.observatorioidetierras.org/wp-content/uploads/2014/01/La-Restituci%C3%B3n-y-sus-problemas-seg%C3%BAAn-sus-potenciales-beneficiarios.pdf>

ciudadano, en este caso son asumidos totalmente por el Estado. Así, desde el diseño legal⁴ le compete a la Unidad de Restitución de Tierras la completa documentación de los casos, así como la redacción de la demanda de restitución y el acompañamiento durante todo el proceso, nombrando un apoderado judicial que se sirva representar a las víctimas ante la jurisdicción de tierras.

Otro ejemplo es el de la consolidación del acervo probatorio, particularmente los costos de la práctica de ciertas pruebas que para procesos agrarios son cruciales, tales como los avalúos de los inmuebles o la identificación catastral⁵. Nuevamente el Estado entra a

⁴ **ARTÍCULO 81. LEGITIMACIÓN.** Serán titulares de la acción regulada en esta ley:

Las personas a que hace referencia el artículo 75.

Su cónyuge o compañero o compañera permanente con quien se conviva al momento en que ocurrieron los hechos o amenazas que llevaron al despojo o al abandono forzado, según el caso.

Cuando el despojado, o su cónyuge o compañero o compañera permanente hubieran fallecido, o estuvieren desaparecidos podrán iniciar la acción los llamados a sucederlos, de conformidad con el Código Civil, y en relación con el cónyuge o el compañero o compañera permanente se tendrá en cuenta la convivencia marital o de hecho al momento en que ocurrieron los hechos.

En los casos contemplados en el numeral anterior, cuando los llamados a sucederlos sean menores de edad o personas incapaces, o estos vivieran con el despojado y dependieran económicamente de este, al momento de la victimización, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas actuará en su nombre y a su favor.

Los titulares de la acción podrán solicitar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Tierras Despojadas que ejerza la acción en su nombre y a su favor.

⁵ **ARTÍCULO 76. REGISTRO DE TIERRAS PRESUNTAMENTE DESPOJADAS Y**

ABANDONADAS FORZOSAMENTE. Créase el "*Registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente*" como instrumento para la restitución de tierras a que se refiere esta ley. En el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente se inscribirán también las personas que fueron despojadas de sus tierras u obligadas a abandonarlas y su relación jurídica con estas, determinando con precisión los predios objeto de despojo, en forma preferente mediante georreferenciación, así como el período durante el cual se ejerció influencia armada en relación con el predio.

El registro se implementará en forma gradual y progresiva, de conformidad con el reglamento, teniendo en cuenta la situación de seguridad, la densidad histórica del despojo y la existencia de condiciones para el retorno. La conformación y administración del registro estará a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas que se crea por esta Ley.

La inscripción en el registro procederá de oficio, o por solicitud del interesado. En el registro se determinará el predio objeto del despojo o abandono forzado, la persona y el núcleo familiar del despojado o de quien abandonó el predio. Cuando resulten varios despojados de un mismo predio o múltiples abandonos, la Unidad los inscribirá individualmente en el registro. En este caso se tramitarán todas las solicitudes de restitución y compensación en el mismo proceso.

Una vez recibida la solicitud de inscripción de un predio en el registro por la parte interesada, o iniciado el trámite de oficio, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, comunicará de dicho trámite al propietario, poseedor u ocupante que se encuentre en el predio objeto de registro, a fin de que pueda aportar las pruebas documentales que acrediten la propiedad, posesión u ocupación de dicho predio de buena fe, conforme a la ley. Esta Unidad tiene un término de sesenta (60) días, contado a partir del momento en que acometa el estudio conforme con el inciso segundo de este artículo, para decidir sobre su inclusión en el Registro. Este término podrá ser prorrogado hasta por treinta (30) días, cuando existan o sobrevengán circunstancias que lo justifiquen.

La inscripción de un predio en el registro de tierras despojadas será requisito de procedibilidad para iniciar la acción de restitución a que se refiere este Capítulo.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas tendrá acceso a todas las bases de datos sobre las víctimas de despojo o abandono forzado, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y de los catastros descentralizados, de las notarías, del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, de la Superintendencia de Notariado y Registro, de las oficinas de registro de instrumentos públicos, entre otros.

suplir dichos costos, por intermedio de la Unidad de Restitución de Tierras y otras entidades públicas competentes. Como tercer ejemplo están los costos asociados a la formalización de la propiedad, la expedición de títulos y su correspondiente registro que no están a cargo de la víctima solicitante, sino de las entidades estatales que, además, deben hacerlo de oficio y en forma gratuita.

En estos ejemplos no se agotan las características del proceso de restitución que conducen a la eliminación de barreras, pero queda suficientemente demostrado el potencial que este proceso tiene en términos de que el Estado comience a poner a prueba mecanismos que hagan la justicia más accesible al ciudadano. Igualmente, eventuales investigaciones a partir de cuáles son los litigantes recurrentes y/u ocasionales en los procesos de restitución mostrarían el importante efecto de inclusión democrática que ha tenido la restitución para la restitución, al menos en temas de acceso efectivo a la justicia.

El Goce Efectivo de Derechos

Las sentencias de restitución tienen como objetivo último el de restablecer el panorama de derechos que, a nivel regional, fueron coartados por las condiciones violentas del conflicto. Esto implica el redefinir las condiciones para la vida digna de las comunidades, especialmente aquellas que fueron desplazadas y que desean retornar a sus lugares de origen, con garantías de no repetición. En este sentido, el juez desempeña un papel fundamental en lo que tiene que ver con la reconstrucción del tejido social y el ordenamiento territorial, pues la ley le otorga un haz de poderes muy amplio que le permite ordenar la ejecución de medidas que van más allá de la reparación individual.

Adicional a las órdenes sobre los derechos individuales que deben reconocer los jueces en sus fallos en temas de la relación jurídica de los solicitantes con los predios, así como su inclusión en programas de salud, vivienda, educación, etc., la Ley 1448 permite a los jueces emitir órdenes orientadas a garantizar el *goce efectivo de derechos* de las víctimas: “Artículo 91. CONTENIDO DEL FALLO – literal (p): Las órdenes que sean necesarias para garantizar la efectividad de la restitución jurídica y material del bien inmueble y la estabilidad en el ejercicio de goce efectivo de los derechos de las personas reparadas.”

Este concepto de *goce efectivo de derechos* ha sido desarrollado ampliamente por la Corte Constitucional, particularmente en lo que tiene que ver con las víctimas de desplazamiento forzado.

Para estos efectos, las entidades dispondrán de servicios de intercambio de información en tiempo real con la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, con base en los estándares de seguridad y políticas definidas en el Decreto 1151 de 2008 sobre la estrategia de Gobierno en Línea. En los casos en que la infraestructura tecnológica no permita el intercambio de información en tiempo real, los servidores públicos de las entidades y organizaciones respectivas, deberán entregar la información en el término máximo de diez (10) días, contados a partir de la solicitud. Los servidores públicos que obstruyan el acceso a la información o incumplan con esta obligación incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar

La Corte Constitucional, junto con el Gobierno Nacional y la Comisión de Seguimiento de la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, han definido y adoptado algunos indicadores para hacer seguimiento al *goce efectivo de los derechos* de la población en condición de desplazamiento, entre los que se encuentran temas como el de la vivienda, salud, educación, alimentación, identidad, estabilización económica (Auto 109 de 2007), integridad, libertad y derecho a la vida (Auto 223 de 2007). Estos instrumentos orientan la labor de los jueces de restitución de tierras en el sentido en que su actuar no solo tiene como objetivo resarcir los efectos del conflicto garantizando derechos concretos a las víctimas, sino que implica la verificación de situaciones de hecho y de acciones concretas por parte de las autoridades estatales.

Es así como es posible encontrar ejemplos de sentencias en las cuales los jueces o magistrados ordenan la construcción de obras públicas, tales como escuelas o acueductos, considerando que su ausencia imposibilita la garantía de los derechos de las víctimas y el retorno efectivo. La adopción de estos indicadores es un indicio de la importancia de los jueces constitucionales a la hora de enfrentar el problema del desplazamiento forzado y la superación de las circunstancias que dieron origen a la situación de vulnerabilidad.

La postura del Consejo Superior de la Judicatura respecto de las limitaciones que tienen los jueces al momento de emitir las órdenes en los procesos de restitución de tierras es amplia, y se circunscribe en un debate histórico sobre la participación de los jueces en la ejecución del gasto público, teniendo en cuenta que dichas órdenes implican siempre erogaciones para el Estado. Al respecto manifiestan que los jueces y magistrados de restitución de tierras, “(...) aunque no pueden decretar indemnizaciones, sí están en la posibilidad de asegurar que la totalidad de la oferta institucional prevista para las víctimas llegue a los desplazados al tiempo que la restitución.” (Consejo Superior de la Judicatura, 2014).

En este sentido, los jueces de restitución de tierras no solo tienen la potestad sino el deber de garantizar, a través de las órdenes impartidas a las autoridades ejecutoras del gasto público, el cumplimiento y goce efectivo de derechos. El juez es el vigilante, el guardián de que las condiciones necesarias para reparar a las víctimas y garantizarles una vida digna a largo plazo. En este sentido actúan como jueces de tutela, teniendo en cuenta que una de las obligaciones del operador jurídico que actúa como tal es el de proteger los derechos fundamentales para lo cual el juez: “establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza” (Artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 que reglamenta la acción de tutela).

Implicaciones reales y potenciales para la jurisdicción

Vemos entonces cómo, al ser un juez constitucional y servir de medio de inclusión democrática, los jueces de restitución de tierras tienen una preponderancia que les confiere un carácter político. Ambas características han conducido a que los jueces de restitución de tierras adopten órdenes que acompañan las de formalización y restitución jurídica y material de los predios abandonados y/o despojados. Esas órdenes complementarias, en

algunos casos, pretenden garantizar derechos sociales que representan importantes erogaciones económicas por parte del Estado. No obstante, como en cualquier decisión judicial, el cumplimiento de estos fallos no depende exclusivamente del juez, sino que requiere del concurso y disposición de otras ramas del poder público, especialmente la administración.

Con todo esto, son relevantes las implicaciones que señala De Sousa (2002) de la interacción que necesariamente se da entre jueces y otros poderes estatales en aquellos contextos donde el juez se convierte en garante de derechos sociales, y en últimas asume (y se sobrecarga de) un carácter político. De Sousa muestra cómo ese proceso de (I) adopción de órdenes de contenido social por parte del juez, (II) grado de cumplimiento por parte de otros poderes de esas órdenes, y (III) legitimidad de los jueces, repercute en (IV) lo “ambiciosas” o “tímidas” de las órdenes que adopten los jueces en casos posteriores.

Este proceso es necesario documentarlo con evidencia empírica en el proceso de restitución identificando la proporción de órdenes de contenido social y de los jueces que las adoptan, el grado de cumplimiento (o incumplimiento) de esas órdenes por parte de la administración y, finalmente, la reiteración de esa clase de órdenes a lo largo del proceso de restitución, para evaluar tanto el alcance de las decisiones de los jueces de restitución de tierras como los cuestionamientos sobre la legitimidad de la que goce esta jurisdicción.

Resultados preliminares

En primer lugar, teniendo en cuenta un criterio material referido a la restitución de tierras como derecho fundamental, los jueces y magistrados de restitución de tierras tienen el carácter de jueces constitucionales. Ese carácter conduce a que, desde lo expuesto por el constitucionalismo democrático de Post y Siegel, estos jueces se conciertan en un importante medio para que sectores de la población específicos puedan entablar discusiones sobre los textos constitucionales y de esa lectura se deriven la garantía, no solo de su derecho a la restitución de tierras, sino además de otros derechos sociales que lo complementen.

Esta interpretación obedece a considerar que la justicia constitucional es mucho más potente y eficiente para el tratamiento de las víctimas del conflicto armado, más que la justicia transicional civil. Esta última resulta de más utilidad para tratar a los victimarios del conflicto armado, pues tiende a concebir mecanismos idóneos para garantizar la paz duradera.

Así mismo, las barreras que el proceso de restitución elimina para que el campesinado pueda acceder a las garantías judiciales, como son la representación judicial gratuita y que el Estado asuma costos en la práctica de pruebas, y de trámites de titulación y registro, repercuten en una inclusión democrática del campesinado, entendiendo la vinculación de la protección judicial con la existencia de un régimen democrático.

Estos dos aspectos (carácter constitucional y eliminación de barreras para el acceso del campesinado a la justicia) hacen políticamente preponderante a la jurisdicción de

restitución de tierras lo que lleva a cuestionarnos por las implicaciones que esto puede tener por la legitimidad política de la jurisdicción.

Así, la proporción de jueces que adopta decisiones con órdenes con un contenido social que requieren del concurso de la administración evidencian cierto compromiso político de los jueces de restitución. Los resultados de la evaluación sobre el grado de cumplimiento de esas órdenes y la reiteración en esas órdenes darán cuenta eventualmente de cómo ha repercutido ese carácter político en la legitimidad de los jueces y magistrados en restitución de tierras.

Bibliografía

Congreso de la República. (2011). República de Colombia. *Ley 1448 de 2011*.

Consejo Superior de la Judicatura. (2014). *Desplazamiento forzado y jueces y juezas de restitución de tierras*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2007). República de Colombia. *Auto 223 de 2007*.

Corte Constitucional. (2007). República de Colombia. *Sentencia T-821 de 2007*.

Corte Constitucional. (2007). República de Colombia. *Auto 109 de 2007*.

Garay, L. J., & Vargas Valencia, F. (2012). *Memoria y reparación: elementos para una justicia transicional pro víctima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

García Villegas, M., & Espinosa R., J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: DeJusticia.

Gobierno Nacional. (1991). República de Colombia. *Decreto 2591 de 1991*.

Gutiérrez Sanín, F. (2014). *El Orangután con Sacoleva. cien años de democracia y represión en Colombia (1919-2010)*. Bogotá: IEPRI Debate.

Gutiérrez Sanín, F. (2015). *¿Una historia simple?* Bogotá. Comisión Histórica del Conflicto y Sus Víctimas

Peña Huertas, R. d., Parada Hernández, M. M., & Zuleta Ríos, S. (2014). La regulación agraria en Colombia o el eterno déjã vu hacia la concentración y el despojo: un análisis de las normas jurídicas colombianas sobre el agro (1991 - 2010). *Estudios Socio Jurídicos*, 16(1), 123-166.

Post, R., & Siegel, R. (2013). *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Unidad de Restitución de Tierras (2012). *ABC para jueces en materia de restitución de tierras*. Bogotá.

Vargas Reina, Jenniffer (2014). Análisis comparativo de los diseños institucionales que regulan la participación de las víctimas en Colombia: antes y después de la Ley 1448 de 2011. *Estudios Socio-Jurídicos*, 16(1), 167-207.